

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

N° 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

**REVISTA PERUANA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

N° 13

CONSTITUCIÓN Y NATURALEZA

**REVISTA PERUANA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

N° 13

CONSTITUCIÓN Y NATURALEZA



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

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

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. N° 13
CONSTITUCIÓN Y NATURALEZA

N° 13 –Nueva Época– diciembre del 2021

Director: Ernesto Blume Fortini

Colaboradores: Luis Mendoza Zamora y Milagros Alexandra Salvatierra Castro

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 99-3844
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: Q&P Impresores S.R.LTDA.
Av. Ignacio Merino N° 1546
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665
informes@qypimpresores.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

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Ernesto Blume Fortini

Director de Publicaciones y Documentación

Luis R. Sáenz Dávalos

**REVISTA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director

Ernesto Blume Fortini

Consejo Editorial

Luis R. Sáenz Dávalos
Alfredo Orlando Curaca Kong
Susana Távora 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..... 17

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL..... 29

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.
APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA* 53

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 81

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL 105

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL..... 149

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 157

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE 181

SECCIÓN MISCELÁNEA

Néstor Pedro Sagüés

JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 22 I

Domingo García Belaunde

LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ..... 23 I

Manuel Jesús Miranda Canales

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA.

A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 255

Aníbal Quiroga León

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE.

UNA MIRADA CONSTITUCIONAL 26 I

12

Pedro A. Hernández Chávez

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO.

APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES..... 285

Óscar Díaz Muñoz

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO... 33 I

Marco A. Huaco Palomino

POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD.

UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ 345

Areli Valencia Vargas

CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS.

APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA..... 379

María Candelaria Quispe Ponce

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH 399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 429

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL 447

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES.
APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO 467

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL..... 479

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA..... 505

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA 531

13

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD.
UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO 549

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS..... 563

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL.
UNA BREVE MIRADA 615

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO..... 623

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.
 APROÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.
 ¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.
 COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC 711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIONES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?
 REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC (ACUMULADO) 725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.
 COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020) 735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.
 REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRIMONIO IGUALITARIO..... 749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYEN-

TE 1978-79 797

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES 883

Presentación

Es motivo de especial satisfacción presentar ante la ciudadanía y en particular, ante la comunidad académica, este décimo tercer volumen de la Revista Peruana de Derecho Constitucional, publicación que como lo recordábamos en una anterior ocasión, es la más antigua de las producciones realizadas por el Centro de Estudios Constitucionales y que incluso le precede en existencia si se toma en cuenta que prácticamente apareció durante los primeros años de funcionamiento de nuestro Tribunal Constitucional.

La idea de seguir apostando por la continuidad de la presente Revista responde no solo al deseo de mantener una tribuna abierta al pensamiento intelectual sino a la variedad de opiniones conjugadas en el propósito de que no se vea a nuestro máximo órgano de administración de justicia constitucional, como ente cerrado en perspectiva sino en permanente dialogo y contraste de posturas con todo tipo pensamientos por más disidentes o críticos que estos pudieran resultar. No tendría sentido hablar de ciencia jurídica en el sentido riguroso del término, si esta no significara debate alturado y visión pluralista, ya que ello enriquece y fructifica los esfuerzos en búsqueda de los mejores caminos de Justicia.

En la presente ocasión se ha visto por conveniente dedicar la sección especial a un tema de enorme envergadura e inevitable actualidad como es el relativo a las relaciones entre la Constitución y la naturaleza. Y allí nos encontramos con un grupo de trabajos provenientes de especialistas tanto extranjeros como nacionales, los mismos que consideramos de muy importante valía.

Abre dicho especial el trabajo del destacado profesor ecuatoriano Damián Ármijos Alvarez titulado *“Derechos de la naturaleza y su exigibilidad jurisdiccional”* y en el que su autor reflexiona, al compás de lo establecido en el sistema jurídico y el propio ordenamiento constitucional de nuestro hermano país de Ecuador, acerca de las fórmulas de protección que pueden concebirse con el propósito de concretizar el mensaje de unos derechos o atributos reconocidos a favor de la naturaleza así como sobre los fundamentos que los justificarían.

Otro de los importantes aportes que contiene el especial es el de nuestro frecuente colaborador, el jurista boliviano Alan Vargas Lima y que lleva por nombre *“El dialogo jurisprudencial acerca de la importancia de la Constitución Ecológica. Apuntes sobre su desarrollo en la jurisprudencia constitucional comparada y boliviana”* que abarca un nutrido inventario sobre las visiones que la casuística comparada ha venido ofreciendo en torno del mensaje ecológico auspiciado por diversas Constituciones principalmente pertenecientes a nuestra región, para posteriormente aterrizar en el esquema perfilado por el modelo constitucional boliviano y las alternativas que este mismo auspicia.

Nuestra distinguida asesora, la doctora Nadia Paola Iriarte Pamo se suma a este interesante repertorio con su valioso trabajo *“El derecho al medio ambiente sano y su desarrollo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* en el que presta especial atención a los aportes que se han ofrecido sobre tan importante temática en el contexto de la Opinión Consultiva 23/17 del 15 de noviembre del 2017 y en la que se desarrolla los vínculos entre el medio ambiente y los derechos que pertenecen al ser humano.

El destacado investigador Carlos Trinidad Alvarado se suma al especial a través de su estudio *“Bases constitucionales de la tributación ambiental”* y en el que reflexiona acerca de los fundamentos que existirían desde nuestra Constitución Política en particular y nuestro sistema jurídico en general para albergar la posibilidad de un esquema tributario sustentado en argumentos específicamente medioambientales.

En una línea coincidente con el trabajo anterior pero dentro de razonamientos propios igual de valiosos, encontramos el ensayo del profesor Daniel Yacolca Estares titulado *“Posibilidad de la tributación ambiental en el Perú desde una perspectiva constitucional y legal”* y en el que se efectúan importantes consideraciones sobre las razones que justificarían la existencia de variantes tributarias apoyadas en la valoración de lo que representa el medio ambiente.

De particular trascendencia y absoluta vigencia es la investigación que nos acompaña la destacada profesora Beatriz Danitza Franciskovic Ingunza y que lleva por título *“La ausencia de regulación normativa de la protección jurídica de los animales en la Constitución Política del Perú”* y en la que dicha estudiosa, al compás de los referentes que proporciona el derecho comparado, se plantea interesantes reflexiones acerca de los alcances e insuficiencias de nuestro propio modelo constitucional en relación con la llamada protección de los animales.

Como muestra de que el debate es algo que no se cierra en ningún momento y que invita a un permanente análisis crítico, nuestro dilecto colega, el profesor Luis R. Sáenz Dávalos, acompaña su trabajo *“El dilema del Tribunal Constitucional en relación a las peleas de toros, peleas de gallos, corridas de toros y otros espectáculos particularmente violentos. Reflexiones sobre un debate inacabado y una solución aún pendiente”* en el que nos expone lo que ha representado el pronunciamiento de nuestro Colegiado en el marco del Exp. N° 0022-2018-PI/TC y los aspectos controvertibles que definitivamente y por ahora han quedado sin solución respecto a la protección de los animales y al discurso practicado por nuestra Constitución y su bloque de desarrollo.

Dentro de lo que constituye nuestra segunda sección dedicada a Miscelánea, que esta vez se presenta muy nutrida, nos encontramos con un grupo de interesantísimos trabajos dotados cada uno de fisonomía propia y en los que se abordan diversos temas vinculados a nuestra disciplina constitucional.

Inicia esta sección el trabajo del destacado jurista argentino Néstor Pedro Sagüés titulado *“Justicia digital y derechos fundamentales”*, en el que se aborda uno de los tópicos de mayor actualidad en el constitucionalismo contemporáneo como es el relativo a las relaciones entre el mundo de la tecnología y la administración de justicia, en particular la de carácter constitucional cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata. Sin duda un aporte muy valioso que viene siendo materia de interés y seguimiento por parte de nuestra dogmática comparada y local.

Seguidamente tenemos el estudio del maestro Domingo García Belaunde titulado *“Los orígenes del precedente constitucional en el Perú”*, que aborda en perspectiva histórica, debidamente documentada, lo que ha sido el reconocimiento y la evolución de una de las herramientas jurídicas más importantes que se ha venido utilizando en el ámbito de nuestra jurisprudencia, como ha sido y viene siendo el denominado precedente constitucional; estudio de gran utilidad para comprender las razones que llevaron a su adopción en nuestro país.

A continuación contamos con el aporte de nuestro dilecto y muy querido Magistrado Manuel Miranda Canales denominado *“Reflexiones constitucionales sobre el Bicentenario de nuestra independencia: A propósito de la labor del Tribunal Constitucional en la defensa de los Derechos Fundamentales”*, en el que se presta especial atención a los roles que cabe esperar de nuestro Tribunal en relación con

los diversos atributos esenciales de la persona todo ello en el contexto que ofrece una fecha tan trascendental como la reflejada por nuestro bicentenario nacional.

El reconocido profesor Aníbal Quiroga León nos ofrece en esta ocasión su trabajo “*La vacancia presidencial por incapacidad moral permanente: una mirada constitucional*” en el cual presta especial atención a uno de los temas de mayor controversia y actualidad en nuestro medio y respecto del cual el debate doctrinario o las posiciones contrapuestas puede decirse que continúan siendo recurrentes.

Otro importante aporte, también de actualidad, es el que debemos al constitucionalista Pedro Hernández Chávez, titulado “*El control jurisdiccional del juicio político. Apuntes sobre las infracciones constitucionales*”, en el que nos brinda sus reflexiones sobre los criterios a tomar en consideración en el control que desde la perspectiva jurisdiccional ha de recaer sobre una de las más importantes facultades con las que cuenta el Congreso de la República en el Perú.

Análisis particularmente interesante es el que ofrece el destacado profesor y asesor del Tribunal Constitucional Oscar Díaz Muñoz que lleva por título “*La asistencia religiosa en el Derecho Constitucional Peruano*” y que aborda lo que podría considerarse uno de los contenidos implícitos de la libertad religiosa, destacándose el notorio protagonismo que el mismo puede adquirir en determinados ámbitos o espacios especiales y cuya concretización al Estado corresponde garantizar.

El debate alturado vuelve a cobrar protagonismo con el penetrante estudio del profesor Marco Antonio Huaco Palomino rotulado “*Por una doctrina constitucional –y laica- sobre la laicidad. Una réplica a Ferrer Ortiz*” que aborda el siempre apasionante tema de la laicidad en esquemas jurídicos como el peruano y que en el presente caso es desarrollado en perspectiva disidente con la posición expuesta en un volumen anterior de nuestra revista por el profesor Javier Ferrer Ortiz. Sin duda vale la pena contrastar posiciones, en tanto ello enriquece el panorama y coadyuva a un mejor esclarecimiento de las cosas.

La destacada profesora Areli Valencia Vargas ha presentado un trabajo de notable interés al que ha titulado “*Contextualismo y desigualdades sistémicas. Apuntes desde una mirada socio jurídica*”. En el mismo efectúa importantes comentarios en torno de lo insuficiente que resulte un enfoque tendiente a analizar

el problema de las desigualdades desde una perspectiva meramente formal, propugnando resueltamente un enfoque mucho más integral basado en un análisis de tipo sistémico y estructural que tome en cuenta diversos factores tradicionalmente ignorados por los modelos jurídicos.

La doctora María Candelaria Quispe Ponce, recurrente colaboradora de nuestro Centro de Estudios Constitucionales, nos ha hecho llegar un interesante aporte al que ha denominado *“Estereotipos de género en las resoluciones judiciales sobre derechos de las mujeres: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH”* en el cual efectúa un balance de los principales pronunciamientos de la justicia constitucional e internacional tendientes a analizar los frecuentes estereotipos de género en los que suele incurrir el órgano judicial y que según se postula, constituyen evidentes vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación.

“El enfoque basado en derechos humanos y su incidencia en políticas públicas de los derechos sociales a partir del Tribunal Constitucional” es el valioso estudio que ha presentado la destacada profesora Melissa Fiorella Díaz Cabrera y en el que se resalta la trascendencia que hoy en día tienen los mensajes que desde la jurisprudencia constitucional se realizan a fin de delimitar el diseño de grandes políticas públicas y en los cuales el eje central de reflexión resulta siendo el ofrecido por los derechos humanos y la importancia que los mismos presuponen tanto en el plano constitucional como supranacional.

Otro de los destacables aportes doctrinarios se lo debemos al joven profesor José Reynaldo López Viera quien a través de su ensayo *“El rol de los jueces constitucionales en el desarrollo del Estado Constitucional”*, presta especial atención a la evolución que ha experimentado la organización jurídica del Estado, desde un enfoque basado en la primacía de la ley a otro definitivamente sustentado en la prevalencia de la Constitución como norma suprema y que como es evidente plantea una serie de retos principalmente en relación con la responsabilidad ejercida por los jueces.

En línea de motivadora reflexión encontramos el trabajo del profesor Roberto Cabrera Suarez titulado *“Estado de Derecho y desigualdades sociales: aproximación desde una teoría decadicimensional del Estado”*, en el que se desarrollan significativas ideas sobre los elementos que integran el concepto de Estado de Derecho, de cara al contexto que ofrece nuestro propio ordenamiento constitucional,

así como las insuficiencias que se vendrían generando a partir de la constatación de las desigualdades sociales.

Análisis notablemente valioso nos ofrece la investigadora Roslem Cáceres López en su estudio *“Constitucionalidad del proceso penal militar policial”*, que presta especial atención a las características del proceso penal y al repertorio de garantías existentes cuando este último se ve desarrollado en el ámbito especializado que ofrece la llamada justicia militar policial.

El joven constitucionalista Miguel Alejandro Estela de la Puente nos ha hecho llegar un valioso análisis al que ha dado por título *“Fundamentos constitucionales del decreto de urgencia”*, en el que desarrolla sus reflexiones respecto a la legislación de urgencia y a la utilización que el Poder Ejecutivo le ha venido dispensando así como los diversos problemas que en el contexto actual se han venido planteando.

De indudable actualidad es el estudio del profesor Christian Donayre Montesinos quien a través de su trabajo *“Una mirada crítica al Nuevo Código Procesal Constitucional: cambios innecesarios y retos de una reforma”*, reflexiona sobre las innovaciones que ofrece la legislación procesal constitucional recientemente emitida, que como bien se sabe, ha pasado a sustituir a la que estuvo vigente desde el año 2004, interrogándose acerca de su necesidad y pertinencia.

22

El ex congresista y destacado constitucionalista Luis Andrés Roel Alva nos ha hecho llegar su trabajo *“El derecho a la nacionalidad: un derecho fundamental que nunca se debe volver a perder por arbitrio del Estado”* en el que desarrolla importantes criterios en torno a un atributo fundamental poco estudiado en nuestro medio no obstante las frecuentes discusiones desatadas en torno de sus alcances y restricciones. De esta forma y al compás de una propuesta legislativa suya que finalmente se convertiría en ley, reflexiona acerca de la necesidad de establecer un mecanismo idóneo que permita recuperar la nacionalidad cuando esta fue dejada de lado por circunstancias de suyo excepcionales.

Otro trabajo de investigación que presentamos en esta oportunidad es el que nos ofrece el destacado abogado Raffo Velásquez Meléndez bajo el título *“Régimen jurídico de la extinción de dominio”*, en el que se presta especial atención a un instituto poco analizado en nuestro medio pero de inevitables consecuencias prácticas sobre el derecho fundamental de propiedad como lo es sin duda la llamada extinción de dominio.

De particular interés es el estudio histórico que nos ofrece en esta ocasión el distinguido letrado Alfredo Orlando Curaca Kong y que lleva por título *“Emmanuel Joseph Sieyès y dos contribuciones al Derecho Constitucional. Una breve mirada”*. Su contenido explora dos de las más valiosas contribuciones que el emblemático pensador francés aportara al mundo del derecho constitucional, por un lado el relativo a la representación política en la típica concepción de lo que se denomina como tercer Estado y por el otro, el concerniente con el control constitucional en la presencia del llamado “Jury Constitutionnaire”.

Cierra este apartado el trabajo del profesor Manuel Bermúdez Tapia, titulado *“La alianza del pacífico, el acuerdo de paz en Colombia y la geopolítica sobre el narcotráfico”*, en el que aporta interesantes reflexiones sobre las inevitables consecuencias que en un futuro inmediato tendrán los acuerdos celebrados en Colombia por los países que integran la llamada Alianza del Pacífico, entre los cuales esta el Perú, en relación con el combate a diversos delitos como el tráfico ilícito de drogas, la corrupción y otros de alcance internacional.

La tercera sección de nuestra Revista denominada Jurisprudencia Comentada, se dedica al análisis en perspectiva crítica de un grupo de las más importantes y emblemáticas ejecutorias que expidiera nuestro Tribunal Constitucional específicamente durante el periodo correspondiente al año 2020.

En este ámbito es de resaltar en primer término el análisis realizado por el profesor Mario Gonzalo Chávez Rabanal y que lleva por título *“Competencia del Tribunal Constitucional en la configuración de las políticas de gobierno: La sentencia estructural. A propósito del Caso Luigi Calzolaio, Exp. N° 02566-2014-PA/TC-Arequipa”*, el mismo que hace hincapié en los roles que viene cumpliendo nuestro Colegiado en cuanto garante de los derechos sociales y dentro uno de los ámbitos más novedosos como el referido al diseño de las políticas públicas a emprenderse por parte del Estado, para lo cual se ha adoptado –aunque sin mencionarlo expresamente– el modelo de una sentencia de tipo estructural que como se sabe, procura no solo resolver un caso en perspectiva subjetiva sino una buena cantidad de supuestos dentro de una vertiente más bien objetiva.

Ensayo de particular interés es también el ofrecido por el destacado jurista Luciano López Flores bajo el rótulo *“El fallo sobre la vacancia por permanente incapacidad moral del Presidente de la República: ¿El poder que pende de un hilo?”* quien efectúa un enjuiciamiento crítico en torno a la decisión que en mayoría

expidiera nuestro Colegiado sobre el espinoso tema de la vacancia presidencial (Exp. N° 0002-2020-CC/TC). El trabajo pasa revista de algunos temas que de acuerdo con el autor debieron ser necesariamente abordados dada su inobjetable relevancia y consecuencias hacia el futuro, por lo que se concluye recomendando la pertinencia de una eventual reforma constitucional como método tendiente a evitar discusiones sobre los alcances de los artículos 113 y 117 de la Constitución Política del Estado.

El asesor jurisdiccional Guillermo Martín Sevilla Gálvez se suma a los análisis jurisprudenciales a través de su interesante trabajo *“Condena del Absuelto: Comentarios a la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 4374-2015-PHC/TC”* en el que hace referencia a los aspectos opinables que contendría dicha ejecutoria, puntualizando en que si bien la respuesta fue la correcta, bien pudo haberse optado por una fórmula mucho más garantista y sobre todo mejor motivada tomando en cuenta que sobre la materia objeto de la controversia (condena del absuelto) ya existía una anterior exhortación del Colegiado al Congreso de la República respecto de la necesidad de modificar la normativa procesal penal a fin de evitar situaciones como las reclamadas en el caso examinado.

24

Valioso comentario es que el que debemos también al letrado constitucional Berly Javier Fernando López Flores vía su trabajo *“Organizaciones de usuarios de agua ¿Asociaciones civiles o asociaciones privadas de configuración legal? Reflexiones sobre la sentencia recaída en el Exp. 00018-2014-PI/TC (Acumulado)”* en el que se pondera la importancia que viene dando nuestra jurisprudencia al control constitucional de los actos derivados de privados en clara expansión de lo que hoy en día representa el discurso de los derechos fundamentales. En este contexto, el análisis presta atención a los componentes que tendría el derecho al debido proceso en el ámbito de las corporaciones de particulares y, de acuerdo con la ejecutoria emitida, el régimen jurídico al que pertenecerían las llamadas organizaciones de usuarios de agua.

Controversia particularmente relevante es la comentada por la doctora Susana Távora Espinoza vía su trabajo *“El Caso del cómputo del plazo de prescripción de obligaciones tributarias. Comentarios jurisprudenciales a la sentencia del Exp. N° 00004-2019-PI/TC (Pleno. Sentencia 556/2020)”* en el que se pronuncia acerca de las diversas posturas adoptadas por los Magistrados Constitucionales en torno del debate suscitado a raíz del Decreto Legislativo 1421 y los alcances de la prescripción en el ámbito específicamente tributario.

Cierra la presente sección el punzante comentario del profesor Rafael Rodríguez Campos titulado “*Cuando la ley está por encima de la Constitución*”. *Reflexiones constitucionales sobre el Caso Oscar Ugarteche Bedoya. Matrimonio igualitario*” que aborda en visión crítica la postura asumida en el Exp. N° 1739-2018-PA/TC en torno del reclamo formulado por un ciudadano en relación con el reconocimiento de lo que consideraba un derecho fundamental y que el Colegiado, por mayoría, resolvió de manera distinta a la pretensión planteada. Evidentemente las posturas de dicho caso están en la decisión y pueden ser meritadas de manera totalmente abierta y democrática como se ha hecho en la presente oportunidad.

La cuarta sección de nuestra Revista dedicada a los denominados Clásicos, recoge lo que podemos considerar un notable y muy significativo testimonio histórico consistente en la reproducción del primer trabajo de derecho constitucional realizado en nuestro medio por una joven y muy recordada estudiosa. Se trata de la investigación presentada en 1920 ante la entonces Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por Rosa Dominga Pérez Liendo bajo el título “*Un aspecto de la Historia del Derecho Peruano. Las Constituciones*”, documento que adquiere una adicional significación si se tiene en cuenta que sirvió para la titulación de la primera abogada mujer de nuestro país. Celebramos esta publicación de manera particularmente especial pues ratifica una senda en la que estamos totalmente empeñados, consistente en visibilizar los aportes de la mujer en el ámbito del Derecho peruano.

La quinta sección, a la que denominamos Documentos, reproduce el interesantísimo y muy enriquecedor debate suscitado en el seno de la Asamblea Constituyente 1978-1979 a raíz de la creación del antiguo y extinto Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución de 1979 y que, como se conoce, fue el antecedente más directo y cercano de nuestro actual Tribunal Constitucional diseñado por la Carta fundamental de 1993. Destacan en dicho debate y entre otras intervenciones, las que debemos a los ilustres constituyentes y extraordinarios juristas Javier Valle Riestra Gonzales (APRA) y Roberto Ramírez del Villar (PPC).

Finaliza el presente volumen la sexta sección denominada Reseñas Bibliográficas, en la que nos encontramos con comentarios de valiosos textos de derecho constitucional editados en fecha relativamente reciente. En esta ocasión, se da cuenta de publicaciones Bastante variadas como “Libertad Religiosa y

aconfesionalidad del Estado Peruano”; “Lecciones de Derecho Público Constitucional”; “El Amparo Virtual” y el colectivo “El Habeas Data en el Perú. Posibilidades y límites”.

No queremos dejar de reconocer que la presente publicación ha sido fruto del esfuerzo encomiable de varias personas. Sin su apoyo decidido e impecable responsabilidad hubiese sido imposible sacar adelante y en tan poco tiempo un proyecto de esta envergadura y calidad. En este sentido mi primer agradecimiento es para los titulares de las Direcciones especializadas que integran nuestro Centro de Estudios Constitucionales, particularmente los doctores Luis R. Sáenz Dávalos, Orlando Curaca Kong y Susana Távora Espinoza.

Asimismo y en segundo término para quienes sin estar obligados a apoyar, siempre nos han ofrecido una cuota de colaboración que a todas luces consideramos inestimable. En tal sentido nuestro especial reconocimiento a los integrantes de nuestro Consejo Editorial, los profesores Edgar Carpio Marcos, Camilo Suarez López de Castilla, Juan Manuel Sosa Sacio, Berly López Flores, Paola Ordoñez Rosales, Nadia Iriarte Pamo y María Candelaria Quispe Ponce. A ellos se agrega el concurso externo de Dante Martin Paiva Goyburu, joven cultor de nuestra disciplina constitucional.

26

Ya lo he mencionado en otra reciente publicación de nuestro Centro de Estudios Constitucionales pero quiero dedicar mis palabras finales, para mi desaparecido colega Carlos Ramos Nuñez, anterior Director de esta Revista. Su repentina partida nos ha dejado un enorme vacío imposible de llenar. Su palabra sincera y consejo oportuno definitivamente nos va a faltar en lo sucesivo, pero nuestro compromiso por sacar adelante las publicaciones de este Centro será el mejor homenaje que podamos realizar en su memoria.

Y mi agradecimiento definitivo es para el resto de mis colegas Magistrados integrantes del Pleno que me honro en integrar y, especialmente, para su Presidenta Marianella Ledesma Narváz por el apoyo brindado al Centro de Estudios Constitucionales.

Ernesto BLUME FORTINI

Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

SECCION ESPECIAL
(Constitución y Naturaleza)

Derechos de la naturaleza y su exigibilidad jurisdiccional

✎ DAMIÁN ARMIJOS ÁLVAREZ*

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana ha despertado cierto interés y escepticismo en la comunidad académico-jurídica local y global, no obstante ha planteado algunos elementos sobre los que vale la pena reflexionar en miras a determinar si la existencia de la humanidad se encuentra lo suficientemente garantizada con las perspectivas actuales sobre el derecho ambiental, o este es insuficiente por fundarse en criterios utilitaristas de la naturaleza que es independiente del ser humano.

29

Ecuador no se ha quedado aislado en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, países como Nueva Zelanda, India y Colombia han dado algunos pasos significativos en este propósito, pero el camino ha sido diferente, a través de la justicia y no de la norma, por lo despierta interés saber cómo se exigen los derechos de la naturaleza.

1. La relación naturaleza - ser humano (de diosa a sirvienta)

La naturaleza es la casa común en la que millones de géneros y especies desarrollan su vida animal y vegetal. Dentro de la vida animal está el ser humano, el significado real de la palabra humano “es un animal que pertenece al género homo” (Harari, 2014, p. 17). El humano es el único ser vivo que históricamente

* Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Estudios de especialización y maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Ecuador). Estudios de maestría en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca. Director General del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin Iuris.

ha causado -y sigue en camino de- su propia extinción, así, de la variedad de especies del género *homo*¹, el *Homo sapiens* es el único sobreviviente².

En efecto, el ser humano es parte de la naturaleza, depende de ella. No obstante, dada la relación dominante del ser humano respecto del resto de seres vivos, se ha posicionado en el mundo animal en una suerte de *independización*, considerándose el origen, razón y fin de toda la existencia. Esto no fue siempre así.

Las primeras civilizaciones humanas se relacionaban con la naturaleza de una forma en que existía respeto y reverencia hacia los bosques, montañas, páramos, volcanes, etc., que el ser humano llegó a considerarlos deidades, estableciendo una conexión espiritual en cuanto la naturaleza ofrecía el suficiente refugio y alimento.

Con la crecida de los grupos humanos se adaptaron las bondades de la naturaleza a sus necesidades, así, los frutos que recolectaban al ser insuficientes se convirtieron en cultivos, los animales que cazaban al ser insuficientes fueron domesticados, los refugios en los que habitaban al ser insuficientes fueron abandonados por viviendas construidas con los materiales que le facilitaba la naturaleza.

En este contexto, el ser humano, al descubrir su capacidad de dominio respecto del resto de seres vivos empezó a desconectarse de su relación metafísica con la naturaleza, haciéndola su sirvienta, usándola para sus fines, de manera que buscó en el propio ser humano un fundamento espiritual.

Durante los últimos 10.000 años, *Homo sapiens* se ha acostumbrado tanto a ser la única especie humana que es difícil para nosotros concebir ninguna otra posibilidad. Nuestra carencia de hermanos y hermanas hace que nos resulte más fácil imaginar que somos el epítome de la creación, y que una enorme brecha nos separa del resto del reino animal. Cuando Charles

1 Tales como el australopithecus, el homo neandertales, el homo erectus, el homo soroensis, el homo floresiensis, el humo rudolfensis y el homo ergaster.

2 Yuval Noah Harari señala que se especula que el resto de las especies se extinguieron a partir de dos teorías la teoría del entrecruzamiento por medio del cual los Sapiens se reprodujeron con neandertales y otras especies hasta que las poblaciones se fusionaron, la hipótesis opuesta llamada teoría de la sustitución, cuenta una historia de incompatibilidad aversión y quizá incluso genocidio (Harari, 2014, p. 28).

Darwin indicó que *Homo sapiens* era sólo otra especie animal, sus coetáneos se sintieron ofendidos (Harari, 2014, p. 31).

El aumento de la población humana genera el uso de zonas para su cultivo y crianza de animales domésticos que provoca el desplazamiento de especies endémicas que en virtud de la erosión de la tierra en que vivían se extinguen³.

La amenaza de las especies obedece también a una serie de acciones humanas, como la introducción de especies invasoras que provoca alteraciones en la cadena alimenticia o enfermedades, la pesca indiscriminada, la caza “deportiva”, o la cotización de partes de animales por considerarlos medicinas milagrosas (sin fundamento científico) como el cuerno de rinoceronte, las escamas del pangolín o los huesos de grandes felinos. A esto se suma la contaminación ambiental que provoca el cambio climático que a su vez repercute en los ecosistemas de las especies que, en caso de no adaptarse, corren peligro de extinción⁴.

El ser humano, no solo amenaza al resto de las especies vivas, su acción indiscreta repercute en su propia existencia de manera directa, tal es el caso de ciudades abandonadas como Pripyat (Ucrania) cuya población de alrededor de 50 mil personas abandonó la localidad por la contaminación derivada de la falla del reactor IV de la Central Nuclear de Cherbobyl. A esto se suma el desalojo de pueblos para dar paso al desarrollo de actividades mineras como el caso de Geamana (Rumania) o por el fracaso de estas como Kadykchan (Rusia) (Magnet, 2015).

Pero también están acciones deliberada y maliciosamente planificadas que provocan la extinción humana, principalmente las guerras, presentes a lo largo de la historia de la humanidad hasta nuestros días que, de la mano de la deliberada omisión para mitigar y evitar las repercusiones de la contaminación y cambio climático, continúan provocando la aniquilación de su propia especie.

Por lo tanto, el ser humano no solo que dispone de la naturaleza en sí misma, sino además dispone de ella de una forma en que provoca su propio exterminio.

3 Como sucedió con la rata cola de mosaico, que según la Scientific American fue el primer mamífero en extinguirse por la acción humana.

4 Como el leopardo de las nieves cuyo hábitat se está degradando.

2. El antropocentrismo jurídico y su deconstrucción

La evolución humana y su predominio sobre el resto de los seres vivos ha provocado la fundamentación de los sistemas jurídicos en la dignidad de las personas, así, toda persona tiene derechos desde que nace (o incluso antes⁵) hasta que muere (o incluso después⁶), tiempo durante el cual es amo y señor de todo aquello que sea susceptible de apropiación.

Esto sucede porque el propio ser humano se inventó la ley como mecanismo de convivencia pacífica, una ley que además le permite ser el amo y señor del resto de seres vivos, que le informa que cualquier exigencia de respeto a otras formas de vida (otros titulares del derecho) resulta irracional, en otras palabras, sus propias construcciones jurídicas lo han convertido en el epicentro de cualquier fundamentación jurídica.

Harari sostiene que el éxito del *Homo sapiens* posiblemente consiste en la aparición de la ficción a partir de la cual un gran número de extraños pueden cooperar con éxito si creen en mitos comunes.

32

Cualquier cooperación humana a gran escala [...] está establecida sobre mitos comunes que sólo existen en la imaginación colectiva de la gente. Las iglesias se basan en mitos religiosos comunes. Dos católicos que no se conozcan de nada pueden, no obstante, participar juntos en una cruzada o aportar fondos para construir un hospital, porque ambos creen que Dios se hizo carne humana y accedió a ser crucificado para redimir nuestros pecados. Los estados se fundamentan en mitos nacionales comunes. Dos serbios que nunca se hayan visto antes pueden arriesgar su vida para salvar el uno al otro porque ambos creen en la existencia de la nación serbia, en la patria serbia y en la bandera serbia. Los sistemas judiciales se sostienen sobre mitos legales comunes. Sin embargo, dos abogados que no se conocen de nada pueden combinar sus fuerzas sus esfuerzos para defender a un completo extraño porque todos creen en la existencia de

5 Como el principio *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, por el cual se protegen los intereses de quien está por nacer, considerándolo vivo para todo lo que le sea conveniente en el orden sucesorio.

6 Como el respeto a la voluntad del causante.

las leyes, justicia, derechos humanos... y el dinero que se desembolsa en sus honorarios.

Y, no obstante, ninguna de estas cosas existe fuera de los relatos que la gente se inventa y se cuentan unos a otros. No hay dioses en el universo, no hay naciones, no hay dinero, ni derechos humanos, ni leyes, ni justicia fuera de la imaginación común de los seres humanos (Harari, 2014, p. 41).

Así, desde la revolución cognitiva, los sapiens han vivido en una realidad dual. Por un lado, la realidad objetiva de los ríos, los árboles y los leones; y por el otro, la realidad imaginada de los dioses, las naciones y las corporaciones. A medida que pasaba el tiempo, la realidad imaginada se hizo cada vez más poderosa, de modo que en la actualidad la supervivencia de ríos, árboles y leones depende de la gracia de entidades imaginadas tales como dioses, naciones y corporaciones (Harari, 2014, p. 46).

Es decir que, si como humanos sostenemos que estamos en la cúspide de la cadena alimenticia es porque así lo determinamos nosotros (así lo inventamos); si nos sentimos en el derecho de disponer y consumir cualquier animal al que podemos explotarlo es porque nosotros determinamos que los animales son bienes susceptibles de apropiación.

Por ejemplo, el código civil del Ecuador señala en el Libro II “De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones”, en su Título I “De las varias clases de bienes”, los siguientes artículos:

Art. 585.- Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. [...]

Art. 1885.- [...] Si una cosa mueble o semoviente se arrienda por cierto número de años, meses o días, cada una de las pensiones periódicas se deberá inmediatamente después de la expiración del respectivo año, mes o día. [...] (Código Civil, 2005)

Así, el ser humano, es potencialmente dueño de todo, esto es posible porque así lo dice el propio ser humano, no porque sea una regla natural, no olvidemos que la esclavitud fue posible porque así lo permitieron las leyes creadas por el propio ser

humano, sucede lo mismo con la ciudadanía, solo eran ciudadanos aquellos que, según la ley, podían serlo, y la ley establecía que solo son ciudadanos aquellos que tengan riqueza. Claro que esto cambió a partir de las revueltas y luchas de esclavos y pobres que buscaron la libertad y el reconocimiento de la ciudadanía a través de la ley. Esto significa que previo a la reforma legal hay un proceso de concientización, resistencia y reacción, que integran una etapa de transición de una realidad inventada desde las normas a otra nueva.

Quien está en el ejercicio del poder es quien dicta la ley, la ley solo puede variar en virtud de otro acto de poder y para que esto suceda se requiere o de la voluntad legislativa consciente de la necesidad de un cambio, o de la presión social para que se produzcan tales cambios.

Los cambios a nivel legislativo locales e internacionales en lo que respecta a la relación del ser humano con la naturaleza no podrían ser sino el resultado de la conciencia colectiva de la afectación y necesaria protección de la naturaleza por factores antropogénicos, sin embargo, las soluciones ideadas no han sido encaminadas a la protección de la naturaleza *per se*, sino en favor del ser humano que depende de ella para su supervivencia, esto es posible detectarlo si nos detenemos brevemente en la lectura de los instrumentos internacionales en materia ambiental.

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, proclama:

[...] gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma. [...] (Declaración de Estocolmo, 1972)

El reconocimiento de la importancia del medio ambiente está asociado a la posibilidad humana de avanzar en su desarrollo tecnológico, es decir, el reconocimiento del problema radica en la afectación que el ser humano se ha causado a sí mismo.

[...] A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra, niveles peligrosos de contaminación del agua, del aire, de la tierra y de los seres vivos; grandes

trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado. [...]

De todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología y, con su duro trabajo transforman continuamente el medio ambiente humano. [...] (Declaración de Estocolmo, 1972).

Se observa así que la finalidad del establecimiento de un instrumento de protección al medio ambiente sigue siendo el ser humano, de ahí que la declaración proclame que “La Conferencia encarece a los gobiernos y a los pueblos que unen esfuerzos para preservar y mejorar el medio ambiente humano en beneficio del hombre y de su posteridad” (Declaración de Estocolmo, 1972).

Podría decirse que la posición del ser humano en el ordenamiento jurídico continuaría en perspectiva antropocéntrica deconstruida, con cierto nivel de conciencia sobre las repercusiones de la acción humana sobre el ambiente, en el entendido que es su propio ambiente y de nadie más.

Con el tiempo, la deconstrucción antropocéntrica avanzó en los instrumentos internacionales en los que se establece cierta necesidad de equilibrio en las relaciones humanas con la naturaleza, pero siempre condicionadas a la decisión soberana de los Estados a partir de criterios desarrollistas. “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza” (Declaración de Río, 1992).

La perspectiva utilitaria de la naturaleza es el eje que ha seguido orientando las medidas de acción del ser humano, el antropocentrismo jurídico subsiste desde una deconstrucción que ha limitado el dominio y libertad absoluto sobre la naturaleza, con la característica *adicional* de protegerla porque lo contrario es un riesgo para su propio protector.

Inclusive si se piensa en la propia suerte de la humanidad, es necesario hacerlo pensando en la protección de la naturaleza, “investigadores de Estados Unidos han comprobado que las especies más sensibles y, por lo tanto, más expuestas

a los cambios de su entorno, ayudan a frenar la expansión de ciertas enfermedades infecciosas” (Portafolio, 2021). El ser humano necesita de la supervivencia de otras especies para garantizar la suya propia, inclusive se ha procurado atribuir a Albert Einstein la conclusión que si las abejas desaparecen el ser humano no tardaría más de 4 años en hacerlo también⁷.

El cambio climático manifiesta sus inclemencias más allá de cualquier frontera (otra ficción humana) de modo que la lógica nos conduce a pensar que las medidas de protección a la naturaleza deben ser globales, pero esto depende de la *soberanía* de cada Estado, el problema radica una vez más en las ficciones creadas por el ser humano, a pesar de las evidencias que representan las afectaciones a los ecosistemas, los desplazados climáticos, la carestía de alimentos, o la extinción de especies animales y vegetales.

Si el problema para la supervivencia está en la imposibilidad de obligar a los estados a tomar acciones concretas, debemos repensar las ficciones que sostienen el modelo de convivencia internacional, la ficción de soberanía estatal puede ceder ante una nueva ficción para la integridad de la biósfera e interdependencia de los sistemas ecológicos que permitan la supervivencia global.

3. El Estado frente a la Naturaleza y los derechos colectivos

Los instrumentos internacionales de protección ambiental determinan que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción o control no perjudiquen el medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

Si los estados tienen libre albedrío para la adopción de instrumentos internacionales que protegen el medio ambiente y cuando los adoptan siguen sus propias reglas de explotación ¿hay alguna forma de obligarlos a respetar y tomar acciones que favorezcan la integridad de la naturaleza?

Si bien los estados son autónomos, tienen obligaciones que cumplir frente a la comunidad internacional, el respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales trasciende la soberanía estatal y no es un asunto de discrecionalidad,

⁷ Ver: <https://www.sostenibilidad.com/medio-ambiente/que-pasaria-si-desaparecen-las-abejas/>

los derechos operan como directrices que el estado debe seguir y no los puede afectar, salvo que en determinados contextos específicos quisiera favorecer la vigencia de otro derecho.

Por este motivo, la proclamación de ciertos derechos fundamentales del ser humano, como vivir en un ambiente sano y libre de contaminación, es razón suficiente para exigir del estado la protección ambiental.

Si a esto se agrega que “[...] la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad [...]” (Constitución del Ecuador, 2008), es necesario que se garantice la participación de la ciudadanía en asuntos de interés público y en la toma de decisiones, de ahí que existan disposiciones constitucionales orientadas a la toma de decisiones ambientales con los colectivos potencialmente afectados.

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

37

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Constitución del Ecuador, 2008, art. 398)

A pesar del mandato constitucional de consulta ambiental, es el Estado el que administrativamente adopta la decisión, lo que evidencia la falta de vinculatoriedad de las decisiones populares (occidentales) en asuntos ambientales, pero esto varía cuando los derechos colectivos recaen sobre pueblos indígenas.

Juegan un rol especial los derechos colectivos indígenas cuya conexión con la naturaleza ha sido reconocida a nivel de la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina el derecho de los indígenas a vivir libremente en sus propios territorios, reconoce la forma comunal de

la propiedad colectiva de la tierra y la relación que ésta tiene con la comunidad como base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001).

Es así que la mera posesión ancestral de las tierras es el equivalente al título de propiedad, por lo que las comunidades pueden exigir del Estado su reconocimiento y registro, delimitando, demarcando y otorgando títulos colectivos a las comunidades, inclusive en favor de indígenas que por causas ajenas a su voluntad hayan perdido la posesión de sus tierras tradicionales para poderlas recuperar, salvo que hayan sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, en cuyo caso tienen derecho a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (Latin Iuris, 2021).

La relación entre derechos colectivos y naturaleza cobra especial trascendencia en virtud que la cosmovisión colectiva del uso de la tierra ofrece una perspectiva que se aparta del utilitarismo riguroso del antropocentrismo jurídico, en virtud el cual puedo disponer de la tierra según las necesidades y exigencias de consumo, no así en las comunidades indígenas que fundamentan sus actividades alimenticias, sociales y espirituales en armonía con las condiciones de que la naturaleza ofrece, sin forzarla.

[...] [S]e estableció que en el equinoccio *Mushuk nina* no existe sombra y durante el *Inti watana* existe una sola sombra, mientras que en los solsticios, las sombras estaban más alejadas del centro. Cuando no existían sombras, se fijó el inicio del año o *Mushuk wata* (21 de marzo). Consecuentemente, se desarrolló el calendario agrícola de acuerdo con los ciclos del Sol y la Tierra, que a su vez tiene relación con el inicio de las lluvias y coincide con el equinoccio de verano. A este equinoccio corresponde el inicio de las siembras o *Tarpuy pacha*, posteriormente, los cuidados del cultivo o *Hallmay pacha*, a continuación, la floración y producción de los primeros frutos o *Sisay pacha* y, finalmente, la cosecha o *Pallay pacha*. Basándose en este proceso continuo, asociaron ciertas actividades sociales con los ciclos agrícolas basados en el ciclo astral. El *Tarpuy pacha*, en homenaje a la fecundidad y la fertilidad representada en la mujer; después el *Kapak Raymi*, fiesta dedicada a los niños; el *Pawkar Raymi*, dedicada a la juventud y el *Inti Raymi* dedicada a todo el pueblo, aunque especialmente a los adultos. (Prieto, 2013, p. 228)

En cuanto al uso de las plantas como fuentes para la sanación, los conocimientos ancestrales se transmiten de una generación a otra, a través de líderes espirituales (yachak) que aprenden a lo largo de su vida (desde niños) sobre los poderes curativos y espirituales de las plantas, cómo prepararlas y cómo administrar a las personas.

Un yachak viene de un linaje de sabios, por eso el sabio debe ser diferente a otras personas, debe tener preparación especial para rescatar el conocimiento ancestral andino. Los yachaks conocen su entorno y lo utilizan a favor de la gente y la naturaleza. En las comunidades se utilizan hierbas medicinales que crecen silvestremente en el páramo, solo en pocos lugares existen huertos familiares donde se cultivan estas plantas (labor únicamente realizada por la mujer). Para el yachak, a las plantas medicinales no se las debería cultivar en los huertos del hogar, son plantas que deben crecer de forma silvestre. Cuando se las siembra en la casa se están contaminando por la presencia de plásticos y otras sustancias químicas que hacen que estas pierdan sus propiedades curativas. Lo ideal es que estas plantas se las obtengan de lugares sagrados o vírgenes, caso contrario, la planta seguirá siendo la misma pero sin su carácter medicinal. (Prieto, 2013, p. 235)

39

Como se observa, hay una relación respetuosa del ser humano hacia la naturaleza, no hay una relación de abstención para la preservación de los ecosistemas, sino que el humano se adapta a las condiciones de la naturaleza para poder sobrevivir en armonía con sus propios ciclos, de manera que el ser humano actúa conforme a las reglas del ecosistema en que se encuentra, motivos como estos, condujeron al constituyente ecuatoriano a reflexionar sobre el antropocentrismo jurídico y su necesario cambio por un biocentrismo.

4. El biocentrismo jurídico (naturaleza: de objeto a sujeto de derechos)

El biocentrismo no es necesariamente una antítesis del antropocentrismo, pues no niega la importancia del ser humano, sino que lo reconoce como parte fundamental de la vida en el planeta, pero no como su núcleo esencial. A partir del biocentrismo se plantea la necesidad de reconocer la protección de toda forma de vida en el planeta.

Para la corriente de pensamiento de la “Ecología Profunda”, sintetizados por George Sessions y Arne Naess, “Todas las formas de vida sobre la tierra,

humana y no humana, tienen un valor intrínseco. El valor del mundo no humano es independiente de su utilidad para el provecho humano”. El hombre no tiene derecho a disminuir esta riqueza y diversidad salvo para satisfacer necesidades vitales” (Pólit, 2006, p. 9).

La madre tierra o Pacha Mama según la cosmovisión andina está presente en la vida cotidiana, en la que no cabe distinción entre humano y no humano, porque coexisten y se interrelacionan de una forma en que integran un todo, el ser humano no está en la cúspide de la cadena alimenticia, al perecer su destino natural es ser tragado por los gusanos que a su vez son alimento de otras especies.

No siempre existió conciencia sobre la titularidad de los derechos de las personas en cuanto tales, el desarrollo social y las invenciones de derechos que permitan la convivencia pacífica fueron el resultado de una larga trayectoria, en la actualidad, pese al amplio catálogo de derechos fundamentales, se ha reconocido la posibilidad que existan nuevos derechos que puedan llegarse a descubrir a partir de sus derivaciones del concepto de dignidad humana.

40

En igual sentido, la naturaleza ha existido por miles de años sin necesidad de una legislación que la ampare, por el contrario, como se ha señalado previamente, la legislación sobre los derechos de dominio del ser humano han permitido que la naturaleza sea objeto derechos, tal como lo fueron los esclavos hace algunos años atrás.

En Ecuador, el preámbulo constitucional señala el reconocimiento social de la naturaleza: “CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia” (Constitución del Ecuador, 2008, preámbulo). Con mayor fuerza, se reconoce a la naturaleza como titular de derechos: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 10). La transición de la naturaleza como objeto de derechos a sujeto de derechos se fundamenta en el reconocimiento de que la humanidad es parte de la naturaleza y está sujeta a sus designios.

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no es exclusivo del Ecuador, que si bien lleva la posta de este cambio en la misma teoría de los derechos, la ha trasladado hacia otras latitudes, como Bolivia, que en el año 2010 mediante acto normativo determinó que “La Madre Tierra es el

sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común” (Ley de derechos de la madre tierra, 2010, art. 3).

Por otra parte, en Europa, destacan los esfuerzos de Islandia que trabajó en un proyecto de reforma constitucional cuyo artículo 33 establece que “La naturaleza [...] es la base de la vida en el país. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. [...] La ley garantizará a todos el derecho a un medio ambiente sano, agua dulce, aire limpio y naturaleza intacta. Esto significa el mantenimiento de la vida y la tierra y la protección de los lugares de interés natural, los espacios naturales despoblados, la vegetación y el suelo. Los daños anteriores se repararán en la medida de lo posible. El uso de los recursos naturales se gestionará de forma que se minimice su agotamiento a largo plazo, respetando los derechos de la naturaleza y de las generaciones futuras. [...]”, este proyecto tuvo el 66% de aprobación en referéndum, pero no prosperó por falta de aprobación parlamentaria (AFP Factual, 2020), sin embargo, vale la pena destacar que hay conciencia colectiva sobre la necesidad de reconocer derechos a la naturaleza.

En el año 2011, el gobierno de Nueva Zelanda reconoció personería jurídica al río Whanganui, en virtud que la tribu Maorí durante 160 años venía luchando por la protección del río al que lo consideran como su antepasado sobre el principio de considerar que “yo soy el río y el río soy yo” y como tal una entidad viva, que actualmente es representada por un miembro de la tribu y un representante del gobierno (BBC, 2017). “En 2013 se llegó a un acuerdo similar con otra tribu maorí, la de los Tuhoe, cuando el Parque Nacional Te Urewera, en la Isla Norte, fue reconocido como persona jurídica” (BBC, 2017).

La Constitución Política de la Ciudad de México regula el derecho al medio ambiente sano y determina que:

El derecho a la preservación y protección de la naturaleza será garantizado por las autoridades de la Ciudad de México en el ámbito de su competencia, promoviendo siempre la participación ciudadana en la materia.

[...]Para el cumplimiento de esta disposición se expedirá una ley secundaria que tendrá por objeto reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza conformada por todos sus ecosistemas y

especies como un ente colectivo sujeto de derechos (Constitución Política de la Ciudad de México, 2017, art. 13).

Además del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en orden normativo se han observado cambios en el ámbito jurisdiccional, tales como:

- a) En el año 2010 se propuso una acción de protección para tutelar y reparar la vulneración a los derechos del río Vilcabamba de la ciudad de Loja (Ecuador), la acción fue rechazada en primera instancia (por el Juzgado Tercero de lo Civil de Loja) y aceptada vía apelación en segunda instancia (por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja) que, mediante sentencia del 30 de marzo del año 2011 declaró la vulneración de los derechos del río Vilcabamba y llamó severamente la atención a la jueza inferior por no ajustarse a derecho (Río Vilcabamba Vs. Ministerio del Ambiente del Ecuador y Procuraduría General del Estado, 2011).
- b) En el año 2015 la Corte Constitucional del Ecuador aceptó una acción extraordinaria de protección propuesta por el Ministerio del Ambiente en contra de la Sala Única de la Corte Provincia de Justicia de Esmeraldas por desconocer que la Reserva Ecológica Cayapas Mataje era un área protegida que había sido afectada por la actividad camaronera de un particular (Sentencia 166-15-SEP-CC, 2015).
- c) En el año 2016 la Corte Constitucional de Colombia reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas (Sentencia T-622/16, 2016).
- d) En el año 2017 el Tribunal Supremo de Uttarkhand (norte de la India) declaró como seres vivos y con personalidad jurídica a los glaciares Gangotri y Yamuntori (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018), con base en su texto constitucional que establece como deber fundamental de todo ciudadano de la India a “proteger y mejorar el medio ambiente natural, incluidos los bosques, lagos, ríos y la vida silvestre, y tener compasión por los seres vivos” (Indiakanon, s.f.).
- e) En el año 2018 la Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoce a la Amazonía como sujeto de derechos, basado en la idea de solidaridad intraespecie y en el valor de la Naturaleza en sí misma, ordenando un plan para

reducir la deforestación y un pacto que permita la vida en el Amazonas colombiano de las generaciones futuras (Sentencia STC 4360/2018, 2018).

- f) En el año 2019 la Corte Constitucional del Ecuador estableció limitaciones al Estado para la interposición de garantías jurisdiccionales, determinando que solo podría presentarlas cuando se tenga por objeto la tutela de los derechos de las personas o de la naturaleza (Sentencia 282-13-JP/19, 2019).

Con el reconocimiento de los derechos de la naturaleza queda claro que los humanos no somos dueños de la tierra sino sus administradores, sus cuidadores, este criterio replantea la idea del dominio absoluto por un domino responsable y limitado de los recursos que ofrece la naturaleza que debe ser entendido como un ser vivo, para llegar a esta conclusión han sido necesarias una serie de reflexiones sociales y políticas sobre la forma en que nos relacionamos con nuestro entorno inmediato.

Luego de una larga historia del derecho en el que sus estudios y formas de enseñanza se han concentrado en el ser humano como único titular de derechos, resulta complicado cambiar la forma de percibir la naturaleza como nuevo titular, por este motivo cuando se discutía sobre la necesidad de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, se criticaba en tono burlesco que aquello implicaría la creación de comisarías para el gato, el caballo o el chimpancé. Si miramos los derechos de la naturaleza desde la lógica de los derechos humanos seguro que cometeremos tales errores, por eso es pertinente reflexionar sobre la base de problemas concretos y reales que permitan ejemplificar la conveniencia del reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

En el Estado de Utah (EEUU) se encuentra el lago Great Salt un ecosistema vital para más de cinco millones de aves migratorias que viajan al norte y al sur, comprende además un potencial económico en tanto hay actividad acuícola y es un atractivo turístico, sin embargo el lago se encuentra en peligro debido al crecimiento demográfico de las ciudades cercanas que por exigencia de riego, refrigeración, electricidad, etc., que demandan la desviación de arroyos y ríos, que son a la vez las principales afluentes del lago. Si este asunto se soluciona desde el antropocentrismo se pensará en el sacrificio del lago salvo que este acto implique una repercusión económica y/o ambiental al ser humano. Pero si se busca una solución desde el biocentrismo, el punto de partida de la discusión fijaría como argumento inquebrantable el derecho fundamental que el lago tendría sobre el agua.

5. Qué derechos tiene la naturaleza

La Constitución del Ecuador establece:

“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. [...]” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 71).

A partir del reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos hay varias cuestiones a tener en cuenta:

- a) La titularidad del derecho recae sobre la naturaleza en sí misma, no en el medio ambiente como un espacio que requiere el ser humano para garantizar su propia existencia, es decir, no se necesita demostrar daños directos o potenciales al ser humano para tutelar los derechos de la naturaleza y repararlos;
- b) El respeto a la existencia, mantenimiento y regeneración de la naturaleza trasciende las obligaciones estatales hacia todos los individuos. Estado y sociedad son responsables por el respeto a los derechos de la naturaleza. El mantenimiento y regeneración constituyen directrices hacia el ser humano, para no invadir con intervenciones artificiales que puedan acelerar o disminuir los procesos naturales o en su defecto, para intervenir, recuperando en la mayor medida posible el proceso natural. Estas tareas recaen sobre:
 - b.1. Los ciclos vitales.- La vida se basa esencialmente en los Grandes Ciclos de la Naturaleza que tienen como función la utilización del agua, nitrógeno, carbono y oxígeno para que la energía fluya a través del ecosistema terrestre. Estos Ciclos son procesos naturales que reciclan elementos en diferentes formas químicas desde el medio ambiente hacia los organismos, y luego a la inversa. Agua, carbón, oxígeno, nitrógeno, y otros elementos recorren estos ciclos, conectando los componentes vivos y no vivos de la Tierra (Fundación Estudio, 2014).
 - b.2. Estructura natural.- es aquella resultante de procesos geológicos, conformados por factores climáticos, de temperatura, de relieve, entre otros factores no humanos.

b.3. Funciones de la naturaleza.- “Las funciones comunes a todos los seres vivos son: nutrición, relación (interacción con otros elementos del ambiente) y reproducción” (Prieto, 2013, p. 258).

b.4. Procesos evolutivos.- Darwin propuso que las especies cambian con el tiempo, que las especies nuevas provienen de especies preexistentes y que todas las especies comparten un ancestro común. En este modelo, cada especie tiene su propio conjunto de diferencias heredables (genéticas) en relación con su ancestro común, las cuales se han acumulado gradualmente durante periodos de tiempo muy largos. Eventos de ramificación repetidos, en los que las nuevas especies se desprenden de un ancestro común, producen un “árbol” de muchos niveles que une a todos los seres vivos. Darwin se refirió a este proceso, en el que los grupos de organismos cambian en sus características heredables a lo largo de generaciones, como “descendencia con modificaciones”. Hoy en día, lo llamamos evolución. (Khan Academy, s.f.).

Los derechos de la naturaleza al igual que cualquier otro derecho humano conlleva limitaciones del resto de titulares de derechos, de manera que el ejercicio de un derecho como el dominio o la realización de una actividad comercial no puede prevalecer sobre los derechos de la naturaleza que se suman al catálogo de derechos que deben optimizarse y de ser el caso ponderarse.

45

Otro derecho de la naturaleza es la restauración:

La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas (Constitución del Ecuador, 2008, art. 72).

Este derecho puede interpretarse de dos maneras:

- Primero, como derecho autónomo cuando se ha determinado (no jurisdiccionalmente) la existencia de una afectación a la existencia, mantenimiento

o regeneración de ciclos vitales, estructura, funciones o procesos evolutivos de la naturaleza. En este caso el Estado como obligado principal y los ciudadanos como obligados subsidiarios deberían de adoptar las acciones que fueran necesarias para efectivizar el derecho a la restauración que tiene la naturaleza. Estimo que el Estado es el principal obligado en virtud que la propia Constitución reconoce que son deberes primordiales del Estado garantizar el pleno goce de los derechos constitucionales. Por otra parte, estimo que los obligados subsidiarios son los ciudadanos en la medida que la repercusión a los derechos de la naturaleza desemboca en una afectación al ser humano.

- Segundo, como medida de reparación integral, que se aplica tras la determinación jurisdiccional de una acción u omisión que ha provocado la vulneración del derecho. Como regla general, cuando los derechos constitucionales son vulnerados y se demanda su tutela y reparación, la responsabilidad es netamente estatal, pues el Estado debe ofrecer vías para la justiciabilidad de tales derechos y garantizar que las decisiones jurisdiccionales sean acatadas. En este sentido, la Constitución del Ecuador establece que tras la tutela de un derecho fundamental es necesario determinar un mecanismo de reparación, siendo la reparación integral un derecho y principio que actúa de diversas formas de manera proporcional al daño provocado, no obstante, en materia de derechos de la naturaleza la restauración serpia un derecho de reparación específico.

46

No descarto que ambas interpretaciones sean válidas por no ser excluyentes, puesto que la naturaleza puede sufrir una afectación en sus ciclos sin la necesidad de la intervención humana, pero siendo titular de derechos, no haría falta que se los proteja judicialmente para adoptar medidas de restauración, lo contrario implicaría que los seres humanos nos quedemos de brazos cruzados ante las afectaciones a la naturaleza y eso implicaría una falta de convivencia armónica humano-naturaleza.

Es preciso advertir que el reconocimiento de los derechos se realiza con miras a efectivizarlos, no se reconoce un derecho por el mero ánimo de castigar su vulneración, sino se lo hace con la finalidad de que sus titulares los gocen plenamente, a sabiendas que tal vulneración podría corregirse por conducto de las garantías que les resultan accesorias.

Queda claro además que la restauración de los derechos de la naturaleza es diferente del derecho a la indemnización de las personas o colectividades afectadas por la repercusión a los espacios naturales de los que dependen.

6. Cómo garantizar los derechos de la naturaleza (exigibilidad jurisdiccional)

La tradición jurídica procesal exige que todo en proceso judicial deba haber legitimación en la causa y en el proceso, así, quien propone un juicio debe acreditar un interés y debe estar en aptitud legal de hacerlo.

Cuando se realizaron los primeros intentos de protección ambiental en el ámbito judicial, triunfó la tradición procesalista, en el caso *Sierra Club Vs. Morton* (1972), un grupo ambientalista pretendía anular el permiso que el Secretario del Interior habría concedido a Disney para la construcción de un resort para esquiar en el Mineral King Valley en las montañas de Sierra Nevada, los demandantes sostenían que la intervención afectaría la belleza natural y el valor natural del área, el caso llegó hasta la Corte Suprema de Justicia y fue rechazado por voto mayoritario (4-3) por falta de acreditación de legitimación del demandante quien no acreditó perjuicio alguno, no obstante, en este caso destaca el voto disidente del juez William O. Douglas, quien reflexionó sobre la necesidad de que el ambiente pueda ser escuchado y representado en los tribunales de justicia.

47

Una de las principales críticas al reconocimiento de los derechos de la naturaleza fue su falta de capacidad para exigir derechos, sin embargo dicha problemática fue desechada con la simple argumentación que, así como los niños que tienen derechos pero los defienden a través de un representante legal, la naturaleza necesita de un representante para la exigibilidad y tutela de sus derechos.

La naturaleza no es solo un recurso sino una entidad viviente que puede ser representada legalmente, así como se ha reconocido representación legal a entidades imaginadas como las fiducias o empresas, es plenamente viable reconocer la potencialidad de la naturaleza para ser representada legalmente.

La Constitución ecuatoriana en materia de protección de derechos establece una acción universal: “Las garantías jurisdiccionales se registrarán, en general, por las siguientes disposiciones: [...] Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”

(Constitución del Ecuador, 2008, art. 86). “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 439).

En este contexto, cualquier persona, por sí misma, podría demandar la vulneración de los derechos de la naturaleza y asumir su defensa, sin necesidad de demostrar que fue perjudicado, tal como ocurrió en el caso del río Vilcabamba en la ciudad de Loja - Ecuador. En tono con las previsiones constitucionales, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) establece la posibilidad que en un proceso constitucional exista un demandante y un afectado, tratándose de derechos de la naturaleza, siempre se presentará esta situación y procesalmente no habría falta de personería.

Merece especial atención la participación de las comunidades y pueblos indígenas en cuanto han promovido la tutela de los derechos de la naturaleza generando la idea de derechos bioculturales, de hecho, la Constitución ecuatoriana reconoce el valor de estas relaciones:

48

[...] Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (Constitución del Ecuador, 2008, art. 71).

La Corte Constitucional Colombiana establece una conceptualización de los derechos bioculturales:

Los denominados derechos bioculturales, en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y

la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente (Sentencia T-622/16, 2016).

Es interesante el desarrollo de la jurisprudencia colombiana, puesto que su Constitución no establece expresamente derechos propios de la naturaleza, pero llegaron a tal conclusión a partir del reconocimiento de los derechos de las comunidades y su conexión con la naturaleza, esto genera la duda sobre si las poblaciones urbanas podrían reclamar derechos de la naturaleza propios de la urbanidad, como el paisaje urbano o el aire y agua libres de contaminación.

Estimo que lo más apropiado para la defensa de los derechos de la naturaleza es una representación legal amplia, que cualquier persona pueda hacerlo, puesto que casos como Sarayaku Vs. Ecuador que se han ventilado en Tribunales Internacionales, han evidenciado que los intentos de corrupción desde empresas contaminantes hacia las comunidades afectadas, generando divisiones entre líderes comunitarios, esto podría evitarse si el interés es difuso y cualquier persona, desde cualquier lugar del país y no necesariamente morador de la zona afectada, pueda reclamar la tutela de los derechos de la naturaleza.

49

Para la justiciabilidad de los derechos la LOGJCC ha establecido la posibilidad que cualquier juez del lugar en el que se origina el acto u omisión que vulnera derechos o donde produce sus efectos sea el competente para conocer y resolver el caso, es decir, si la orden de talar árboles de un bosque protector ubicado en Guayaquil proviene de Quito, la demanda podrá proponerse en Quito o Guayaquil,

Otra cuestión que debene atenderse desde la exigibilidad jurisdiccional de los derechos de la naturaleza son los mecanismos de prueba. En Ecuador la LOGJCC establece la inversión de la carga probatoria cuando se aleguen violaciones a los derechos de la naturaleza, esto es pertinente porque generalmente las afectaciones provienen de personas (naturales o jurídicas) con poder económico o político, o del Estado, de forma que los accionantes pueden verse en situaciones de desequilibrio que merecen atenuarse en aras de alcanzar un resultado justo y equitativo, puesto que si la carga de la prueba para realizar estudios de impacto ambiental, o informes periciales que por sus costos son inalcanzables para el demandante, podría llegarse a un resultado injusto por las propias limitaciones de los justiciables.

7. Retos transnacionales para la protección de la naturaleza (breves reflexiones)

Cerca de medio siglo de la declaración de Estocolmo que representa el primer acercamiento de la humanidad hacia la nueva visión global en sus relaciones con la naturaleza, los avances han sido limitados, la autonomía de los Estados constituye un grave límite para la protección de la naturaleza en perspectiva mundial. Cualquier esfuerzo que realicen las naciones que apuestan por la protección ambiental resulta insuficiente si las acciones no son globales.

El planeta necesita respirar del ser humano, el ser humano necesita un planeta en el que se pueda respirar, si no avanzamos en la supresión del antropocentrismo jurídico y su reemplazo por el biocentrismo, no resistiremos el cambio radical que la naturaleza llegue a imponer con sus propias leyes a las que conocemos como desastres naturales.

El ser humano necesita además pensar en soluciones hacia los problemas que van más allá de los estados, en la forma de limitar la contaminación de las transnacionales, incontrolables a nivel local y mundial, con poderíos económicos inalcanzables y en muchos casos superiores a las riquezas locales de los propios estados.

Si las soluciones resultan utópicas al presente por su exigencia globalizante, apostemos a las generaciones futuras mediante la educación basada en el biocentrismo, nuestros derechos nacen y mueren con nosotros, pero los derechos de la naturaleza seguirán allí, acompañando la vida de nuestros hijos y nietos.



Bibliografía

Libros y Tesis

- Harari, Y. N. (2014). *De animales a dioses: Breve historia de la humanidad*. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Pólit, B. (2006). La Consulta previa en materia ambiental. (*Tesis para la obtención de título de magíster*). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Prieto, J. (2013). *Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Páginas web

- AFP Factual. (13 de noviembre de 2020). *factual.afp.com*. Obtenido de <https://factual.afp.com/en-islandia-se-desarrollo-un-proceso-constituyente-que-no-prosperoy-aun-rige-la-constitucion-de>
- BBC. (16 de marzo de 2017). *bbc.com*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39291759>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (19 de julio de 2018). *bcn.cl*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/cuidado-glaciares-personificacion-india>
- Fundación Estudio. (14 de junio de 2014). *aprehenderlaciudad.wordpress.com*. Obtenido de <https://aprehenderlaciudad.wordpress.com/2014/06/14/ciclos-de-la-naturaleza/>
- Indiakanoon. (s.f.). *indiankanoon.org*. Obtenido de https://indiankanoon.org/doc/867010/?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_d5e20a6dff2ca8430583314d45ee45ce53f39bce-1628460638-0-gqNtZGzNAg2jcnBszQdO
- Khan Academy. (s.f.). *khanacademy.org*. Obtenido de <https://es.khanacademy.org/science/ap-biology/natural-selection/natural-selection-ap/a/darwin-evolution-natural-selection>
- Latin Iuris. (10 de junio de 2021). Dr. Alan Vargas - Derechos de pueblos indígenas y en aislamiento voluntario [video]. Youtube. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=UT0e6a4sNUQ&t=1094s>
- Magnet. (15 de junio de 2015). *magnet.xataka.com*. Obtenido de <https://magnet.xataka.com/un-mundo-fascinante/la-imagen-de-la-soledad-9-ciudades-abandonadas-a-lo-largo-del-mundo>

Fuentes legales

- Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449.
- Asamblea Constituyente de la Ciudad de México. (05 de febrero de 2017). Constitución Política de la Ciudad de México. Diario Oficial de la Federación.
- Asamblea Legislativa Plurinacional. (21 de diciembre de 2010). Ley de Derechos de la Madre Tierra (Ley Nro. 071). Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005, 24 de junio). *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46.
- Naciones Unidas. (1972, 16 de junio). *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano.
- Naciones Unidas. (1992, del 3 al 14 de junio). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Portafolio. (07 de 08 de 2021). *portafolio.com*. Obtenido de <https://www.portafolio.co/tendencias/perdida-biodiversidad-afecta-salud-humanidad-103034>

Fuentes jurisprudenciales

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2001).

Río Vilcabamba Vs. Ministerio del Ambiente del Ecuador y Procuraduría General del Estado, 11121-2011-0010 (Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja 30 de marzo de 2011).

Sentencia 166-15-SEP-CC, Caso Nro. 0507-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 20 de mayo de 2015).

Sentencia 282-13-JP/19, 282-13-JP (Corte Constitucional del Ecuador 4 de septiembre de 2019).

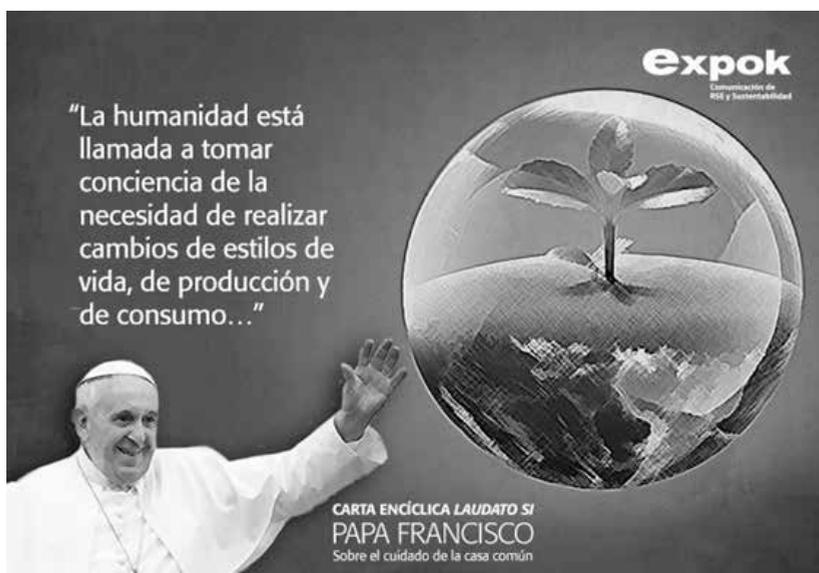
Sentencia STC 4360/2018 (Corte Suprema de Justicia de Colombia 5 de abril de 2018).

Sentencia T-622/16, Expediente T-5.016.242 (Corte Constitucional de Colombia 10 de noviembre de 2016).

El diálogo jurisprudencial acerca de la importancia de la Constitución Ecológica

Apuntes sobre su desarrollo en la jurisprudencia constitucional
comparada y boliviana*

✍ ALAN E. VARGAS LIMA**



(*) Las primeras líneas de este trabajo, fueron publicadas como columna de opinión en: La Gaceta Jurídica (14/07/2015). Una versión extendida, se halla disponible para lectura en el portal web de *Sociedad Ambiental*: <https://bit.ly/3eQM2vG> Recientemente, el texto fue presentado como ponencia en el III Congreso Internacional de Justicia Constitucional – 66° Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional “*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, evento organizado por la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, que se realizó los días 28, 29 y 30 de octubre de 2020, en modalidad virtual. Para la presente edición, se presenta una versión revisada y actualizada del trabajo de investigación jurisprudencial.

(**) Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS – Bolivia), y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN – Bolivia). Miembro Honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú);

1. Nota preliminar: El mensaje sobre el cuidado de la casa común

Debo comenzar recordando con alegría la muy reconfortante visita del Santo Padre a tierras bolivianas, a inicios del mes de julio del año 2015. En aquella oportunidad, y cuando estuvo en la ciudad de La Paz, cerca de las 6 de la tarde de aquel 8 de julio, el Papa Francisco pronunció un breve mensaje de paz y esperanza para nuestro país, y mientras intentaba realizar una descripción aproximada del paisaje boliviano, se dio cuenta que ello fue acuñado en el preámbulo de la Constitución, “*de un modo poético*”, según dijo.

A continuación, dio lectura al primer párrafo de nuestro Preámbulo constitucional¹, que precisamente señala: “*En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. (...)*”.

54

Cabe aclarar que esta declaración inicial del Preámbulo, no constituye un simple verso “poético”, sino que el constituyente pretendió contextualizar el contenido del pacto fundamental que se estaba sometiendo a consideración del soberano (el pueblo), describiendo los rasgos geográficos esenciales de nuestro país, y dejando

Director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) – Capitulo Bolivia; Miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional AAJC (Argentina); y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Docente invitado a nivel pregrado y posgrado en varias Universidades bolivianas. Autor de distintos libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. E-mail: alanvargas4784@gmail.com Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>).

- 1 La SC 1312/2011-R de 26 de septiembre, refiriéndose a la estructura ideológica y filosófica de la Constitución, afirmó lo siguiente: “...asumiendo que el preámbulo del mismo constituye la síntesis y esencia pura de las directrices axiológicas que guiaron la función constituyente, en virtud de las cuales se refundó el Estado, es perfectamente pertinente, resaltar que el pueblo boliviano, de composición plural como elemento fundante del Estado, siguiendo las palabras de Alberto del Real Alcalá, como un eje neurálgico, estructuró sus cimientos en el reconocimiento de ‘un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos’, postulado a partir del cual -entre otros-, debe resaltarse la primacía de los principios de solidaridad y armonía, consagrados taxativamente en el preámbulo, los cuales -interpretados teleológicamente-, están destinados a la consolidación no sólo de una vigencia formal, sino principalmente material del fin primordial del Estado Plurinacional: ‘el vivir bien.’”

expresa constancia de que los pueblos indígenas que siempre habitaron estas tierras, tuvieron que soportar el racismo en carne propia para comprenderlo en su real dimensión y así denunciarlo públicamente en el texto fundamental, como una lección de aprendizaje para todos los pueblos y naciones indígenas existentes en Bolivia, a fin de que no permitan que se vuelva a repetir algo semejante.

Ello era absolutamente necesario, dado que en pleno siglo XXI, en nuestro país fuimos testigos de claras manifestaciones de racismo y discriminación en las ciudades, como aquel 24 de mayo de 2008².

Más allá de lo anterior, hay que resaltar que en cuanto se percibe la presencia papal (un privilegio que disfrutaron con regocijo las ciudades de La Paz y Santa Cruz), inmediatamente viene a la mente aquella reciente obra magnífica escrita por el Santo Padre: la Encíclica *Laudato Si*, publicada el 24 de mayo de 2015, que básicamente es un llamado mundial a la conversión ecológica.

Ciertamente (como lo ha apuntado en su momento, el columnista internacional Lluís Bassets), la nueva Encíclica del Papa, dedicada a una visión ecológica del planeta, sienta doctrina, pero también busca y tiene efectos políticos

2 Ese nefasto día, se conoce como “La Humillación de Sucre” dado que se trata de un suceso ocurrido en la ciudad de Sucre, capital de Bolivia, durante su etapa de crisis política. El 24 de mayo de 2008, campesinos afines al gobierno, llegaron a Sucre, con la intención de recibir ambulancias por parte del Presidente Evo Morales, a consecuencia, enfrentándose campesinos con universitarios, siendo los campesinos llevados a la plaza principal de Sucre y despojados de sus ropas (así lo refleja Wikipedia). Como bien lo ha relatado Andrés Calla, el 24 de Mayo alrededor de 40 indígenas y campesinos se encontraban en la ciudad de Sucre para recibir ambulancias para sus comunidades por parte del presidente Evo Morales. Este evento no se llevó a cabo, pues una multitud organizada por el Comité Interinstitucional de Chuquisaca, una organización liderada por varias autoridades locales, evitó que el presidente llegue al Stadium debido a los disturbios producidos en los alrededores. A partir de este momento el Comité Interinstitucional, toma el control de la situación identificando a los indígenas y campesinos presentes como los aliados directos del MAS, y los traidores de la causa sucrense con mucha violencia. Estos fueron golpeados y humillados en el camino hacia la Plaza Central “25 de Mayo”, y en ella, los indígenas fueron obligados a desnudarse de la cintura para arriba, a besar banderas de Sucre y el suelo, a gritar estribillos en contra al gobierno, en contra el MAS y en contra el Presidente. Además, les forzaron a gritar también a favor de Sucre y la capitalía. Todo esto bajo un aire de mucha violencia, racismo y miedo por parte de los indígenas y campesinos. Para terminar la humillación, les obligaron a quemar un poncho, una whipala y los pasacalles con inscripciones a favor de Evo. Este hecho se efectuó en la Plaza Central, pero la discriminación, la violencia verbal y hasta la violencia física ya habían tenido lugar en este espacio en el periodo de la Asamblea Constituyente. Cfr. Andrés Calla. “*El 24 de mayo de 2008 en Sucre. La exacerbación del racismo*”. Documento disponible en: http://www.cedib.org/wp-content/uploads/2013/05/VL6_24mayo_exacerbaciónracismo.pdf (2016).

inmediatos. Así, a diferencia de otras cartas papales, no se dirige únicamente a los fieles sino que pretende alcanzar a la humanidad entera, con independencia de la religión u otras creencias.

Es además un llamamiento, en muchos aspectos dramático, a adoptar acciones urgentes ante las catástrofes medioambientales que se avecinan y, específicamente, las que se derivan del ‘calentamiento global’, dirigido sobre todo a los países más ricos y con mayores responsabilidades contaminantes y a las organizaciones internacionales; pero también a los individuos, cada uno en su nivel, para que respectivamente actúen y planifiquen políticas que limiten los desastres y adopten formas de vida más ecológicas y menos consumistas³.



En este mensaje, el Papa deja claramente establecido a los creyentes, *que no se puede amar a Dios sin amar a la naturaleza y a los más desfavorecidos*, por lo que les conmina a practicar una espiritualidad ecológica, a convertirse a una vida de sobriedad y bajo consumo. Definitivamente, se trata de un mensaje muy sensato y perfectamente adecuado para estos tiempos de crisis de valores humanos.

3 Lluís Bassets. *La conversión ecológica*. Disponible en: <https://www.la-razon.com/voces/2015/06/28/la-conversion-ecologica/>

Teniendo presente la tendencia ecológica de su mensaje, inmediatamente nos preguntamos si ello podría tener alguna relevancia para el mundo jurídico, específicamente en el ámbito constitucional; es por ello, que me pareció importante indagar un poco acerca del concepto de “Constitución Ecológica”, que es consonante con los nuevos conceptos de “Constitución Autónoma” (en España), o “Constitución Económica” (en Argentina).

2. La Constitución Ecológica en la jurisprudencia comparada

El concepto de “*Constitución Ecológica*”, es uno de los ampliamente desarrollados a nivel jurisprudencial tanto en Perú como en Colombia⁴.

2.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú: La Constitución Ecológica y sus dimensiones

Así por ejemplo, en la Sentencia recaída en el Exp. N°03610-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional Peruano señaló que la Constitución Ecológica no es

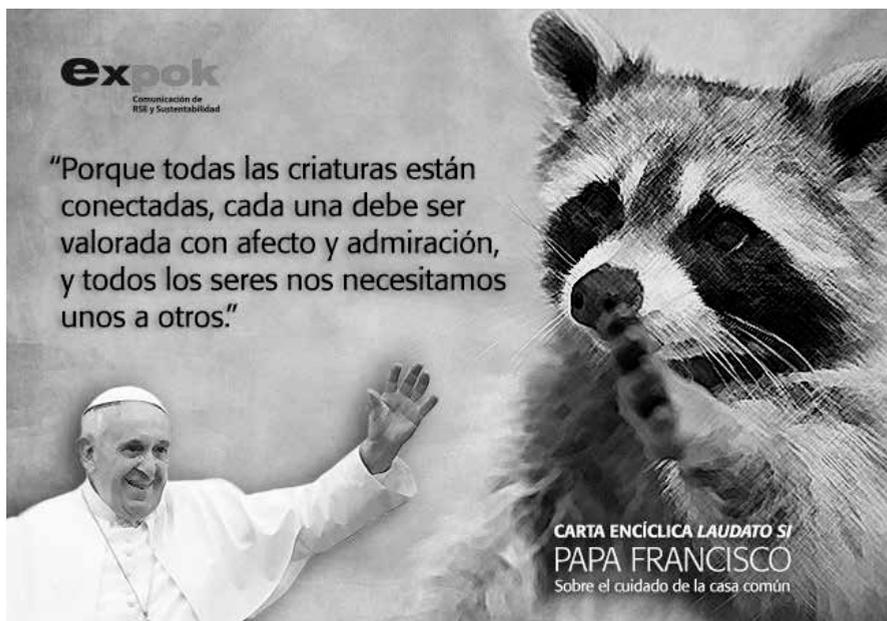
⁴ De acuerdo con la dogmática de los derechos fundamentales, las obligaciones derivadas de la *Constitución ecológica* pueden ser de tres clases: de respeto, de protección y de garantía. Brevemente, las *obligaciones de respeto* son obligaciones que tiene el Estado de abstenerse para no afectar el ambiente. Suelen ser obligaciones de no hacer, aunque pueden implicar también acciones de tipo positivo. Las *obligaciones de protección* suponen que el Estado impida que se irrespete el derecho a un ambiente sano. Este tipo de obligaciones con frecuencia implican la acción del Estado, pero no necesariamente. Es posible proteger el derecho de una comunidad dejando de hacer algo, como, por ejemplo, cuando se mantiene la legislación vigente y no se modifica, en aras de permitir que un particular ejerza cierta actividad riesgosa que implique desconocer el derecho de una comunidad a un ambiente sano. La abstención del Estado en tal caso es la manera en que éste cumple su obligación de proteger el derecho, pues así evita que un particular, mediante acciones positivas, no respete el derecho ambiental de la comunidad. Finalmente, las *obligaciones de garantía* suponen la adopción de medidas de carácter negativo o positivo, orientadas a asegurar el goce efectivo del derecho de una persona que no se lo puede proveer por sí mismo. En general, si un Estado respeta los derechos de las personas y los protege, al impedir que otros los irrespeten logra su cometido de respeto a los derechos. No obstante, algunos individuos de manera constante, y otras de manera temporal o transitoria, no pueden tomar acciones por su cuenta para asegurarse a sí mismas el goce de sus derechos. En tal caso, el respeto estatal a los derechos y su protección frente a terceros no son suficientes. Es preciso en tales circunstancias adoptar las medidas adecuadas y apropiadas, de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para que tanto el propio Estado como terceros no solo no dañen el medio ambiente e impidan que otros lo hagan, sino que además adelanten acciones y omisiones para conservarlo y sanearlo. Cfr. María Victoria Calle Correa. “*Cuando limitar la autonomía territorial es maximizarla: Derecho al medio ambiente sano como aporte a la optimización de la autonomía territorial*”. En: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, José Antonio Cepeda Amarís, Liliana Estupiñán Achury (editores académicos). *Una mirada a las regiones desde la Justicia Constitucional*. Bogotá D.C. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2013. Pág. 286. Disponible en: <https://bit.ly/3tWAbn5>

otra cosa que *el conjunto de disposiciones de la Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medioambiente* (fundamento 33). Asimismo, siguiendo el criterio expresado con anterioridad por la Corte Constitucional Colombiana (en la Sentencia T-760/07)⁵, estableció la *triple dimensión* de la Constitución Ecológica:

- a) Como *principio* que irradia todo el ordenamiento jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación;
- b) Como *derecho* de todas las personas a gozar de un ambiente sano; derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales; y
- c) Como conjunto de *obligaciones* impuestas a las autoridades y a los particulares, en su calidad de contribuyentes sociales⁶.

5 Posteriormente, en la Sentencia T-608/11, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, *“el derecho al medio ambiente se compone de tres facetas: i) proporciona la facultad a cada individuo de gozar de un medio ambiente sano, derecho que es exigible por medio de acciones judiciales; ii) dispone una obligación a todos los ciudadanos nacionales y al Estado, de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, estableciendo respecto del Estado que dichos deberes son “calificados de protección” y finalmente, iii) determina la protección del derecho al medio ambiente, como principio constitucional que irradia todo el ordenamiento jurídico, y por tanto debe ser protegido de manera transversal. Con base en todo lo anterior, la Corte Constitucional ha denominado la Constitución de 1991 como Constitución ecológica o Constitución verde. (...)”*.

6 Este entendimiento, ya fue expuesta en la Sentencia del Exp. N°03343-2007-PA/TC, en la cual, el Tribunal Constitucional Peruano hizo referencia al Medio ambiente y la Constitución Ecológica, al señalar que: *“(...) Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada se ha denominada al conjunto de disposiciones de la Carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, Constitución Ecológica (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33). Así, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68° de la Constitución prescribe: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”; en esa línea, el artículo 69 señala: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía”. Cfr. Gerardo Eto Cruz. Derecho Procesal Constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial. Volumen 1. Sexta edición. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2019. Pág. 195.*



2.2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia: La protección de los animales como componente de la protección al medio ambiente

59

A través de la Sentencia C-032/19, de 30 de enero de 2019, la Corte Constitucional colombiana con gran acierto ha conjunciando la necesidad de protección de los animales, como parte componente de la protección al medio ambiente, entre cuyos fundamentos jurídicos ha precisado lo siguiente:

1. Los artículos 8°, 79 y 95 Superiores establecen los principales mandatos de la llamada “Constitución Ecológica”⁷, que determinan que la defensa del

7 Sentencia T-411 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Las disposiciones constitucionales que exigen la protección del medio ambiente son: “Preámbulo (vida), 2o (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8o (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas), 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa

medio ambiente sano es uno de los objetivos del Estado Social de Derecho⁸. En tal contexto, la jurisprudencia ha determinado que dicho fin tiene una triple dimensión, “*de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares*”⁹.

Cabe destacar que, de conformidad con el mencionado artículo 79 de la Constitución, la protección del medio ambiente se enmarca en tres obligaciones concretas para el Estado. La primera, de carácter general, que establece el deber de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente. La segunda y la tercera, a su turno, son de carácter específico, en tanto que establecen deberes de: (i) conservar las áreas de especial importancia ecológica; y (ii) fomentar la educación para el logro de los precitados fines. La jurisprudencia ha precisado que el alcance de estos compromisos se concreta en obligaciones para el Estado de: “*1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar*

del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado)”.

8 Sentencia C-431 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

9 Sentencia T-760 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Este entendimiento fue reiterado en la Sentencia C-666 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera*¹⁰¹¹.

Así mismo, la **Sentencia C-259 de 2016**¹² consideró que los anteriores deberes, a su turno, se catalogan en cuatro obligaciones primordiales respecto de la protección del medio ambiente: (i) la prevención; (ii) la mitigación; (iii) la indemnización o reparación; y, (iv) la punición.

Alrededor del análisis de esos mandatos constitucionales, la jurisprudencia ha reconocido diferentes acercamientos sobre las bases de la protección del medio ambiente como el biocéntrismo¹³ y el ecocéntrismo¹⁴, aun cuando ha primado un marcado antropocentrismo¹⁵. Al margen de lo anterior, el

10 Sentencia C-431 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Cita tomada de la Sentencia T-154 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

11 Sentencia C-123 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

12 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

13 Sentencia C-644 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera citando Sentencia C-339 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería. *“Envuelve una teoría moral que considera al ser humano como parte de la naturaleza confiriéndole a ambos valor, ya que son seres vivos que merecen el mismo respeto. Propende porque la actividad humana ocasione el menor impacto posible sobre las demás especies y el planeta. Reivindica el valor primordial de la vida”*.

14 Sentencia C-048 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger. *“Bajo esta última concepción, la Corte Constitucional ha reconocido el valor intrínseco de la naturaleza y la necesidad “imperiosa” de incentivar una defensa y protección más rigurosa a favor de la naturaleza y todos sus componentes:*

“(…) para la Corte que el humano es un ser más en el planeta y depende del mundo natural, debiendo asumir las consecuencias de sus acciones. No se trata de un ejercicio ecológico a ultranza, sino de atender la realidad sociopolítica en la propensión por una transformación respetuosa con la naturaleza y sus componentes. Hay que aprender a tratar con ella de un modo respetuoso. La relación medio ambiente y ser humano acogen significación por el vínculo de interdependencia que se predica de ellos”.

15 Ver por ejemplo, Sentencia T-080 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-449 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-632 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia C-339 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería. Sentencia C-666 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto *“El ambiente es visto como contexto esencial del transcurso de la vida humana, razón por la cual se entendió que su protección se desarrollaba sobre el fundamento de la armonía con la naturaleza y que el accionar de los seres humanos debe responder a un código moral, que no implica nada distinto a un actuar acorde con su condición de seres dignos, concepción que se ubica en las antípodas de una visión que avale o sea indiferente a su absoluta desprotección, así como que se aleja de una visión antropocentrista, que asuma a los demás –a los otros– integrantes del ambiente como elementos a disposición absoluta e ilimitada de los seres humanos”*.

desarrollo de dichas obligaciones ha establecido claramente que la protección al medio ambiente no sólo se desprende a partir de su relación con los individuos, sino que se trata de bienes que inclusive pueden resultar objeto de salvaguarda por sí mismos¹⁶.

2. En consonancia, la jurisprudencia constitucional ha entendido que los animales hacen parte del medio ambiente y son objeto de protección en el marco de los mandatos mencionados así como de la Constitución Ecológica. Como se advirtió, dicha obligación se encuentra a cargo del Estado, la sociedad y los particulares y comprende la protección de la diversidad e integridad de la flora y fauna, dentro de la cual se encuentran todos los animales¹⁷. Además, esa protección entiende que los animales son seres sintientes y se debe prevenir su sufrimiento, maltrato y el ejercicio de crueldad en su contra¹⁸, aunque se contemplen excepciones.

Así pues, el **deber constitucional de protección del bienestar animal** se desprende principalmente de lo estipulado en el artículo 79 Superior pero también “del principio de solidaridad (CP art. 1); de los deberes de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y de obrar conforme al principio de solidaridad social (CP art. 95- 1, - 2); del deber de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (CP arts. 8) y de las obligaciones de velar por el medio ambiente sano (CP arts. 80 y 95-8)”¹⁹.

-
- 16 Sentencia T-622 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-123 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos “*elementos integrantes (...) pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana*”, de manera que “*la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista*”; Sentencia T-760 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
 - 17 Sentencia T-760 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. “*La protección del ambiente implica incluir a los animales, desde la perspectiva de la fauna, amparada en virtud del mantenimiento de la biodiversidad del equilibrio natural de las especies y, en salvaguardarlos de sufrir padecimientos sin una justificación legítima. Lo anterior revela “un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres vivos y sintientes”*”.
 - 18 El artículo 1° de la Ley 1774 de 2016 dispone que los animales como seres sintientes no son cosas y que recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial.
 - 19 Sentencia C-666 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

3. La jurisprudencia constitucional ha establecido algunas reglas alrededor de la protección de los animales, que guían el entendimiento de los deberes, tanto para el Estado como para los particulares, en relación con éstos. A continuación se enuncian tales reglas:
- a) La protección del medio ambiente incluye la protección de los animales desde dos perspectivas: *“la de fauna protegida en virtud del mantenimiento de la biodiversidad y el equilibrio natural de las especies; y la de fauna a la cual se debe salvaguardar del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, protección que refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los humanos respecto de los otros seres vivos y sintientes”*²⁰.
 - b) La tenencia de animales domésticos y su transporte en el sistema de transporte público es admisible siempre que se respeten los deberes de cuidado, conservación y respeto a los animales²¹. Por el contrario, la restricción de la tenencia de animales silvestres o protegidos es válida y desarrolla el deber de protección del medio ambiente, por cuanto en la relación entre los seres humanos y el medio ambiente se impone el deber del buen trato de las personas hacia éste²².

20 Sentencia C-666 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

21 La Sentencia C-439 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez estudió la constitucionalidad del artículo 87 de la Ley 769 de 2002, que fijaba una prohibición de llevar animales en el transporte público de pasajeros por un cargo de violación de los derechos a la igualdad, la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción y a la propiedad privada, en atención a la finalidad perseguida por el servicio público de transporte de pasajeros, que no es otra que asegurar condiciones de seguridad, salubridad y comodidad de los usuarios. La Sala Plena decidió declarar exequible la norma acusada, bajo el entendido que se exceptúan de dicha prohibición los animales domésticos, siempre y cuando sean tenidos y transportados en condiciones de salubridad, seguridad, comodidad y tranquilidad según las reglas aplicables.

22 Sentencia T-760 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. La decisión se estudió una acción de tutela interpuesta por el esposo de una señora que durante cinco años tuvo una lora que fue decomisada por la Policía al tratarse de una especie protegida, posteriormente el ave fue remitida a la Corporación Autónoma de Caldas y la esposa del accionante presentó episodios de depresión desde su decomiso. En esta ocasión la sentencia decidió negar el amparo de los derechos fundamentales del accionante, pues a la luz de los deberes constitucionales que devienen de la Constitución Ecológica, existen obligaciones de protección a las especies silvestres y ésta se configura en una potestad del Estado para resguardar el medio ambiente. Determinó que la protección al ambiente se encuentra consagrado como un deber constitucional, así:

“[d]e entrada, la Constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación Estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8°).

- c) El trato que le dan las personas a los animales está restringido por el concepto de **bienestar animal**²³ que, como regla general, plantea el desarrollo del principio de solidaridad mediante la ausencia de malos tratos o cualquier tipo de crueldad hacia estos seres sintientes. En tal sentido, la interacción entre humanos y animales debe guiarse por el concepto de dignidad humana como fundamento de las relaciones que un ser humano tiene con otro ser sintiente, lo cual implica la obligación de “establecer un sistema jurídico de protección que garantice la integridad de los animales como seres sintientes que hacen parte del contexto natural en el que las personas desarrollan su vida”²⁴.

Al margen de lo anterior, la protección de los animales **admite excepciones de conformidad con la concreción de otros principios, derechos y deberes constitucionales**, como son: “(i) la libertad religiosa²⁵, (ii) los hábitos alimenticios de los seres humanos²⁶; (iii) la investigación y

Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad, en dichas disposiciones se consigna una atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución”.

- 23 Sentencia C-666 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “En este sentido, un Estado social debe buscar, entre otros, el bienestar animal, por ser éste un elemento conatural al desarrollo del principio de solidaridad, del cual el constituyente derivó diferentes deberes que se consagran en variadas partes de la Constitución, entre ellos el artículo 8º -deber consagrado dentro de los principios fundamentales-, el inciso 2º del artículo 79 -deber consagrado en el capítulo dedicado a los derechos sociales- y el numeral 8º del artículo 95 -deber consagrado en el artículo dedicado a los deberes para las personas y los ciudadanos-”.
- 24 Sentencia C-666 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- 25 Es relevante mencionar la reglamentación contenida en el Decreto 1500 de 2007 (art. 30, núm. 3), que al referirse a las condiciones de sacrificio de animales para consumo humano, tomó en cuenta la posible afectación de la libertad de cultos: “Con el fin de preservar la libertad de culto, la única excepción permitida para el sacrificio sin sensibilización, será en el caso de que los rituales religiosos así lo requieran”.
- 26 El principio de bienestar animal cede ante las costumbres alimenticias de la especie humana, al admitirse el sacrificio de animales para el consumo humano. Sin embargo, el sacrificio animal en estos casos debe ajustarse a parámetros establecidos con el objetivo de eliminar cualquier práctica que implique sufrimiento evitable para el animal y, así mismo, la crueldad en los procedimientos de sacrificio, demostrando que, incluso en estos casos, el deber constitucional resulta plenamente aplicable a la relación que los humanos mantengan con los animales.

*experimentación médica*²⁷²⁸; y (iv) las expresiones culturales como los espectáculos considerados como parte de la tradición, sujetos a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en términos estrictos y de conformidad con una visión restrictiva de los mismos²⁹.

- d) El Legislador está habilitado para prohibir determinadas manifestaciones culturales que impliquen el maltrato animal como, por ejemplo, el uso de animales silvestres en circos en todo el territorio nacional. Lo precedente ya que “*la cultura se reevalúa permanentemente para adecuarse a la evolución de la humanidad, la garantía de los derechos y el*

27 La Ley 84 de 1989 consagra un capítulo especial para regular aquellas condiciones que son necesarias para la realización de experimentos con animales. Se incluyen normas que prohíben la realización de los mismos cuando como fruto de su práctica se cause maltrato, cuando éstos no sean puestos bajo anestesia, cuando se realice experimentación con animales vivos como medio de ilustración en conferencias de facultades con carreras relacionadas con el estudio animal; así como normas que exigen la existencia de un comité de ética siempre que se realice un experimento con animales. Esta es una disposición suficiente para derivar mandatos precisos a los operadores jurídicos en el sentido de evitar los tratos crueles que causen sufrimiento a los animales involucrados en estos experimentos, no obstante, los mismos son permitidos en razón de derechos constitucionales como la libertad de empresa, la educación, la libertad de cátedra o de intereses colectivos de raíz constitucional como la salubridad pública o el orden público.

28 Sentencia C-666 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

29 La Sentencia C-666 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto estudió la constitucionalidad del artículo 7º de la Ley 84 de 1989 –Estatuto de Protección Animal–, que permite la realización de corridas de toros, actos de rejoneo, corralejas, becerradas, novilladas, tientas y riñas de caño, por cargos de violación del principio de diversidad étnica y cultural (art. 7 CP), la función ecológica de la propiedad (art. 58 CP), la distribución de competencias previstas en el artículo 313 CP, la prohibición de torturas y penas crueles e inhumanas (art. 12 CP) y el deber de protección a los recursos naturales y diversidad (arts. 8, 95-8 y 79 CP). En esa ocasión, la Corte declaró la exequibilidad de la norma acusada en el entendido de que: “1) *Que la excepción allí planteada permite, hasta determinación legislativa en contrario, si ello llegare a ocurrir, la práctica de las actividades de entretenimiento y de expresión cultural con animales allí contenidas, siempre y cuando se entienda que estos deben, en todo caso, recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor durante el transcurso de esas actividades. En particular, la excepción del artículo 7 de la ley 84 de 1989 permite la continuación de expresiones humanas culturales y de entretenimiento con animales, siempre y cuando se eliminen o morigeren en el futuro las conductas especialmente crueles contra ellos en un proceso de adecuación entre expresiones culturales y deberes de protección a la fauna.* 2) *Que únicamente podrán desarrollarse en aquellos municipios o distritos en los que las mismas sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida y que por tanto su realización responda a cierta periodicidad;* 3) *que sólo podrán desarrollarse en aquellas ocasiones en las que usualmente se han realizado en los respectivos municipios o distritos en que estén autorizadas;* 4) *que sean estas las únicas actividades que pueden ser excepcionadas del cumplimiento del deber constitucional de protección a los animales;* y 5) *que las autoridades municipales en ningún caso podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades*”. Ver también Sentencias C-889 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-283 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

*cumplimiento de los deberes, máxime cuando se busca desterrar rastros de una sociedad que ha marginalizado y excluido a ciertos individuos y colectivos*³⁰.

- e) Le corresponde al Legislador la determinación sobre la prohibición de la realización de expresiones culturales que conllevan maltrato animal, en condiciones de arraigo y tradición³¹.

De las anteriores reglas se concluye que la relevancia de la protección del medio ambiente, como un fin en sí mismo, involucra la protección animal, como uno de sus componentes. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha afirmado enfáticamente que el maltrato animal³², al igual que la progresiva desaparición de la fauna, son graves peligros que enfrenta la sociedad actualmente, lo cual plantea la necesidad de “*normar los procesos bajo la neutralización del daño ambiental y la adopción de medidas oportunas eficaces aunque no exista certeza del daño.*”³³ *La interconexión con las demás formas de*

- 30 Sentencia C-283 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: “*Las denominadas “prácticas culturales” no deben confundirse con los “derechos culturales”. La cultura se transforma y revalúa continuamente en el marco de la historia de las mentalidades y de los imaginarios de una civilización para adecuarse a la evolución de la humanidad, el bienestar de los derechos y el cumplimiento de los deberes, más cuando se busca desterrar rastros de una sociedad violenta y de menosprecio hacia los demás. El simple transcurso del tiempo -tradiciones- no puede constituirse en argumento suficiente para eternizar prácticas que en la actualidad una sociedad la estima incorrecta y no deseable. Las manifestaciones culturales deben tener por finalidad la educación de un pueblo, en orden a revelar un país de respeto por los derechos y ético hacia los otros seres que comparten el mismo territorio (preámbulo y arts. 2o, 7o, 8o, 26, 67, 70, 71 y 95 de la Constitución)*”.
- 31 Auto 547 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas “104. *En suma a partir de estas consideraciones, se constata que tuvieron razón los solicitantes en que se vulneró la cosa juzgada constitucional de carácter formal, ya que en el numeral segundo de la sentencia C-041 de 2017 no solo se desconoció la permisión dispuesta en la sentencia C-666 de 2010 para la realización de expresiones culturales que conllevan maltrato animal en condiciones de arraigo y tradición, sino también la definición que en esa misma providencia hizo de la competencia del legislador para disponer la prohibición de las mismas. En efecto, en la sentencia objeto de solicitud de nulidad se adoptó una posición según la cual de la Constitución y de la jurisprudencia se derivaría un mandato absoluto de sanción al maltrato animal que se presenta en el marco de expresiones culturales tradicionales, posición completamente opuesta a la permisión para la realización de expresiones como el rejoneo, el coleo, las corridas de toros, las novilladas, las corralejas, las becerradas, las tientas y las riñas de gallos, desarrolladas de acuerdo a las tradiciones culturales, contenida en la parte resolutoria de la sentencia C-666 de 2010*”.
- 32 Sentencia C-283 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. El interés superior del medio ambiente implica también la protección de la fauna ante el padecimiento, el maltrato y la crueldad, lo cual refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes.
- 33 Sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

vida, el acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos, el respeto por el conocimiento tradicional y la protección de la biósfera y biodiversidad, habrán de atenderse por la humanidad^{B4} 35.

4. En conclusión –dice la Corte Constitucional–, la protección del medio ambiente, que se desprende principalmente de los artículos 8°, 79 y 95 de la Carta, es un objetivo del Estado Social de Derecho que se inscribe en la llamada “Constitución Ecológica” y contempla la protección de los animales como un deber para todos los individuos, la sociedad y el Estado. Así pues, la protección del interés superior del medio ambiente incluye la protección de la fauna ante el padecimiento, el maltrato y la crueldad con algunas excepciones, al igual que de su progresiva desaparición, lo cual refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de otros seres sintientes³⁶.

3. El desarrollo jurisprudencial de la Constitución Ecológica en Bolivia

Dada la relevancia de los importantes avances jurisprudenciales a nivel de los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica, es imprescindible señalar también que en Bolivia se ha comenzado a manifestar la necesidad de desarrollar los alcances de la *Constitución Ecológica*.

Así por ejemplo, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0176/2012, de 14 de mayo (reiterada por la SCP 1696/2014 de 1 se septiembre), el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a tiempo de realizar el análisis sobre el derecho al agua como derecho fundamental y fundamentalísimo en la Constitución y el Bloque de constitucionalidad, ha establecido también que a diferencia de lo que ocurría con la Constitución Política abrogada (2004), la importancia que le otorga la Ley Fundamental vigente al agua, se visualiza desde el Preámbulo, cuando por una parte establece que la búsqueda del vivir bien implica *el acceso al agua*, trabajo, educación, salud y vivienda para todos, basados en los principios de respeto e igualdad entre todos, soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad. Asimismo, cuando advierte, que

34 Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, UNESCO, 2005.

35 Sentencia C-283 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

36 Sentencia C-283 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

el pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, construye el nuevo modelo de Estado, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en *las guerras del agua y de octubre*, en las luchas por la tierra y territorio.

De ello se desprende, la importancia y la evidente complejidad que representa el tema del agua en la Constitución Política del Estado, su reconocimiento como derecho fundamental y los mecanismos de protección diseñados por ella para su protección y salvaguarda, conforme se analizará más adelante. En este sentido la SCP 0052/2012 de 5 de abril, ha señalado que:

‘El derecho al agua tiene una doble dimensión constitucional, tanto como un derecho individual fundamental como un derecho colectivo comunitario fundamentalísimo, que está reconocido en el texto constitucional como en instrumentos internacionales, cuya tutela y protección no debe responder a una visión antropocentrista y excluyente; en este sentido por la naturaleza de este derecho en su ejercicio individual, no puede arbitrariamente ser restringido o suprimido mediante vías o medidas de hecho en su uso racional como bien escaso por grupo social alguno —sea una comunidad campesina o sea una colectividad diferente— ni tampoco por persona particular’.

68

Entonces, bajo esas premisas, corresponde señalar que el derecho al agua, es reconocido por la Constitución Política del Estado como un derecho fundamental y fundamentalísimo, pero ese reconocimiento y estatus que otorga la Norma Fundamental se lo realiza en diferentes dimensiones y contextos, a saber:

3.1. El derecho fundamental de acceso al agua potable como derecho subjetivo o colectivo

El derecho fundamental al agua se constituye en un derecho autónomo que vinculado al derecho de acceso a los servicios básicos, permite la configuración del derecho de acceso al agua potable (preámbulo y art. 20.I y III de la CPE), que puede vincularse o relacionarse de acuerdo al caso concreto por el principio de interdependencia (art. 13.I de la CPE) al derecho a la salud, a la vivienda, a una alimentación adecuados, entre otros derechos individuales que tengan que ver con un nivel de vida adecuado y digno, lo que la Constitución denomina el ‘vivir bien’ como finalidad del Estado (preámbulo y art. 8.II de la CPE), o lo que

la Corte Interamericana de Derechos Humanos llama el derecho al acceso a una existencia digna.

Lo referido puede deducirse de la globalidad del texto constitucional y guarda relación con algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que al tenor del art. 410.II de la CPE, integra el bloque de constitucionalidad, esto es:

Por una parte cuando en el Capítulo Segundo, Título Segundo de la Primera Parte de las Bases Fundamentales del Estado, referido a los Derechos Fundamentales, el art. 16.I reconoce que: ‘Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación’.

A su vez, el art. 20 de la CPE dispone: ‘I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones’ y su párrafo III establece: ‘El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley’.

En este contexto, debe diferenciarse sobre las vías de protección del derecho al agua potable, así:

- a) Cuando se busca la protección del derecho al agua potable como derecho subjetivo y por tanto depende del titular o titulares individualmente considerados su correspondiente exigibilidad; en estos casos, la tutela debe efectuarse necesariamente a través de la acción de amparo constitucional, así la SC 0014/2007-R de 11 de enero (corte de agua potable por sindicato campesino con el argumento de que no participó en las labores de la comunidad), SC 0562/2007-R de 5 de julio (corte de agua por propietario, con el argumento de que su inquilino no pago el alquiler), SC 0470/2003-R de 9 de abril (corte de agua por decisión de cabildo abierto para presionar a suscribir acuerdos) y SC 0797/2007-R de 2 de octubre (corte de agua por empresas de servicios proveedoras como mecanismo de presión), entre muchas otras.
- b) Otro supuesto, podría darse cuando se busca la protección del derecho al agua potable en su dimensión colectiva, es decir, para una población o colectividad, en cuyo caso se activa la acción popular, este supuesto se sustenta

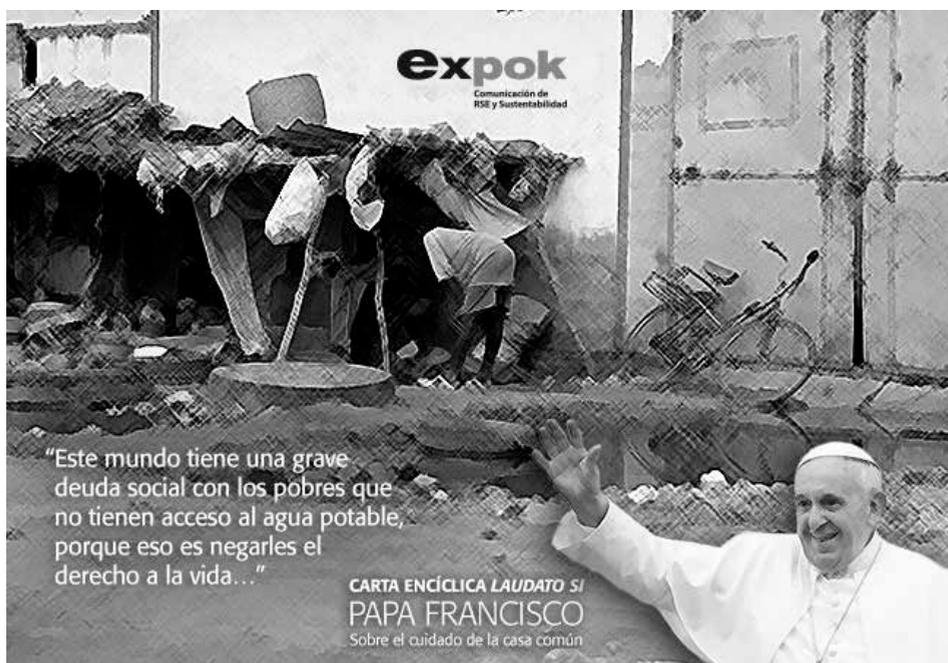
en razón a que el agua y los servicios básicos de agua potable (art. 20.I de la CPE), deben ser accesibles a todos, con mayor razón a los sectores más vulnerables, marginados y desprotegidos de la población, sin discriminación alguna (art. 14.II de la CPE), como por ejemplo las poblaciones rurales, campesinas y zonas de naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este ámbito, puede protegerse a las colectividades de la discriminación en el acceso al agua potable en su dimensión colectiva. Por discriminación se entiende toda distinción, exclusión o restricción hecha en razón de características específicas de la persona, como la raza, la religión, la edad o el sexo, y que tiene por efecto o finalidad menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 14.II de la CPE). La discriminación en el acceso al agua potable puede ser a través de políticas públicas o medidas y actos discriminatorios excluyentes.

3.2. Derecho fundamentalísimo al agua como derecho difuso

De nuestro texto constitucional –dice el Tribunal Constitucional Plurinacional– puede extraerse la denominada ‘**Constitución Ecológica**’, entendida como el conjunto de postulados, principios y normas constitucionales en materia ecológica que permiten entre otros el uso racional de los recursos naturales renovables y no renovables, para preservar la vida no únicamente del ser humano sino del resto de los animales, plantas y otras formas de vida que conforman los diferentes ecosistemas cuyo análisis supera el antropocentrismo que estableció al ser humano como la medida de las cosas y la considera como una especie más de entre las otras, no más importante sino complementario al resto de seres vivos, la tierra y lo que se encuentre adherido a ella y permite resolver las causas sometidas a éste Tribunal en base al **principio pro natura** justamente porque dicha tutela a la larga no sólo busca proteger al ser humano concreto sino el derecho de existir de futuras generaciones³⁷.

37 Posteriormente, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2252/2012 de 8 de noviembre, a tiempo de analizar uno de los requisitos de las demandas tutelares previstos en el Código Procesal Constitucional, consistente en: “...la dirección de un correo electrónico u otro medio alternativo de comunicación inmediata”; estableció que: “*La utilización de estas nuevas tecnologías es un deber del Estado en atención al ejercicio del derecho de acceso a la justicia constitucional que debe ser expedita y oportuna y el principio de celeridad además de ser respetuosa de la denominada **Constitución ecológica** (SCP 0176/2012 de 14 de mayo), entre otros, siendo conocido que las Cortes Superiores de Distritos*”

Dicha protección y el nuevo enfoque en el análisis referido deviene incluso desde el primer párrafo del preámbulo contenido en el texto constitucional que dice: ‘En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas’, de donde se extrae no solo un sentimiento de orgullo del legislador constituyente de la naturaleza que nos rodea, sino de protección a aquello que nos enorgullece.



Judiciales, -ahora Tribunales Departamentales de Justicia-, así como la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia-, cuentan con facsímiles, con los cuales una comunicación puede ser transmitida en minutos. Por ello, corresponde señalar que tratándose de acciones de libertad, la comisión para la notificación, como su devolución puede realizarse vía facsímil entre otros mecanismos que aseguren un efectivo conocimiento de los diferentes actuados procesales”.

Así, el art. 373 de la Constitución Política del Estado (CPE), establece que:

- I. *El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.*
- II. *Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a Ley”.*

De lo anterior puede extraerse, según ha señalado el Tribunal en la referida Sentencia, que *el derecho al agua como derecho fundamentalísimo*³⁸ extralimita el interés de una persona o colectividad, que por su naturaleza de bien escaso, es decir, limitado, es de interés de la humanidad entera.

72

Por lo expuesto, el derecho fundamentalísimo al agua, como derecho autónomo, está íntimamente relacionado al *derecho al medio ambiente*, saludable, protegido y equilibrado (Preámbulo y art. 33 de la CPE), en razón a que la protección de este último derecho, implica a su vez, la protección, conservación, preservación, restauración, uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos (arts. 373 y ss. de la CPE), así como de los ecosistemas asociados a ellos, sujetos a los principios de soberanía, solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad (art. 373.I in fine de la CPE), y al configurarse como derecho difuso, se tutela mediante una Acción de Defensa específica, denominada: *Acción Popular*.

Así, el art. 34 de la CPE, establece que: *“Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”*; por lo que, en este contexto para activar esta acción popular, no se

38 Cfr. Jorge Omar Mostajo Barrios. “*El derecho humano al agua: su reconocimiento y contenido*”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26970.pdf>

requiere formar o integrar un grupo colectivo específico, conforme ya se determinó en la Sentencia Constitucional N°1018/2011-R de 22 de junio³⁹.

Bajo el entendimiento de la jurisprudencia citada, la SCP 0422/2013-L del 3 de junio, dispuso que:

“...se debe tener en cuenta de la última sentencia mencionada, misma que refiere a su vez a la SC 0014/2007-R de 11 de enero, el -corte de agua potable por sindicato campesino, con el argumento de que no participó en las labores de la comunidad-, que corresponde a un razonamiento pronunciado antes de que la Constitución Política del Estado, establezca como acción de defensa a la acción popular, logrando el Tribunal Constitucional de entonces, a través de la acción de amparo constitucional, tutelar derechos de aquellos comunarios, que por determinaciones arbitrarias de los mismos o de dirigentes, restringía el goce y disfrute del agua como recurso hídrico fundamental para la vida; empero, corresponde en base a la norma suprema imperante y en atención a la naturaleza de la acción popular, determinar que éstas actitudes, ahora se encuentran protegidas a través de la presente acción, ya que, cuando se verifica un acto de discriminación excluyente de un colectivo de personas por razones de ideologías o simplemente por decisiones arbitrarias de dirigentes, que si bien sujetan sus decisiones a sus usos y costumbres, las mismas deben someterse al control plural de constitucionalidad, como se tiene mencionado en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, por lo que, al afectarse el derecho al acceso al agua potable a una comunidad o gran parte de ella, no sólo pone en riesgo la salubridad y medio

39 La Sentencia Constitucional N°1018/2011 de 22 de junio, ha establecido que la Acción Popular: *“a) Está configurada procesalmente por la Constitución Política del Estado; b) Su conocimiento y resolución es de competencia de la justicia constitucional; c) Tiene como propósito la protección de derechos e intereses colectivos -y difusos- reconocidos por la Constitución Política del Estado. Por otra parte, la acción popular está integrada por una serie de actos de procedimiento como la demanda, el informe, la audiencia, la resolución y posterior revisión por el Tribunal Constitucional, que configuran un proceso constitucional autónomo, de carácter extraordinario, tramitación especial y sumaria, en el que se impugna la lesión de derechos colectivos o difusos, existe en tal sentido una pretensión, partes discrepantes, un procedimiento específico conforme al cual se desarrolla la acción, y un juez o tribunal que la resuelve. Cabe resaltar que esta acción está prevista en nuestra Ley Fundamental como una acción de defensa, entendiéndola como el derecho que tiene toda persona -individual o colectiva- de solicitar la protección a sus derechos e intereses colectivos -o difusos-; de ahí que también se configure como una garantía prevista por la Ley Superior, con una triple finalidad: 1) Preventiva, evitando que una amenaza lesione los derechos e intereses bajo su protección; 2) Suspensiva, por cuanto tiene como efecto hacer cesar el acto lesivo a los derechos e intereses tutelado en la acción; y, 3) Restitutiva, por cuanto se restituye el goce de los derechos colectivos afectados a su estado anterior”.*

*ambiente de los sujetos intervinientes sino del colectivo, quienes sufrirán, pre-
visibles daños colaterales por las actuaciones de una persona o grupo, siendo
deber del Estado proteger esos derechos colectivos a través de la acción popular”.*
(Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0273/2016-S1, de 3 de
marzo).

Por su parte, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0548/2013 de
14 de mayo, precisó que:

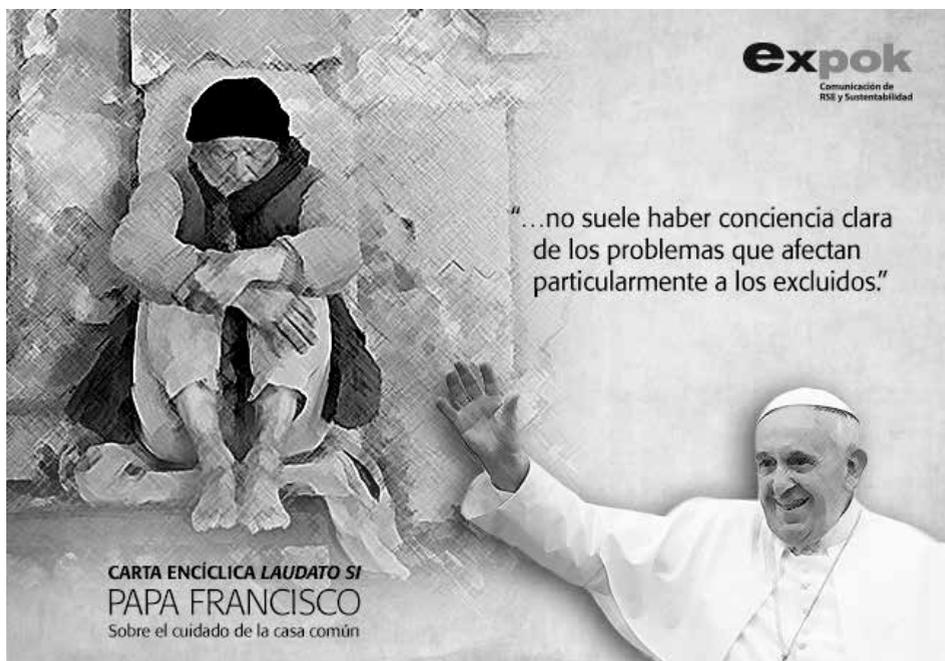
*“La **Constitución Ecológica**, está constituida por todas aquellas normas que
la Constitución ha precisado para proteger el medio ambiente, así como por el
Derecho Internacional que proclama la protección del medio ambiente y para
implementar medidas destinadas a gestionar los riesgos ambientales, existen
principios configurados en el escenario del Derecho Internacional del medio
ambiente que son absoluta y necesariamente aplicables en el ámbito del Estado
Plurinacional de Bolivia, esos principios son el precautorio y el de prevención,
ambos se desarrollaron en el Derecho Internacional y hoy reciben gran reconoci-
miento normativo a nivel global (Declaración de Estocolmo de 1972, Conven-
ción Internacional sobre Biodiversidad, Convención de Río 1992).*

74

*Los principios citados informan a las autoridades públicas sobre la obligación
que tienen de actuar cuando evidencien daño o peligro para la madre tierra, en
caso de que exista certeza científica sobre la afectación ecológica se aplicará el
principio de prevención, en caso de incertidumbre científica que recaiga en los
efectos de una medida administrativa y que exista una duda razonable respecto
a los peligros ecológicos se aplicará el principio precautorio. En Bolivia la Ley
071 de 15 de octubre de 2012, en desarrollo del mandato constitucional, en su
art. 3, define al principio de prevención señalando que ante la certeza de que
toda actividad humana genera impactos sobre los componentes, zonas y sistemas
de vida de la Madre Tierra, se deben asumir prioritariamente las medidas ne-
cesarias de prevención y protección que limiten o mitiguen dichos impactos. Con
relación al principio precautorio el mismo art. 3 de la Ley de la Madre Tierra
(LMT), señala que el Estado Plurinacional de Bolivia y cualquier persona in-
dividual o colectiva se obliga a prevenir y/o evitar de manera oportuna eficaz
y eficiente los daños a los componentes de la Madre Tierra incluyendo el medio
ambiente, la biodiversidad, a la salud humana y a los valores culturales intan-
gibles, sin que se pueda omitir o postergar el cumplimiento de esta obligación
alegando la falta de certeza científica y/o falta de recursos.*

De ahí se extrae que los principios pre citados y una lógica de prevención o precaución de riesgos, peligros o daños ambientales alcanza a las decisiones de las y los jueces de garantías cuando en el conocimiento o resolución de cualquier problemática evidencien que el medio ambiente requiere de una tutela precautoria o preventiva, en ese sentido corresponderá que los Tribunales o Jueces de garantías adopten las medidas necesarias de protección, bajo responsabilidad.

Sentido dentro del cual se concluye que los Tribunales o Jueces de garantías, tienen la obligación de adoptar medidas como tutelas provisionales o cautelares tendientes a proteger los derechos de la madre tierra, independientemente de los problemas en concreto que sean objeto de las acciones de defensa”.



4. La configuración constitucional de los derechos fundamentales en Bolivia

La norma constitucional que habilita el ejercicio de las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, claramente pone en evidencia la trascendencia de los rasgos principales de los derechos fundamentales en Bolivia, consagrados en el artículo 109 de la Constitución Política del Estado, que

expresa la esencia del reconocimiento de los derechos fundamentales, es decir: a) Con *igualdad jerárquica* de todos los derechos constitucionalmente reconocidos; b) Con *directa aplicabilidad* de todos los derechos, y, c) Con *directa justiciabilidad* de todos ellos, a través de las acciones de defensa que el texto constitucional prevé.

Particularmente, considero que esas características, propias de los derechos fundamentales en el sistema constitucional boliviano, pueden ser entendidas en el siguiente sentido:

- *La igualdad jerárquica de los derechos*, significa básicamente que la clasificación de los derechos establecida en la Constitución, no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros, y ello supone que todos los derechos reconocidos como fundamentales, se encuentran situados en un plano de igualdad, por lo que, gozan de similares garantías para su optimización y protección integral por parte del Estado, no pudiendo ser perjudicados en su libre ejercicio, salvo por las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico⁴⁰ para el resguardo del bien común. Sin embargo, en caso de conflicto, se deberá efectuar una ponderación suficientemente justa y equilibrada, de tal forma que no se llegue a desnaturalizar la esencia de ninguno de ellos; dado que actuar en sentido contrario, significaría

40 En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXVIII, establece: “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático*”; asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2, indica: “*En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*”; y finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 4, refiere que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”. Por su parte, la Sentencia Constitucional N°0019/2003 de fecha 28 febrero de 2003, señaló: “*...que la jurisprudencia constitucional, conforme las normas previstas en la Constitución así como en los tratados, convenciones y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado boliviano, ha asumido que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene límites, en consecuencia las personas no pueden hacer un ejercicio absoluto o arbitrario que lesione los derechos de las otras personas o los intereses generales...*”.

consentir una injusticia y una afrenta inadmisibles contra los postulados de la misma Constitución.

- *La directa aplicación de los derechos*, significa que ninguno de ellos requiere necesariamente de un desarrollo legislativo para su cumplimiento y concreción, dado que por su reconocimiento constitucional y la fuerza expansiva de las normas de la misma Constitución, éstos se sitúan en un plano preferente de aplicación, considerando que la Constitución es una norma jurídica cualitativamente distinta de las demás y situada por encima de ellas, por lo que, la observancia de la carta de derechos es ineludible para todos/as, gobernantes y gobernados, lo que concuerda con el valor del “vivir bien” establecido por la misma Constitución, para lograr el pleno desarrollo de las personas, libres de cualquier arbitrariedad en una sociedad democrática.
- *La directa justiciabilidad de los derechos*, está vinculada a que estos no son simplemente postulados líricos sin mayor resonancia en el texto constitucional, sino que poseen mecanismos eficaces e idóneos de defensa que la misma Constitución prevé bajo la denominación de “Acciones de Defensa”, a fin de asegurar la protección integral e inmediata de los derechos de cualquier persona, en caso de amenaza o vulneración directa e ilegítima por parte de cualquier persona particular y/o autoridad pública o privada, lo que también supone una forma de defensa de la Constitución en su contenido dogmático.

En el caso de Bolivia, el Principio de Aplicación Directa y eficaz de los derechos fundamentales, constituye un postulado que consolida el valor normativo de la Constitución, por el cual, los derechos fundamentales tienen una efectividad plena más allá de un reconocimiento legislativo o de formalismos extremos que puedan obstaculizar su plena vigencia, aspecto que caracteriza la “última generación del Constitucionalismo”, en el cual, el fenómeno de *constitucionalización del ordenamiento jurídico*⁴¹, se consagra y alcanza su esplendor a través del

41 El Estado Democrático Constitucional de Derecho, tiene como característica la generación de un proceso de *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, que consiste principalmente en la transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el mismo resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales, de manera que la finalidad de ese proceso es que *el*

principio de aplicación directa de los derechos fundamentales, el cual se materializa a través del nuevo rol de las autoridades jurisdiccionales en su labor de interpretación constitucional acompañada de una coherente teoría de argumentación jurídica (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0121/2012, de fecha 2 de mayo de 2012).

Estado Constitucional cuenta con un ordenamiento jurídico constitucionalizado, que se caracterice por tener una Constitución totalmente invasora, cuya fuerza expansiva sea capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. En este sentido, y de acuerdo a la doctrina contemporánea del Derecho Constitucional, para que el ordenamiento jurídico del Estado se considere constitucionalizado, es necesario que se cumpla básicamente con las siguientes condiciones: a) Una Constitución rígida, esto es, que la Ley Fundamental no pueda ser modificada en cualquier momento por los órganos del poder constituido y mediante los mecanismos previstos para la modificación de las leyes ordinarias, sino únicamente mediante la instalación de un Poder Constituyente derivado y siempre a través de la utilización de procedimientos especiales para su reforma; b) La garantía jurisdiccional de la Constitución, lo que significa que necesariamente deberá crearse un órgano estatal independiente, autónomo y especializado que desarrolle el control de constitucionalidad con facultades decisorias, cuyas resoluciones tengan carácter obligatorio y la doctrina creada por el mismo tenga efecto vinculante; c) La “sobreinterpretación” de la Constitución, es decir que la Ley Fundamental que consagra los valores supremos, los principios fundamentales, además de los derechos y garantías constitucionales de la persona, debe merecer una constante interpretación -por parte del órgano contralor de constitucionalidad creado al efecto- para lograr que la Constitución formal responda y concuerde con la Constitución material, de manera tal que aquella sea una norma viva (y permanezca vigente en el tiempo sin caer en desuso); ello obligará al intérprete máximo a extraer las normas implícitas consignadas por el constituyente en el texto de la Constitución; d) La aplicación directa de las normas constitucionales, lo que supone un cambio radical de concepción sobre los alcances de la Ley Fundamental del Estado, pues a diferencia de la concepción clásica, en que la Constitución era considerada una mera carta política que definía la organización y funcionamiento de los órganos del poder público, en el constitucionalismo contemporáneo se considera que la Constitución es la norma fundamental que consigna los valores supremos, principios fundamentales y asimismo consagra derechos fundamentales de la persona, por lo que se hace aplicable a las relaciones de los ciudadanos con el Estado, constituyéndose en un instrumento útil para la solución de conflictos específicos de relevancia constitucional; e) La interpretación de las leyes conforme a la Constitución, ello significa que, en aplicación de los principios fundamentales de la supremacía constitucional y jerarquía normativa, la legislación ordinaria siempre debe ser interpretada desde y conforme a la Constitución para su aplicación en la solución de un caso concreto, de manera que sólo será aplicable aquella interpretación que sea compatible con la Constitución, descartando aquella interpretación que sea contraria o contradictoria con los preceptos contenidos en la Ley Fundamental del Estado. Cfr. José Antonio Rivera Santivañez. “El Tribunal Constitucional en el Nuevo Modelo de Estado”. En: IX SEMINARIO INTERNACIONAL: Justicia Constitucional y Estado de Derecho (La Paz, 7 al 9 de junio de 2006). Memoria N° 10. Sucre, Bolivia: Imprenta “Imag”, 2006. Pág. 129.



5. Conclusiones

Como se ha podido ver, el concepto de *Constitución Ecológica*, es uno de trascendental importancia en el constitucionalismo contemporáneo, dado que ha alcanzado un notable desarrollo a nivel de la jurisprudencia constitucional comparada (cuales son los casos de Perú y Colombia), lo que ha influido para que también pueda ser objeto de estudio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

De manera general, se entiende que la Constitución Ecológica comprende básicamente aquel conjunto de disposiciones constitucionales que establecen el marco adecuado para regular las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medioambiente; una relación muy importante, y de carácter indisoluble para la sobrevivencia y subsistencia de toda la humanidad, especialmente en tiempos de cambio climático.

Asimismo, ésta Constitución Ecológica posee una triple dimensión que, en el contexto boliviano, puede disgregarse de la siguiente forma: a) como *principio constitucional* que ilumina todo el ordenamiento jurídico, y a su vez supone la obligación principal del Estado, de proteger de manera adecuada y efectiva las

riquezas naturales de nuestro territorio; b) como *derecho fundamental* de todas las personas, a gozar de un ambiente sano y equilibrado; vale decir, que se trata de un derecho constitucional directamente exigible ante cualquier autoridad judicial o administrativa; y, c) como conjunto de *obligaciones* impuestas a las autoridades públicas, pero también a los particulares, en su calidad de contribuyentes sociales, para que el cuidado del medioambiente sea efectivamente una tarea de todos(as).

Con todo ello, el tema no se agota, dado que en la actualidad es necesario continuar con la concientización acerca del uso racional del agua y pensar las mejores condiciones para su distribución equitativa, porque cada gota cuenta, porque sin agua, no hay vida.



Bibliografía consultada

Andrés Calla. “*El 24 de mayo de 2008 en Sucre. La exacerbación del racismo*”. Documento disponible en: http://www.cedib.org/wp-content/uploads/2013/05/VL6_24mayo_exacerbaciónracismo.pdf (Consultado: 2015)

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de 7 de febrero de 2009.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948).

Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948).

Carta Encíclica Laudato Sí, del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común. Documento disponible en: <https://bit.ly/3ePuoZl>

José Antonio Rivera Santivañez. “*El Tribunal Constitucional en el Nuevo Modelo de Estado*”. En: IX SEMINARIO INTERNACIONAL: *Justicia Constitucional y Estado de Derecho* (La Paz, 7 al 9 de junio de 2006). Memoria N° 10. Sucre, Bolivia: Imprenta “Imag”, 2006. Pág. 129.

Gerardo Eto Cruz. *Derecho Procesal Constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial*. Volumen 1. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2019.

El derecho al medio ambiente sano y su desarrollo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

✉ NADIA PAOLA IRIARTE PAMO*

1. Introducción

El derecho al medio ambiente sano es de vital importancia en nuestra sociedad, ha sido objeto de desarrollo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte, Corte Interamericana) a través de sus funciones consultiva y contenciosa.

El presente artículo se centra en el estudio de este derecho a la luz de los pronunciamientos de este tribunal internacional. En esa línea, reflexionamos sobre su contenido, exponemos su marco normativo, examinamos las opiniones consultivas sobre la materia, y analizamos la jurisprudencia interamericana que aborda el derecho al medio ambiente sano en sí mismo o en conexidad con otros derechos.

2. El derecho al medio ambiente sano

La Corte Interamericana ha especificado el ámbito de protección del derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo. Así, ha señalado que este derecho protege los componentes del medio ambiente, tales como ríos, bosques, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Esta protección se da no

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de la Academia de la Magistratura. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o su importancia para los demás organismos vivos, sino también por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas¹.

Asimismo, la Corte ha puesto de relieve la doble dimensión del derecho objeto de nuestro estudio: colectiva e individual. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Su dimensión individual implica que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos (derecho a la salud, la integridad personal, la vida, etc.) La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por ello un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad².

En suma, la Corte Interamericana ha reconocido que el derecho al medio ambiente sano es un derecho autónomo que debe distinguirse del contenido ambiental que se manifiesta en la protección de otros derechos. Además, resulta de trascendental importancia que lo instituya como un derecho fundamental para la subsistencia de la humanidad.

82

Por otra parte, el grupo de Trabajo sobre el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante Protocolo de San Salvador) ha establecido que el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. En esa orientación, la Asamblea General de la OEA aprobó -el año 2014- ciertos indicadores de progreso para evaluar el estado del medio ambiente en función de: a) las condiciones atmosféricas, b) la calidad y suficiencia de las fuentes hídricas, c) la calidad del aire, d) la calidad del suelo, e) la biodiversidad, f) la producción de residuos contaminantes y manejo de éstos, g) los recursos energéticos, y h) el estado de los recursos forestales³.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 62.

2 Ibid. párr. 59.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 60.

3. Marco normativo del derecho al medio ambiente sano

El derecho al medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú el 4 de junio de 1995. En el citado protocolo se establece la obligación de los Estados parte de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Si bien la Convención Americana no hace referencia expresa al derecho a un medio ambiente sano, la Corte en el desarrollo de sus competencias consultiva y contenciosa ha precisado que este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención⁴, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma⁵.

Al respecto, puntualizamos que los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA establecen una obligación a los Estados para alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que comprende una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible en los países en desarrollo y subdesarrollados. Una de las dimensiones del desarrollo sostenible es precisamente el ámbito ambiental.

Sobre el particular, traemos a colación el voto razonado del Juez Roberto Caldas en el caso Lagos del Campo vs. Perú en el que no solo destaca la decisión de declarar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de conformidad con el artículo 26 en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana; sino que especifica que con este pronunciamiento se concreta y desarrolla el primer

4 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 26: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 57.

precedente en la materia y con ello se abre la puerta a la interpretación de otros derechos derivados del artículo 26 de la Convención, siendo uno de ellos el derecho a un medio ambiente sano.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo XIX consagra el derecho a la protección del medio ambiente sano, enfatizando que dichos pueblos tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos. Por ello, los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

4. Opiniones consultivas sobre el derecho al medio ambiente sano

La opinión consultiva OC-23/17 “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, solicitada por la República de Colombia, constituye el primer y principal pronunciamiento de la Corte Interamericana -en el marco de su función consultiva- sobre el derecho al medio ambiente sano.

84

Esta opinión sistematiza valiosos estándares regionales relativos a la actuación estatal para respetar, garantizar y prevenir daños ambientales. De manera amplia se pronuncia sobre aspectos relevantes del derecho objeto de nuestro estudio: a) la interrelación entre el medio ambiente y los derechos humanos, b) los derechos humanos afectados por la degradación del medio ambiente, y c) las obligaciones estatales frente a posibles daños al medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal.

4.1. La interrelación entre el medio ambiente y los derechos humanos

La Corte Interamericana ha reconocido la existencia de una relación entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos; en tanto, la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Esto, en armonía con el preámbulo del Protocolo de San Salvador que resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho al medio ambiente sano- y la de los derechos civiles y políticos⁶.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 47.

En el ámbito del derecho comparado, apreciamos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que la degradación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y, como resultado, generar violaciones a distintos derechos de las personas, a saber: los derechos a la vida, a la propiedad privada, y al respeto a la vida privada y familiar⁷.

La Corte puso de relieve que existe un extenso reconocimiento en el derecho internacional sobre la relación interdependiente entre la protección al medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Tal relación se afirmó en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (en adelante Declaración de Estocolmo), la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante la Declaración de Río), la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, entre otros instrumentos internacionales⁸.

En el ámbito de las Naciones Unidas, en el Informe del experto independiente John H. Knox, acertadamente se especificó que los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de éstos depende de un medio propicio. Además, se precisó que los daños ambientales pueden tener consecuencias negativas (directas e indirectas), en el disfrute efectivo de los derechos humanos⁹.

Destacamos que las consideraciones de la Corte sobre la interrelación entre el medio ambiente y los derechos humanos fue uno de los aspectos más interesantes que se desarrolló. La opinión consultiva refuerza la relación de interdependencia, y enfatiza que los daños ambientales pueden afectar a todos los derechos humanos, pues el pleno disfrute de tales derechos requiere de un medio propicio.

7 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Öneriyıldız Vs. Turquía [GS], No. 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 2004; Caso M. Özel y otros Vs. Turquía, N° 14350/05, 15245/05 y 16051/05. Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Caso López Ostra Vs. España, N° 16798/90. Sentencia de 9 de diciembre de 1994; Caso Di Sarno y otros Vs. Italia, N° 30765/08. Sentencia de 10 de enero de 2012; Caso Papastavrou y otros Vs. Grecia, No. 46372/99. Sentencia de 10 de abril de 2003; Caso Turgut y otros Vs. Turquía, No. 1411/03. Sentencia de 8 de julio de 2008.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 52.

9 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 19.

4.2. Los derechos humanos afectados por la degradación del medio ambiente

Sobre esta materia, la Corte Interamericana realizó un análisis detallado de los derechos particularmente vulnerables a la degradación ambiental, a partir de dos categorías “derechos sustantivos” y “derechos de procedimientos”. Igualmente, centró su atención en la especial situación de vulnerabilidad de ciertos grupos poblacionales frente a los daños ambientales.

En ese sentido, la Corte observó que los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano. Algunos de éstos son más susceptibles a determinados tipos de daño ambiental. Así, los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, denominados como derechos sustantivos; tales como, los derechos a la vida, la integridad personal, la salud, y la propiedad; y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento; por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión y asociación, la información, la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo¹⁰.

86

Por otro lado, la Corte advirtió que la afectación a los derechos puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad: pueblos indígenas, niños y niñas, mujeres, personas que viven en extrema pobreza, y personas con discapacidad. En tal panorama, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación. Las obligaciones estatales deben ser evaluadas y abordadas teniendo en cuenta el impacto diferenciado que pudieran tener en ciertos sectores de la población¹¹.

Advertimos que, en idéntico sentido, se pronunció el relator especial John H. Knox en el Informe sobre la cuestión de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Indicó que los Estados tienen la obligación primordial de no discriminar en la

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 64.

11 *Ibid.*, párrs. 67 y 68.

aplicación de sus leyes y su política ambientales. Adicionalmente, sostuvo que los Estados, actuando a título individual y en cooperación, deben tomar las medidas necesarias para proteger a los más vulnerables¹².

4.3. Las obligaciones estatales frente a posibles daños al medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal

En el contexto de la protección del medio ambiente, para el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, los Estados deben cumplir con una serie de obligaciones, tanto para daños ocurridos dentro de su territorio como para daños que traspasen sus fronteras.

Al respecto, con acierto la Corte se enfocó en las siguientes cuestiones: i) la obligación de prevención, ii) el principio de precaución, iii) la obligación de cooperación, y iv) las obligaciones de procedimiento en materia de protección del medio ambiente.

4.3.1. La obligación de prevención

El principio de prevención se encuentra consagrado en las Declaraciones de Estocolmo y de Río sobre el medio ambiente, implica que los Estados tienen la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional¹³.

En la opinión consultiva OC-23/17, la Corte puntualizó que los Estados están obligados a tomar medidas para prevenir el daño significativo al medio ambiente, dentro o fuera de su territorio. A efectos de cumplir con dicha obligación los Estados deben: i) regular las actividades que puedan causar un daño

12 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 1 de febrero de 2016, Doc. ONU A/HRC/31/52, párrs. 80 y 81.

13 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principio 21. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), principio 2.

significativo al medio ambiente; ii) supervisar y fiscalizar actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño al medio ambiente, para lo cual deben poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, que comprendan medidas preventivas, de sanción y reparación; iii) exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente, independientemente que la actividad o proyecto sea realizado por un Estado o por personas privadas. Estos estudios deben realizarse de forma previa, por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, respetar las tradiciones y cultura de pueblos indígenas que podrían verse afectados y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso de autorización del proyecto, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medio ambiente; iv) establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y, v) mitigar el daño ambiental significativo, inclusive cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible¹⁴.

4.3.2. El principio de precaución

El principio de precaución, en materia ambiental, se refiere a las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente.

Sobre el particular, la Declaración de Río establece que: *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución (...) Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*¹⁵.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párrs. 140 y 174

15 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/ CONE.151/26/Rev.1 (Vol. I), principio 15.

Destacamos que diversos Estados miembros de la OEA, mediante su normatividad interna y la jurisprudencia de sus más altas Cortes, han incorporado en sus sistemas jurídicos el principio de precaución¹⁶.

Los Estados, según la Corte, deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Así, están obligados a adoptar las medidas que sean eficaces para prevenir un daño grave e irreversible¹⁷.

4.3.3. La obligación de cooperación

La Convención Americana (artículo 26) y el Protocolo de San Salvador hacen referencia a la cooperación entre los Estados. En el derecho internacional ambiental, la obligación de cooperación ha sido recogida en las Declaraciones de Estocolmo¹⁸ y de Río¹⁹.

Cabe precisar que a diferencia de las obligaciones ambientales anteriormente descritas, la obligación de cooperación es una obligación entre Estados. En tal sentido, conlleva una serie de deberes interestatales.

La Corte Interamericana, enfatizó que los Estados tienen la obligación de cooperar para la protección contra daños al medio ambiente. Tal obligación tiene especial predominio en el caso de recursos compartidos, cuyo aprovechamiento y desarrollo debe ser realizado de una forma equitativa y razonable con los derechos

16 El principio de precaución ha sido expresamente incorporado en la legislación de Argentina, Canadá, Colombia, Ecuador, México, Perú, República Dominicana, Uruguay, etc. Los tribunales superiores de Chile y Panamá han reconocido la aplicabilidad y obligatoriedad del citado principio.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 180.

18 El Principio 24 de la Declaración de Estocolmo estipula que: “Todos los países (...) deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente (...)”.

19 El principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, establece que: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”.

de los demás Estados que poseen jurisdicción sobre tales recursos. A efectos de cumplir con dicha obligación los Estados deben: i) notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos, de manera previa y oportuna, acompañando la información pertinente; y ii) consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos, de manera oportuna y de buena fe²⁰.

Además de los deberes mencionados, la Corte reparó que diversos instrumentos internacionales en materia ambiental prevén como parte del deber de cooperación, disposiciones destinadas a facilitar, promover o asegurar el intercambio de información entre Estados sobre conocimientos científicos y tecnológicos y otras materias²¹.

4.3.4. Las obligaciones de procedimiento en materia de protección del medio ambiente

Las obligaciones de procedimiento respaldan una mejor formulación de las políticas ambientales. Bajo esa perspectiva, los Estados tienen la obligación de garantizar: i) el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente (artículo 13 de la Convención Americana); ii) el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente (artículo 23.1.a de la Convención Americana); y iii) el acceso a la justicia en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente (artículos 8 y 25 de la Convención Americana)²².

El acceso a la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental, a juicio de la Corte, constituye asunto de interés público.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párrs. 185, 186 y 210.

21 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principio 20. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), principio 9.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 241.

Concretamente ha considerado de interés público la información sobre actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas²³ y el desarrollo de un proyecto de industrialización forestal²⁴.

La participación pública se erige como uno de los pilares de los derechos de procedimiento, pues a través de ella las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y pueden cuestionar, indagar y examinar el cumplimiento de las funciones públicas. Así, los individuos forman parte del proceso de toma de decisiones y sus opiniones pueden ser escuchadas. Igualmente, dicha participación favorece que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales.

En relación con los asuntos ambientales, en opinión de la Corte, la participación permite integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente. También, aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales²⁵.

Por consiguiente, del derecho de participación en los asuntos públicos deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente²⁶.

El acceso a la justicia, en el ámbito de la protección ambiental, permite a la persona velar por que se apliquen las normas ambientales y constituye una vía para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones. Serie C. No. 245, párr. 230.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 151, párr. 73.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párrs. 226 y 228.

26 *Ibid.*, párr. 231.

Sobre el particular, la Corte Interamericana consideró que los Estados tienen el deber de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente. En este contexto, los Estados deben garantizar que las personas tengan acceso a recursos -que se tramiten conforme a las reglas del debido proceso-, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los derechos de procedimiento; y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental²⁷.

5. Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho al medio ambiente sano

Las sentencias de la Corte Interamericana no solo vinculan a los Estados responsables de violaciones de los derechos humanos en los casos específicos, sino que también generan interpretaciones generales de los derechos consagrados en la Convención Americana y en cualquier otro instrumento del Sistema Interamericano, interpretaciones que vinculan al resto de los Estados en la aplicación de estas normas.

92

En esa línea, el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional -Ley 31307- dispone que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Uno de esos tribunales es la Corte Interamericana.

Por su parte, el Tribunal Constitucional expresó que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte no se agota en su parte resolutive (que vincula solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*. De esta manera, la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párrs. 234 y 237.

sido parte en el proceso²⁸. Entonces, las sentencias de la Corte Interamericana resultan de trascendental relevancia en nuestro sistema jurídico, por lo que es necesario conocer la línea jurisprudencial desarrollada por este tribunal internacional sobre el derecho al medio ambiente sano.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre este derecho -en el marco de su función contenciosa- se han dado, principalmente, en caso vinculados al derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales (artículo 21 de la Convención). Cabe destacar que, el 6 de febrero de 2020, la Corte emitió la primera sentencia (Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina) que declaró la vulneración del derecho a un medio ambiente sano, como derecho autónomo en el marco del artículo 26 de la Convención Americana.

En ese rubro, expondremos la principales sentencias expedidas por la Corte Interamericana que abordan el derecho a un medio ambiente sano en sí mismo o que, en conexidad con otros derechos, establecen obligaciones estatales de protección al medio ambiente.

5.1. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam

En el marco del análisis del artículo 21 de la Convención Americana, la Corte se pronunció sobre un aspecto fundamental del derecho al medio ambiente sano: los estudios de impacto ambiental.

El artículo 21 de la Convención, según la Corte, no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Si el Estado quisiera restringir, legítimamente, el derecho a la propiedad comunal del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se ejecutan en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables, y realizar estudios previos de impacto ambiental y social. Para la Corte la realización de dichos estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen

28 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 02730-2006-PA/TC, de fecha 21 de julio de 2006, fundamento jurídico 12.

una denegación de su subsistencia como pueblo. Mediante esta salvaguarda se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo tienen con su territorio²⁹.

La Corte Interamericana desarrolló de forma prolija esta salvaguarda. Así, señaló que los estudios previos de impacto ambiental y social sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad. Su objetivo no es solo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, asegura que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, con el fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria³⁰.

Los mencionados estudios deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo. Igualmente, deben ser finalizados de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de su exigencia es garantizar el derecho del pueblo a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por ende, la obligación del Estado de supervisar los estudios previos de impacto ambiental y social coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, éstos deben ser asumidos por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado. Y uno de los factores que debieran tratar es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos³¹.

La Corte también se pronunció acerca de cuál es un nivel aceptable de impacto, demostrado a través de los estudios previos de impacto ambiental y social,

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 172, párrs. 129 y 143.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 185, párr. 40

31 *Ibid.*, 41

que posibilitaría al Estado otorgar una concesión. Sobre el particular, sostuvo que lo que constituye un nivel aceptable de impacto puede diferir en cada caso. No obstante, sobre el caso concreto observó que el principal criterio con el cual se deben analizar los resultados de tales estudios es que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros del pueblo Saramaka a sobrevivir como un pueblo tribal³².

Las concesiones madereras que el Estado de Surinam emitió sobre las tierras de la región superior del Río Surinam, a juicio de la Corte, dañaron el ambiente y el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente. El Estado no realizó o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Las concesiones mineras de oro se emitieron sin llevar a cabo o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social³³.

5.2. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador

La Corte Interamericana, en este caso, ha precisado que los conceptos de “orden público” o el “bien común”, derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

En ese sentido, en relación con la privación del derecho a la propiedad privada, se determinó que un interés legítimo o general basado en la protección del medio ambiente representa una causa de utilidad pública legítima³⁴.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 185, párr. 42.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 172, párrs. 154 y 156.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Excepción preliminar y fondo. Serie C. No. 179, párrs. 75 y 76.

Bajo esta orientación, la Corte consideró que el Estado de Ecuador privó del derecho a la propiedad privada a la señora María Salvador Chiriboga por razones de utilidad pública legítimas y debidamente fundamentadas, las cuales consistieron en la protección del medio ambiente a través del establecimiento del Parque Metropolitano de Quito, área de recreación y protección ecológica³⁵.

5.3. Caso Kawas Fernández vs. Honduras

En ese caso, la Corte Interamericana resaltó que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Advirtió que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Tales avances en el desarrollo de los derechos humanos han sido recogidos en el Protocolo de San Salvador. También, evidenció que, en los países de la región, se ha observado un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor³⁶.

96

En este contexto, la Corte puso de relieve la situación de las personas que trabajan para la defensa del medio ambiente en Honduras. Así, durante la década posterior a la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández³⁷ se reportaron actos de agresión, amenazas y ejecuciones de varias personas dedicadas a la defensa del medio ambiente en dicho país. Tales circunstancias han tenido un efecto amedrentador sobre otras personas que se dedican a la defensa del medio ambiente en Honduras o se encuentran vinculadas a ese tipo de causas. Efecto intimidante que se acentúa y se agrava por la impunidad en que se mantienen los hechos³⁸.

La Corte Interamericana no solo analizó la compleja situación de las personas que se dedican a la defensa del medio ambiente en Honduras, sino que sostuvo que el Estado tiene el deber de adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o judicial, o el perfeccionamiento de las existentes, que

35 Ibid., párr. 116.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 196, párr. 148 y 149.

37 La señora Blanca Jeannette Kawas Fernández falleció el 6 de febrero de 1995.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 196, párrs. 69 y 153.

garanticen la libre realización de las actividades de los defensores del medio ambiente; la protección inmediata a los defensores del medio ambiente ante el peligro o amenazas que se susciten con motivo de su labor, y la investigación inmediata, seria y eficaz de los actos que pongan en peligro la vida o la integridad de los defensores ambientalistas, con motivo de su trabajo. En el caso concreto, ordenó al Estado de Honduras la realización de una campaña nacional de concientización y sensibilización, dirigida a funcionarios de seguridad, operadores de justicia y población general, sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente en dicho país y de sus aportes en la defensa de los derechos humanos³⁹.

5.4. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador

La Corte Interamericana, en este caso, se pronunció nuevamente sobre los estudios de impacto ambiental. Así, en relación con esta obligación del Estado enfatizó que el artículo 7.3 del Convenio No. 169 de la *Organización Internacional del Trabajo* “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

La Corte reiteró la línea jurisprudencial establecida en el caso Saramaka. En ese sentido, precisó que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Adicionalmente, ratificó que tal estudio es útil para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de inversión o desarrollo puede tener sobre la propiedad y comunidad. Ha confirmado que el objetivo de éste es tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y los individuos, y asegurar que el pueblo tenga conocimiento de

39 Ibid., párr. 213 y 214.

los probables riesgos, incluidos los de salubridad y ambientales, a fin de determinar si acepta el plan de desarrollo o inversión propuesto⁴⁰.

De otro lado, en idéntico sentido a lo expresado en el caso Saramaka, la Corte señaló que los estudios de impacto ambiental deben realizarse acorde a los estándares internacionales y buenas prácticas sobre la materia; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser finalizados de manera previa al otorgamiento de la concesión. Especificó que uno de los aspectos sobre el cual debiera tratar dicho estudio es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos⁴¹.

En el caso concreto, la Corte Interamericana consideró que el estudio de impacto ambiental: i) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue ejecutado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku. En consecuencia, concluyó que el estudio no se realizó de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia⁴².

5.5. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam

En este caso, la Corte se refirió a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. Sobre el tema, acertadamente, sostuvo que estos pueblos pueden desempeñar un papel importante en la conservación de la naturaleza, ya que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran relevantes para la eficacia de las estrategias de conservación. Por consiguiente, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede influir favorablemente en la conservación del medio ambiente. En síntesis, el derecho de

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones. Serie C. No. 245, párr. 205.

41 Ibid., párr. 206.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones. Serie C. No. 245, párr. 207.

estos pueblos y las normas internacionales de medio ambiente deben considerarse como derechos complementarios y no excluyentes⁴³.

La Corte Interamericana postuló como elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad a: i) la participación efectiva, ii) el acceso y uso de sus territorios tradicionales, y iii) recibir beneficios de la conservación. En consecuencia, es indispensable que el Estado cuente con mecanismos adecuados para la implementación de tales criterios como parte de la garantía de los pueblos indígenas a su vida digna e identidad cultural, en relación con la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios tradicionales⁴⁴.

Al pronunciarse sobre la compatibilidad de los derechos de los pueblos indígenas con la protección del medio ambiente, la Corte apeló a la Declaración de Río y el Convenio de Diversidad Biológica. En efecto, la aludida declaración preceptúa en el principio 22 que las poblaciones indígenas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Por su parte, el artículo 8.j del citado convenio prescribe que los Estados respetarán, preservarán y mantendrán las prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Ponemos de relieve que, en este caso, la Corte Interamericana también se pronunció sobre los estudios de impacto ambiental. Al respecto, siguió la línea jurisprudencial establecida en el caso *Saramaka*, y puntualizó que el Estado tiene el deber de proteger tanto las áreas de reserva natural como los territorios tradicionales con el fin de prevenir daños, mediante mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización de estudios de impacto ambiental⁴⁵.

En el caso concreto, la Corte determinó que el Estado de Surinam no garantizó la realización de un estudio de manera independiente y previa al inicio de

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 309, párr. 173.

44 *Ibid.*, párr. 181.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 309, párrs. 215 y 221.

la extracción de bauxita, ni supervisó el estudio que fue realizado con posterioridad; por lo que incumplió con esta salvaguarda⁴⁶.

5.6. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina

Este caso contencioso es el primer pronunciamiento de la Corte que declaró la violación del derecho a un medio ambiente sano, como derecho autónomo en el marco del artículo 26 de la Convención Americana.

La Corte Interamericana trajo a colación la opinión consultiva OC-23/17 y manifestó que el derecho a un medio ambiente sano debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por el aludido artículo 26, dada la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA⁴⁷.

Asimismo, puntualizó que sobre el derecho al ambiente sano rigen las obligaciones de respeto y garantía, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones. Este deber se proyecta a la esfera privada, a fin de evitar que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos, y abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito⁴⁸.

La Corte Interamericana, de forma específica, abordó el principio de prevención de daños ambientales. Indicó que forma parte del derecho internacional consuetudinario, y supone la obligación de los Estados de realizar las medidas que sean necesarias *ex ante* la producción del daño ambiental, teniendo en cuenta que, debido a sus características, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente. Por el deber de prevención, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades ejecutadas bajo su jurisdicción, causen daños significativos al

46 Ibid., párr. 226.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 400, párr. 202.

48 Ibid., párr. 207.

ambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, la cual debe ser apropiada y proporcional al grado de riesgo del daño ambiental⁴⁹.

6. Reflexión final

La Corte Interamericana ha reconocido que el derecho al medio ambiente sano es un derecho autónomo y fundamental para la existencia de la humanidad. Asimismo, este tribunal internacional ha desempeñado un rol fundamental en el desarrollo de este derecho.

La opinión consultiva OC-23/17 “Medio Ambiente y Derechos Humanos” constituye una pieza clave en el fortalecimiento del marco jurídico internacional para la protección del derecho al medio ambiente sano. En dicha opinión consultiva, la Corte se pronuncia -de forma prolija- sobre aspectos fundamentales: la interrelación entre el medio ambiente y los derechos humanos; los derechos humanos afectados por la degradación del medio ambiente; y las obligaciones estatales frente a posibles daños al medio ambiente.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre el derecho al medio ambiente sano -en el ejercicio su competencia contenciosa- se han dado, principalmente, en caso vinculados al derecho a la propiedad comunal (artículo 21 de la Convención). El 6 de febrero de 2020, la Corte emitió la primera sentencia que declaró la violación de este derecho, como derecho autónomo en el marco del artículo 26 de la Convención Americana. El Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina, se consolida como un valioso aporte jurisprudencial.

Finalmente, consideramos que la Corte Interamericana en el ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa ha desarrollado importantes planteamientos en relación con el derecho al medio ambiente sano, que se erigen como avances significativos en aras de una adecuada protección y consolidación de este derecho.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 400, párr. 208.



Bibliografía

- CERQUEIRA, Daniel, *El derecho a un medio ambiente sano en el marco normativo y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Fundación para el Debido Proceso, 2020.
- Consejo de Derechos Humanos, Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43.
- Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 1 de febrero de 2016, Doc. ONU A/HRC/31/52.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 151.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 400.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 172.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 185.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 196.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones. Serie C. No. 245.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. No. 309.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Excepción preliminar y fondo. Serie C. No. 179.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017.
- DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio, "Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Número 28, 2015, pp. 41 - 61.

LANZA, Edison, “Estándares del sistema interamericano de DDHH sobre acceso a la información en materia ambiental”, en Victoria Laporte (Coordinadora), *Derechos humanos y medio ambiente. Avances y desafíos para el desarrollo sostenible*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Uruguay, 2016, pp. 15-22.

Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 02730-2006-PA/TC, de fecha 21 de julio de 2006.

Bases constitucionales de la tributación ambiental

✍ CARLOS TRINIDAD ALVARADO*

1. Introducción

En los últimos años, con el rol cada vez más preponderante de los mecanismos de mercado para enfrentar el cambio climático, la discusión sobre los fines ecológicos de los instrumentos fiscales ha ganado espacio en las políticas públicas. En América Latina, todos los países de la Alianza del Pacífico tienen un impuesto al carbono, con excepción de Perú. Colombia, Perú y Uruguay tienen impuestos especiales para enfrentar la contaminación proveniente de las bolsas de plástico. Además, diversos países de la región presentan una amplia gama de subsidios fiscales para actividades ambientales o inversiones sostenibles, como las energías renovables no convencionales.

Sin embargo, la tributación también está en el centro del debate al promover actividades que repercuten negativamente en el ambiente. Los subsidios a la energía (principal responsable del cambio climático) ascienden, solo en el año 2017, a USD 44.000 millones en América Latina, sumando los subsidios directos y el costo asociado a las exenciones de impuestos sobre el consumo (BID, 2021, p. 38). En el Perú, dos de las principales fuentes de emisiones de gases de efecto invernadero, la agricultura y la energía, tienen beneficios tributarios, como una tasa reducida del Impuesto a la Renta o la exoneración del Impuesto Selectivo al Consumo.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP, con estudios de postgrado en gestión ambiental por la Universidad de California, Berkeley, y candidato a magíster en Administración de Empresas con especialización en Energía Verde y Finanzas Climáticas por la Escuela de Economía y Derecho de Berlín. Actualmente, es investigador sénior del Instituto de Políticas Climáticas (IPC).

Tradicionalmente, la relación entre tributación y la protección de la naturaleza se ha focalizado en la dimensión preventiva del principio de internalización de costos ambientales y en el rol de asignación del costo social del daño ambiental real o potencial a través del precio. Sin embargo, la dimensión ecológica de la tributación puede ir más allá de fijar un precio al daño o riesgo ambiental, y alcanzar a otras fallas de mercado, como la de bienes públicos o la asimetría informativa.

En ese sentido: ¿cómo está definida la relación entre la tributación y el ambiente en la Constitución Política? ¿cuáles son las obligaciones constitucionales que tiene que cumplir la tributación para garantizar el derecho al medio ambiente? ¿cuáles son las obligaciones de la tributación con los derechos humanos más expuestos a los daños ambientales? Precisamente, el objetivo de este artículo es presentar los vínculos constitucionales entre tributación y el ambiente, poniendo de relieve en las obligaciones estatales en materia ambiental que se derivan de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto para el diseño, elaboración e implementación de las políticas fiscales, como para la interpretación y aplicación de las normas tributarias por los funcionarios públicos.

106

2. Redimensionamiento del tributo en un Estado Constitucional de Derecho

El Estado liberal de derecho surge como una manifestación de los límites democráticos y representativos a los poderes regios y por eso sus cláusulas y disposiciones se orientaban a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la administración (Zagrebeslky, 2011, p. 23 y Blancas, 2017, p. 41 y 42). De ahí que sus elementos caracterizadores sean el reconocimiento de los derechos de primera generación (libertad y propiedad), la separación y equilibrio de poderes y la representación electiva. Complementariamente a ello, como explica Bernal Pulido, la teoría liberal de los derechos fundamentales descansaba en la idea de que estos derechos son taxativos y reducidos, esencialmente preestatales de defensa del individuo frente a injerencias del Estado y que están garantizados absolutamente (2014, p. 338). Por eso, el Estado liberal parte de un presupuesto esencial: es una sociedad conformada, en abstracto, por personas en condiciones de igualdad que podían ejercer sus derechos

libremente; por lo que la prioridad del Estado es garantizar la libertad de las personas.¹

En ese sentido, el tributo en un Estado liberal de derecho jugaba un rol de vínculo entre los ciudadanos y el Estado en cuatro niveles: (i) financiaba las actividades del Estado en las esferas esenciales para garantizar la libertad de los ciudadanos, como las de seguridad interna, defensa nacional y resolución de conflictos, (ii) la adopción de tributos respondía a una regla de autoimposición democrática en línea con la sentencia de “*no taxation without representation*”, (iii) tenía un marco de actuación delimitado y restringido a la ley, y (iv) su relación con los derechos fundamentales se sostenía en límites, sobre todo para no afectar la propiedad de los ciudadanos (Pauner, 2001, p. 38).

Por eso, la regla en un Estado liberal era la vigencia plena de los derechos de propiedad, la libertad y la igualdad formal (Durán, 2005, p. 13), mientras que la tributación era una norma de excepción y se encontraba dirigida única y exclusivamente a solventar las necesidades de supervivencia de la organización estatal (Pauner, 2001, p. 119).

Con la aparición del Estado Constitucional esta perspectiva se modifica drásticamente, pues este modelo de Estado supera la tradicional concepción del liberalismo para conciliarla con las cláusulas de un Estado social. Como menciona Bernal Pulido, la coerción organizada bajo el derecho liberal, en pos de la defensa estricta de unos derechos inmutables, es insuficiente para promover el progreso, construir una sociedad más equitativa y superar las desigualdades sociales y económicas estructurales (2008, p. 233). En esa misma línea, Pauner menciona lo siguiente:

*“En el orden político actual, el Estado ha asumido la competencia de dar impulso, de organizar y coordinar la actividad económica y, sobre todo, de distribuir la riqueza según criterios de equidad social, corrigiendo las desigualdades de su formación espontánea. **El Estado consumidor se ha transformado en un Estado distribuidor.**”* (El énfasis es nuestro) (2001, p. 119).

El TC, en consonancia con ello, ha señalado que el Estado Constitucional peruano, definido por la CPP, presenta los rasgos distintivos del Estado Social y

1 STC 0042-2004-AI/TC (Fundamento 1)

Democrático de Derecho, ubicándose como opción intermedia entre el Estado Liberal y el Estado social². Vale decir, es un Estado que busca integrar los legítimos intereses de la sociedad y del Estado con los legítimos intereses del individuo (Landa, 2006, p. 38). De ahí que el TC haya señalado que los dos elementos caracterizadores de un Estado de este tipo sean:

- a) *La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y*
- b) *La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculos para su desarrollo social.*³

El advenimiento del Estado Constitucional de derecho transformó, a su vez, la concepción tradicional de la tributación entendida como un instrumento neutral que financiaba los gastos generales del Estado y a la que había que ponerle límites para no afectar a los derechos esenciales: propiedad y libertad. El Estado Constitucional reconfiguró las dimensiones de la potestad tributaria en tres niveles: (i) le incorporó un criterio axiológico, para delimitar qué fines y qué medios fiscales son los admisibles desde una perspectiva constitucional (Aguallo, 2001, p. 97), (ii) redimensionó la relación entre los tributos y los derechos humanos para desbordar a la estrecha concepción de “límites” y plantear que la tributación es un medio que no sólo respeta sino que asegura y garantiza el ejercicio y el disfrute pleno de los derechos humanos, y (iii) convirtió a la tributación en un instrumento de justicia distributiva “(...) para ir más allá de las relaciones de mercado y corregir sus distorsiones e imperfecciones en favor de las libertades individuales y colectivas y de la tutela de los derechos sociales” (Gallo, 2011, p. 94).

De ahí que el tributo en un Estado Constitucional sufra un cambio estructural: ya no solo financia el gasto público, sino que busca redistribuirlo y asegurar el disfrute pleno de los derechos constitucionales. Es decir, el rol del tributo se

2 STC 06089-2006-PA/TC (fundamento 10).

3 STC 06089-2006-PA/TC (fundamento 11) y 06626-2006-PA/TC (fundamento 11).

reconfiguró para ponerse al servicio del cumplimiento de los fines del Estado Constitucional, como los de justicia y solidaridad (Landa, 2013, 29).

(...) Por un lado, su capacidad productiva y su flexibilidad, que le permite adaptarse a las necesidades financieras de cada momento, y lo convierten en un instrumento crucial para afrontar las crecientes necesidades financieras del Estado Social. Por otro lado, por su aptitud para producir un efecto de redistribución de rentas, compatible con los derechos y libertades constitucionales, al permitir detraer mayores recursos económicos de las economías privadas más favorecidas, y menos (o incluso ninguno) de las menos favorecidas.⁴

Sin embargo, el cambio es todavía mayor con relación a las fuentes normativas. La ley, entendida como un mecanismo democrático de autoimposición, sustentado en la cláusula “*no taxation without representation*”, fue desplazada por la Constitución y los mecanismos internos de aplicación de los tratados de derechos humanos, como fuente suprema de derecho. Este cambio, en rigor, no solo se circunscribe a la posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el rol del juez (Landa, 2013, 14).

Por otro lado, su relación con los derechos ha dejado de ser reactiva, a modo de límites negativos. La tributación ya no es ese mal necesario al que hay que ponerle límites para no afectar derechos, como la propiedad o las libertades económicas. Bajo esta nueva perspectiva, por el contrario, la tributación es una de las principales herramientas de política pública que sostiene la arquitectura financiera del Estado y garantiza los derechos liberales (Holmes y Sunstein, 2012, p. 87). Pero es más que eso: puede garantizar otros derechos y principios constitucionales, como la igualdad material, los derechos de las personas con discapacidad, la lucha contra la evasión y fraude fiscal o el cambio climático, entre otros (Trinidad, 2015, p. 10). Es decir, su relación con los derechos no se circunscribe en términos de límites en base al “respeto”, sino que “garantiza” y promueve las condiciones habilitantes y las acciones afirmativas mínimas para la vigencia de los derechos humanos, los que son el elemento consustancial a un Estado Constitucional. Este trasvase de la tributación expresa, a su vez, dónde están sus fines: ya no sólo se puede decir que el tributo persigue fines fiscales, sino extrafiscales.

4 03860-2007-PA/TC (fundamento 6).

Justamente, es aquí donde se puede advertir su intersección con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH): el nuevo rol de la tributación tiene una relación directa con la obligación de garantía del artículo 1º de esta convención: fortalecer las acciones afirmativas y positivas del Estado para garantizar a los derechos humanos.

3. Estado Constitucional y los nuevos principios constitucionales tributarios

El nuevo modelo de Estado ha generado que la tributación entendida como límite, se reconstruya desde la perspectiva de contribuir con la consecución de los elementos materiales de los valores y bienes constitucionales (Barquero, 2002, p. 52). Es decir, ha dejado de circunscribir su actuación al cumplimiento de elementos meramente formales (por ejemplo, la representación democrática en la adopción de los impuestos según el principio de legalidad), para ser un instrumento capaz de dotar de contenido material a los fines del Estado Constitucional.

De ahí que la CPP en materia tributaria ya no se circunscriba a los clásicos principios y derechos que delimitan y distribuyen la potestad tributaria, sino que desarrolla y materializa, de forma implícita, otros principios, derechos y garantías, como el principio de solidaridad o la vigencia del artículo 1º de la CADH, sobre el deber de garantizar los principios y derechos convencionales.

Así, aunque el artículo 74º de la CPP reconoce algunos principios esenciales de un Estado Liberal de derecho, como el principio de reserva de ley o la prohibición de no confiscatoriedad; en aplicación de la CADH, la doctrina y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y los diversos compromisos vinculantes en materia de derechos humanos, surgen otros principios implícitos que, en rigor, constituyen manifestaciones intrínsecas del Estado Constitucional, como el deber de contribuir, la obligación de garantía sobre derechos humanos, la correlación de ingresos y gastos públicos o el principio de internalización de costos ambientales.

3.1. El deber de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos

El fundamento constitucional de la tributación es el deber de contribuir. Al igual que el principio de solidaridad y la función extrafiscal del tributo, el TC considera que este principio es una norma implícita que se deriva de los artículos

43º y 44 de la CPP⁵, al ser “... una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho”⁶. Justamente, este deber permite caracterizar al Estado Constitucional en términos de un Estado que no solo se funda en potestades, sino de deberes y derechos ciudadanos.⁷

Sin embargo, como menciona Durán (2005, p. 16), este reconocimiento implícito a partir de ciertas disposiciones de la CPP pasa por alto que un instrumento fundamental en el SIDH, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ha reconocido expresamente a este deber en el artículo 36º: “*Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos*”.

De ahí que este principio tenga un preclaro fundamento convencional, pues la Declaración referida tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los Estados sometidos al ámbito del SIDH, como lo ha puesto de relieve la propia Corte IDH:

“(...) la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

(...) hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.

(...) La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto.⁸ (El énfasis es nuestro).

5 La Constitución del año 1979 reconoció explícitamente este deber:

“Artículo 77. Todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.”

6 STC 0004-2004-AI/TC (fundamento 9).

7 STC 06089-2006-PA/TC (fundamento 18).

8 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. “*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, párr. 45, 46 y 47.

En diversas sentencias, el TC ha aplicado este principio para equilibrar el sistema tributario en favor de políticas sociales, afirmativas y extrafiscales (Congreso de la República, 2021b, p. 18)⁹. Entre los elementos diferenciadores de este principio, se encuentran:

- **Expresión del principio de solidaridad en materia tributaria:** el deber de contribuir es uno de los mecanismos constitucionales que permite materializar, en su total dimensión, el rol de la solidaridad en el Estado Constitucional, al apuntalar a la redistribución del gasto público y la progresividad de los ingresos fiscales. En base al deber de contribuir, los contribuyentes más ricos financian los programas sociales que brindan cobertura a las personas en situación de vulnerabilidad, como los pobres o los ancianos (Málvarez, 2001, p. 397 y Ruiz de Castilla, 2017, p. 128).
- **Norma de orden público:** este deber se configura como una regla de orden público que se orienta a fines plenamente legítimos¹⁰. Esto significa que el deber de contribuir constituye “*un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni de los particulares*” (Rubio, 2008, p. 94).
- **Fundamento de deberes de colaboración:** los ciudadanos y las empresas no sólo tienen el deber de pagar tributos, sino que están obligados a asumir deberes de colaboración con la administración tributaria que son esenciales para combatir la elusión y evasión fiscal (Durán, 2005, p. 12)¹¹. Este es el fundamento constitucional de los diversos regímenes facilitadores del cumplimiento de las obligaciones tributarias, como los regímenes de retenciones, percepciones, detracciones u otros.¹²

9 Por ejemplo, las STC 0004-2004-AI/TC (fundamento 9).

10 STC 0004-2004-AI/TC (fundamento 9) y 2337-2007-PA/TC (fundamento 6).

11 STC 03769-2010-PA/TC (fundamento 24).

12 06089-2006-PA/TC (fundamento 12) y 06626-2006-PA/TC (fundamento 12)

3.2. Los derechos humanos y la tributación: del deber de respeto a la garantía plena de los derechos

La CADH no tiene una disposición específicas sobre tributación, pero sí la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que reconoce al deber de contribuir¹³, así como el “Protocolo de San Salvador”, que establece en su artículo 1º lo siguiente:

“Artículo 1.- Obligación de adoptar medidas

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.” (El resaltado es nuestro).

Esta disposición también ha sido recogida por la Convención sobre los derechos del Niño¹⁴, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁵, así como por el artículo 2º del PIDESC en los siguientes términos:

13 Artículo XXXVI.

14 Véase:

“Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

15 Véase:

“Artículo 4.- Obligaciones generales

(...) 2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.”

“Artículo 2

1. ***Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.***” (El énfasis es mío).

Ahora bien: ¿cuál es el alcance de estas obligaciones? En primer lugar, es un mandato a los Estados para que adopten las medidas indispensables que estén orientadas a lograr la efectividad de los derechos reconocidos en estos instrumentos. Esta obligación no se verifica con cualquier medida, sino con aquellas que impliquen el despliegue del máximo de recursos públicos disponibles.

Si bien estas disposiciones parecen enfocarse en los derechos económicos, sociales y culturales, así como en la distribución del presupuesto público y la cooperación internacional (Saiz, 2013, p. 81), la “Relatora Especial sobre extrema pobreza y derechos humanos” de la ONU ha sido clara en señalar que: “*este principio debería guiar las decisiones y prioridades de los Estados al **generar**, movilizar y asignar recursos para hacer efectivos **los derechos humanos***” (ONU, 2014b, p. 8). Por otro lado, el “Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” de la ONU ha sido más explícito en señalar que, en base al artículo 2º del PIDESC, la tributación es un instrumento que puede permitir a los Estados asegurar el ejercicio del derecho a la salud (2012b, p. 7).

En esa misma línea, el actual “Relator Especial sobre extrema pobreza y derechos humanos” ha puesto énfasis en la necesidad de que las políticas tributarias contribuyan a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y “*generar ingresos destinados a fortalecer la protección social y prestar apoyo a las personas que viven en la pobreza, además de incentivar la creación de empleo verde adecuado.*” (ONU, 2019b, p. 11).

Por el lado del SIDH, la CIDH ha señalado que la potestad tributaria de los Estados debe ceñirse a las obligaciones sobre derechos humanos, de ahí que “*no debe perderse de vista que los principios de derechos humanos constituyen un marco que apuntala las funciones clave de la política fiscal y la tributación*” (CIDH, 2017, p. 170). En específico, desde el enfoque de derechos humanos, la CIDH

ha establecido que son “particularmente relevantes” para la tributación y la política fiscal los siguientes principios y obligaciones: “*aseguramiento de los niveles mínimos esenciales; movilización del máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC; realización progresiva y no regresiva de estos derechos; y el principio de igualdad y no discriminación.*” (2017, p. 170).

A esto hay que añadir que la tributación, al ser una potestad pública, es también un mecanismo a través del cual los Estados dan cumplimiento al deber de garantía recogido en la CADH y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH: *asegurar jurídicamente el disfrute de los derechos humanos.*¹⁶

En esa línea, son 4 las obligaciones que impone el derecho internacional sobre derechos humanos a la tributación:

Tabla 1

OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN LAS POLÍTICAS FISCALES Y TRIBUTARIAS

Obligaciones	Detalle
Generar recursos para un disfrute pleno de derechos humanos	Promover las condiciones mínimas, a través de recursos financieros, para la provisión de bienes públicos que aseguren la plena efectividad de los derechos humanos. Por ejemplo, la tributación puede contribuir a cerrar las brechas de infraestructura en materia educativa.
Luchar contra la desigualdad, redistribuir la riqueza y combatir la discriminación	A través de tributos progresivos, que incidan sobre la propiedad y riqueza y menos sobre el consumo de bienes y servicios, se puede apuntalar a lograr que los sectores más ricos de la población solventen los gastos públicos.
Consolidar la democracia, la transparencia y rendición de cuentas	La tributación puede contribuir a transparentar las decisiones de las autoridades y de los Estados, y a partir de ahí mejorar la deliberación democrática y la rendición de cuentas gubernamental.
Ser el instrumento de políticas afirmativas para garantizar derechos específicos	La tributación puede garantizar derechos específicos, como el ambiente o la salud, a través del principio de internalización de costos. Por ejemplo, a través de tributos a la comida chatarra.

Elaboración propia en base a ONU (2014b, p. 12 al 14) y Saiz (2013, p. 81 al 83).

¹⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988). Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo. Párr. 166.

¿Cómo nuestra CPP ha respondido a esta dinámica? El artículo 74° de la CPP, norma fundamental en la estructura constitucional del poder tributario, determina la relación entre derechos humanos y tributación en términos de la obligación negativa “respeto”:

“Artículo 74.-

(...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

(...) No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”. (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, el artículo 44° de la CPP establece que es un deber del Estado, y se entiende que de todos sus órganos y sus potestades constituidas, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos:

*“Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; **garantizar la plena vigencia de los derechos humanos**; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.”* (El subrayado es nuestro).

Como se puede advertir, la potestad tributaria está obligada a respetar y garantizar los derechos humanos. De ahí que aun cuando el respeto de los derechos fundamentales de la persona sea un principio del derecho en general (Ruiz de Castilla, 2017, p. 142) y una piedra angular en el Estado Constitucional, la CPP establece con suficiente claridad la preminencia de los derechos humanos por encima de cualquier consideración fiscal (Sevillano, 2014, p. 115). Esta posición preferente determina, en primer lugar, que la potestad tributaria -en la creación, modificación, derogación o aplicación de un tributo- no pueda ser válida si vulnera alguno de los derechos humanos reconocidos a la persona en la CPP (Defensoría del Pueblo, 2000, p. 10). Como menciona Hernández, “*la tributación, en general, no puede ser utilizada o concebida de forma que viole los derechos fundamentales de la persona. Por el contrario, la tributación debe respetar tales derechos*” (1993, p. 24).

Sin embargo, esta obligación no se limita a una obligación negativa (“no afectar”), sino que se traduce en una obligación activa y afirmativa: la potestad

tributaria también debe garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales (Defensoría del Pueblo, 2000, p. 8). Como mencionamos, esta exigencia se deriva del listado de deberes estatales esenciales previsto por el artículo 44° de la CPP -que incluye al deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos- y, en especial, de la obligación convencional que vincula a todos los poderes del Estado -entre ellos los que detentan la potestad tributaria- de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1° de la CADH¹⁷.

En esa línea, el TC que ha señalado que “*los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad*”¹⁸. Así, la potestad tributaria no sólo no debe afectar a los derechos fundamentales, sino que también está obligada a garantizarlos¹⁹. Esto es congruente con la finalidad del tributo en un Estado Constitucional: no solo asegurar el sostenimiento del gasto público y la provisión estatal de los servicios públicos, sino que perseguir fines constitucionales valiosos, como promover la efectividad de los derechos fundamentales²⁰.

17 CPP:

“Artículo 44°.-

*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; **garantizar la plena vigencia de los derechos humanos**; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.*” (El subrayado es nuestro).

18 STC 02724-2007-PA/TC (Fundamento 11) y 2689-2004-AA/TC (Fundamento 20).

19 Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 00031-2010-PI/TC (fundamento 5):

“5. En diversas ocasiones este Tribunal ha hecho referencia a la naturaleza y a las condiciones del ejercicio de la potestad tributaria. Así, se ha recordado que ésta es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Su ejercicio, como sucede con toda competencia jurídico-estatal, es limitada. La imposición de tales límites, en última instancia, se orienta a garantizar que dicha potestad no sea ejercida arbitrariamente, con detrimento de los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, los principios constitucionales tributarios que recoge el artículo 74° de la Constitución cumplen una doble función. Por un lado, constituyen límites al ejercicio de la potestad tributaria del Estado; y **por otro son garantías con que cuentan los contribuyentes frente a un eventual ejercicio arbitrario de tal potestad.**” (El subrayado es nuestro).

20 En el fundamento 14 de la STC 0042-2004-AI/TC, el TC ha señalado que la tributación puede promover los derechos fundamentales:

“De este modo, **los beneficios tributarios se traducen en estímulos a determinadas personas o actividades que el Estado considera valioso promover, y es ahí donde se debe considerar tanto los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores, así como los deberes primordiales del Estado que están previstos en el artículo 44 de la Constitución, ya**

Cabe precisar que el principio contemplado en el artículo 74° de la CPP no se circunscribe exclusivamente al listado de derechos previstos por el artículo 2° de la CPP, sino que engloba al catálogo abierto e implícito de derechos al que hace referencia el artículo 3°²¹ (Manini, 2000, p. 18). Como puntualiza De la Vega, la CPP no establece una jerarquía entre los derechos, por lo que el artículo 74° va más allá de los derechos enumerados de forma expresa por la propia Constitución, incluyendo a los derechos económicos y sociales (2002, p. 66).

Como consecuencia de ello, el ejercicio de potestad tributaria en el Perú debe respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en otros tratados internacionales, como la CADH o el Convenio 169° de la OIT.

3.3. Reconfiguración de la relación entre la tributación y el gasto público en un Estado Constitucional: el principio de correlación de ingresos y gastos públicos

Una notable diferencia entre la perspectiva liberal y el nuevo modelo de Estado es el acento del gasto público en la estructura de la potestad tributaria. En el Estado liberal había un desfase en el tratamiento jurídico de ambas entidades, pues el eje de las prioridades estatales estaba dirigido a limitar la injerencia de la tributación en los derechos de propiedad individual. Además, el Estado se limitaba a financiar los presupuestos generales del Estado, con un menor énfasis en las políticas afirmativas de derechos y de redistribución de la riqueza a través del gasto. Como bien lo menciona Escribano (2015, p. 8):

“La predilección por el ingreso más que por el gasto (...) hunde sus raíces en los orígenes del Estado moderno de una configuración liberal donde la regulación del ingreso, concebido como una limitación al derecho de propiedad, es más relevante que el destino que a sus ingresos se le daba.”

aludidos supra. En efecto, no es contrario a la Constitución el hecho que el legislador establezca una finalidad extrafiscal de los tributos, siempre que ella esté de acuerdo con los principios rectores de la política social, económica e, incluso, cultural del Estado.” (El subrayado es nuestro).

21 Artículo 3° de la CPP:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

Con la aparición del Estado Constitucional, hay una transformación en las relaciones políticas y jurídicas entre el Estado y sus miembros, en la medida de que ya no estamos ante “súbditos” sino ante “ciudadanos” que exigen del Estado no sólo no afectar sus derechos (obligaciones negativas), sino garantizarlos y darles materialidad (obligaciones positivas). De ahí que como indica Pauner, se pase de un modelo sostenido en base a “cargas estatales” hacia uno de “gastos públicos”, con las siguientes implicancias (2001, p. 120 y 121):

*“(...) la expresión gastos públicos indica una orientación colectiva y beneficiosa para toda la sociedad; en otras palabras, “se introduce un concepto conexo a una idea de utilidad social”. En resumen, **los gastos públicos incluyen no sólo los gastos del ente público (sinónimo de cargas del Estado) sino los gastos que el Estado dirige a la colectividad.**”* (El subrayado es nuestro).

Así, con la reconfiguración del Estado y la aparición de los deberes públicos de garantizar los derechos humanos, en especial, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la tributación ya no se determina por una neutralidad recaudatoria, sino que se moviliza para satisfacer necesidades colectivas (Málvarez, 2001, p. 396), como la justicia, la superación de la pobreza o la redistribución. Es decir, la recaudación en sí misma está determinada por las condiciones posteriores de distribución del gasto público, pues la erosión de los ingresos tributarios, por elusión, evasión o los privilegios fiscales, limitará las acciones del gasto público, en especial, para promover políticas afirmativas.

El sustento constitucional de esta nueva relación es el principio de solidaridad y el deber de contribuir. Con un Estado Constitucional, la tributación ya no solo busca financiar gastos, sino que incide en dos ámbitos: (i) la recaudación misma, que se debe fundar en la aplicación de un principio de igualdad material (tratar desigual a los desiguales, con un criterio de progresividad en las políticas públicas), y (ii) redistribuir el gasto público para hacer efectivos los fines del Estado, como los fines sociales y la efectividad de los derechos humanos. Siguiendo a Pauner, justamente ahí radica la importancia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos: es un presupuesto irrenunciable del cumplimiento por parte del Estado del mandato constitucional de establecer un derecho social (2001, p. 129 y 130).

Esta relación intrínseca del ingreso y gasto público también ha sido puesta de manifiesto por la Relatora Especial sobre extrema pobreza y los derechos

humanos de la ONU en el informe del 2014, sobre tributación y derechos humanos (2014b, p. 3):

“Los ingresos y los gastos son los dos principales instrumentos de la política fiscal. En la política y en la práctica, son complementarios y están interconectados. Ambas funciones son fundamentales para hacer realidad los derechos humanos, y las normas en materia de derechos humanos son aplicables a todos los aspectos de la política fiscal.” (El énfasis es nuestro).

Por eso, la relación tributo-gasto tiene implicancias concretas en el diseño y aplicación de las normas tributarias. Las estructuras tributarias, en sí mismas, deben diseñarse cuidadosamente para corregir la discriminación sistémica y la desigualdad (ONU, 2014b, p. 14), que afecta particularmente a las mujeres, pueblos indígenas o ancianos. Así como el gasto público debe ser redistribuido, con especial preferencia para las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, como las personas pobres; el pago de tributos deberá ser progresivo, esto es, no todos deben asumir la misma carga tributaria, pues no todos tienen la misma capacidad contributiva. Por eso, de acuerdo con Málvarez, “(...) *no cabe hablar de una justicia en la ordenación de los ingresos que no tenga en cuenta la justicia en la ordenación del gasto público, pues el objetivo de justicia que se logre a través del gasto se puede destruir a través del ingreso y viceversa*” (2001, p. 403). De ahí que los tributos deben recaudarse garantizando derechos humanos, de modo tal que no se pida que paguen más a quienes menos pueden hacerlo (ONU, 2014b, p. 15).

120

Este es el núcleo esencial del principio de correlación del ingreso y gasto público y es el que fundamenta que el ejercicio de la potestad tributaria deba ser congruente con los principios y garantías que informan las decisiones del gasto público, como el principio de solidaridad. Como lo menciona Escribano, la justicia del sistema fiscal debe ser transversal al ingreso y a las decisiones de distribución del presupuesto, en especial, en el marco de un principio de justicia material del gasto (2015, p. 8). En esa línea, concordamos con lo señalado por el profesor Rodríguez Bereijo (1998, p. 127):

“Es precisamente esta interconexión o interdependencia lo que confiere al Derecho financiero y tributario su carácter de redistributivo, es decir, un Derecho en el cual la rama del Derecho tributario debe concebirse como un derecho frente a los que tienen más; y la rama del Derecho de los gastos

públicos, debe ser un derecho a favor de los que menos tienen, de las clases sociales desposeídas. Solo de esta manera, a través de la función redistributiva de la Hacienda Pública que funciona de manera desigual en sus dos brazos, en el brazo del tributo y en el brazo del gasto público, puede cumplirse la exigencia constitucional de un orden más igualitario y más justo” (El énfasis es nuestro).

Esta idea irradia todo nuestro ordenamiento fiscal, pero con mayor énfasis en la regulación de los beneficios tributarios, como se puede advertir en el artículo 79º de la CPP.²² La existencia de beneficios tributarios, en principio, supone establecer una excepción al principio de solidaridad y, por ende, al deber de contribuir, lo que se traducirá en la reducción de ingresos públicos y en un menor margen de capacidad financiera del Estado para atender las demandas sociales y garantizar la vigencia de los derechos humanos.²³

De ahí que el otorgamiento de un beneficio tributario no pueda ser un acto enteramente discrecional, sino que debe cumplir con los principios constitucionales tributarios y ser necesario, idóneo y proporcional²⁴. En caso contrario, estaríamos frente a supuestos de desigualdad injustificada y discriminación, los que están proscritos en nuestro ordenamiento²⁵. Por eso mismo, el TC ha establecido que la evaluación del fin recaudatorio es un estándar para el otorgamiento de beneficios tributarios por parte de las entidades con potestad tributaria, incluso si estamos frente a tributos con finalidad extrafiscalidad:

(...) el legislador no debe abusar de esta facultad y evaluar muy bien el fin recaudatorio, sea este el sacrificio del ingreso (si lo excepciona) o su incremento (si establece impuesto desalentadores, restrictivos o prohibitivos)

(...) los beneficios tributarios se traducen en estímulos a determinadas personas o actividades que el Estado considera valioso promover, y es ahí donde se debe considerar tanto los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores, así como los deberes primordiales

22 Este artículo ha sido desarrollado por la Norma VII del Título Preliminar del Código Tributario.

23 STC 0042-2004-AI/TC (fundamento 13).

24 STC 0042-2004-AI/TC (fundamento 14).

25 Ídem.

*del Estado que están previstos en el artículo 44 de la Constitución, ya aludidos supra.*²⁶ (El énfasis es nuestro).

Los beneficios tributarios afectan a los ingresos públicos y, por esa razón, limitan el financiamiento de las condiciones materiales para el disfrute de los derechos humanos. Por eso, tal como lo ha manifestado la Relatoría de la ONU sobre extrema pobreza y los derechos humanos, los Estados parte del PIDESC tienen la responsabilidad internacional de demostrar periódicamente que el otorgamiento de beneficios fiscales es la opción política menos restrictiva desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales (2014b, p. 18).

3.4. El principio de convencionalidad tributaria

Como vimos al inicio de este capítulo, la tributación en un Estado moderno nació de la mano del establecimiento de condiciones formales que limitarían los poderes estatales sobre la propiedad en base a la ley, en tanto instrumento de autoimposición democrática. Con el advenimiento del Estado Constitucional y el surgimiento de las obligaciones internacionales, como la CADH, hubo un cambio en la jerarquía de las fuentes del derecho tributario, con preponderancia de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, incluyendo el ecosistema jurídico que se derivan de estos acuerdos, como instrumentos, principios, fuentes y competencias internas.

De ahí que la tributación en el Perú haya dejado de estar sometida al imperio de la ley para encontrarse vinculada, en primer lugar, a la CADH y a la CPP. Esto tiene una implicancia concreta en la aplicación de las normas por parte del TF y la SUNAT: ante la duda, están obligados a preferir la aplicación de las disposiciones de la CADH y las interpretaciones que sobre el contenido de estas ha hecho la Corte IDH en su jurisprudencia y sus opiniones consultivas.

a. Principio clásico de legalidad tributaria²⁷

26 Ídem.

27 Si bien en la doctrina y en diversa jurisprudencia del TC (véase la STC 0042-2004-AI/TC, fundamentos 9 y 10), hay un énfasis por separar a los principios de reserva de ley y legalidad, nos acogemos a lo manifestado por Sevillano (2014, p. 98 y 99): “(...) desde un punto de vista general, queriendo ver en ellos la regla básica de la producción normativa de los tributos, se podría afirmar que son equivalentes, aunque ninguno podría exigirse en términos absolutos. En ese sentido, la reserva de ley sería el mecanismo técnico a través del cual se haría efectivo el principio de legalidad.” En ese sentido, en esta investigación utilizamos ambos términos indistintamente.

El principio de legalidad garantiza que el ejercicio de la potestad tributaria esté sometido a la ley, en sus dos vertientes: positiva, es decir, como fuente de competencias, y negativa, en tanto límite de las competencias atribuidas. ¿Cuál es la causa para el sometimiento a la ley? En principio, la garantía de autoimposición democrática que exige que los tributos sean establecidos por los representantes directos de quienes van a contribuir²⁸. Como indica Landa (2006, p. 42), el principio de legalidad:

“(...) por un lado, cumple una función de garantía individual al fijar el límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos; por otro lado, cumple también una función plural, toda vez que se garantiza la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria, puesto que su establecimiento corresponde a un órgano plural donde se encuentran representados todos los sectores de la sociedad”

El mismo TC ha puntualizado que el principio de legalidad tiene una base democrática asociada a los mecanismos de representatividad constitucional, pues busca que los tributos aplicables a los ciudadanos sean autoimpuestos, a través del Congreso, al resto de la ciudadanía.²⁹

123

Si bien la CPP ha adoptado el principio de legalidad en materia tributaria, no hay un sometimiento absoluto de la potestad tributaria a la ley. Así, el artículo 74° de la CPP no circunscribe esta potestad a una ley en sentido formal, sino que la distribuye entre diversos poderes y órganos estatales, como el Poder Ejecutivo o los gobiernos subnacionales. Por ejemplo, en el caso de los impuestos, la CPP establece que éstos se crean, modifican o derogan, por ley o por decreto legislativo en caso de delegación de facultades; vale decir, reconoce en concreto la manifestación de dos potestades tributarias claramente distinguibles: la del poder legislativo, que es una potestad originaria u ordinaria, y la potestad tributaria del poder ejecutivo, que es derivada y, por ende, un ejercicio extraordinario³⁰. El mismo artículo 74° reconoce dos potestades adicionales: la potestad del Poder Ejecutivo para crear impuestos especiales, como aranceles; y la de Gobiernos Regionales y

28 Fundamento 12 de la STC 1837-2009-PA/TC.

29 STC 1837-2009-PA/TC (Fundamento 13).

30 Véase el Fundamento 14 de la STC 0042-2004-AI/TC.

Locales para la creación de los tributos tasas y contribuciones en el ámbito de sus jurisdicciones.

Por esa razón, como indica Zolezzi, el principio de legalidad, "(...) *en su contenido moderno, no es otra cosa que la utilización del instrumento legal pertinente, por su respectivo titular, en el ámbito de su competencia.*" (1995, p. 149). De ahí las dificultades para la consolidación de un principio de "reserva de ley" propiamente dicho en nuestro país, ya que este solo exige que "(...) *el poder o potestad tributaria esté centralizado en el Poder Legislativo, no siendo viable la creación, modificación o supresión de tributos con instrumentos que no sean ley en sentido formal o por órganos distintos al Congreso*" (Zolezzi, 1995, p. 148).

Precisamente, nuestra CPP "(...) *permite la creación de normas tributarias a través de dispositivos, que sin ser leyes emitidas por el Congreso tienen rango o fuerza de ley*" (Durán y Mejía, 2006, p. 32) como los decretos legislativos o las ordenanzas regionales o municipales. Es así que la "reserva de ley" puede explicarse perfectamente en un régimen político parlamentarista donde existe una atribución de reserva de potestad tributaria exclusiva al poder legislativo; lo que no ocurre en el Perú, pues este sistema no es el adoptado por nuestra Constitución, sino uno de corte presidencialista con matices (Zolezzi, 1995, p. 148). De ahí que tenga sentido denominar a este principio más precisamente como un "principio de normatividad", en tanto que la materia tributaria debe ser regulada por el órgano constitucionalmente competente a través de la norma competente (Zolezzi, 2003, p. 21 y Sevillano, 2014, p. 101).

124

b. De un principio de legalidad a un principio de convencionalidad tributaria

El tránsito de un Estado liberal a un Estado Constitucional redimensionó la jerarquía de fuentes de derecho y el rol del principio de legalidad. En un Estado Constitucional, no solo la CPP está por encima de las leyes o normas con rango de ley en materia tributaria, sino que los poderes públicos están vinculados a la CPP y a las disposiciones que ella contempla. Como menciona Zagrebelsky, "*la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución*" (2011, p. 34). Y no solo a las disposiciones formales de la CPP, sino al proyecto mismo de la Constitución Política (Durán y Mejía, 2015, p. 16). La CPP es clara en marcar este derrotero:

“Artículo. 51.-

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

(...)

Artículo 38.-

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

(...)

Artículo. 138.-

(...)

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

125

Esta relación de subordinación de la ley a la CPP, como parámetro de legitimación y control de la potestad tributaria, implica que:

“(…) la potestad tributaria del Estado debe ejercerse, antes que en función de la ley, en función de la Constitución –principio jurídico de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución)– y de los principios que ella consagra y que informan, a su vez, el ejercicio de tal potestad. Dichos principios, por otra parte, constituyen una garantía para los contribuyentes, en tanto impone que no se puede ejercer la potestad tributaria en contra de la Constitución ni de modo absolutamente discrecional o arbitrariamente.”³¹ (El subrayado es nuestro).

De ahí que la potestad tributaria del Estado, antes que regirse por el principio de legalidad, está supeditada a la CPP y es en función de ella que el principio

31 STCs 2302-2003-AA/TC (fundamento 31) y 06089-2006-PA/TC (fundamento 49)

de legalidad tiene validez y legitimidad³². Esto es congruente con la jurisprudencia del TC, donde se ha puntualizado que la potestad tributaria debe ejercerse de conformidad con un “principio de constitucionalidad”:

“(...) la potestad tributaria del Estado, a juicio de este Colegiado, debe ejercerse principalmente de acuerdo con la Constitución -principio de constitucionalidad- y no sólo de conformidad con la ley -principio de legalidad-. Ello es así en la medida que nuestra Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51). Según el principio de supremacía de la Constitución todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es lex superior y, por tanto, obliga por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública”³³ (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, el principio de constitucionalidad no se agota en las disposiciones de la CPP, sino que comprende también a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ya que estos tienen rango constitucional (Torres Sánchez, 2015, p. 31), en virtud del artículo 3º, que reconoce derechos constitucionales implícitos e innominados, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP, que establece que la interpretación de los derechos constitucionales sea realice conforme a los tratados de derechos humanos (Rubio y Arce, 2017, p. 87). A esto hay que añadir que el artículo 55º de la CPP establece que los tratados forman parte del derecho nacional.

126

“Artículo 3.-

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Artículo. 55.-

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

32 STC 2302-2003-AA/TC (fundamento 31).

33 STC 2689-2004-AA/TC (fundamento 14), 03625-2009-PA/TC (fundamento 14), 0042-2004-AI/TC (el fundamento 14), 00606-2008-PA/TC (fundamento 9) y 03666-2008-PA/TC (fundamento 10).

Cuarta Disposición Final y Transitoria

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.“

Esta vinculación también ha sido acogida por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 en los términos siguientes:

*“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse **de conformidad** con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.³⁴”* (El subrayado es nuestro).

En esa línea, el TC ha señalado con suficiente claridad que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo están reconocidos jurídicamente en el derecho interno y forman parte de nuestro ordenamiento, sino que también detentan rango constitucional:

*“Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, **dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”**”³⁵*

34 Cabe anotar que la misma norma, con algún agregado, ha sido reproducida en el primer párrafo del Artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado mediante Ley N° 31307 (Nota de edición).

35 STC 0025-2005-PI/TC (fundamento 30). Ver también las STC 05427-2009-PC/TC, (fundamento 10), 0022-2009-PI/TC (fundamento 9), 06316- 2008-PA/TC (fundamento 52), 03343-2007-PA/TC (fundamento 31) y 047-2004-AI/TC (fundamento 61).

De ese modo, los derechos humanos enunciados en los tratados que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico son de obligatorio cumplimiento para los poderes públicos y los vinculan³⁶, pues constituyen parámetros de constitucionalidad en materia de derechos y libertades³⁷.

Ese es el caso específico de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio N° 169, aprobado por Resolución Legislativa N° 26253. De acuerdo con el TC, este tratado complementa, fortalece y consolida las normas sobre pueblos indígenas recogidas en la CPP:

“(...) su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente (...) el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.”³⁸

Este reconocimiento de la validez y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos es una materialización, a su vez, del deber de adecuación de las normas de derecho interno y, en particular, del control de convencionalidad. Como vimos, el artículo 1° de la CADH dispone que los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella “y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. De igual manera, el artículo 2° de la CADH dispone que los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El TC ha reconocido que el Perú, en el marco de sus obligaciones y sus propias disposiciones constitucionales, está sujeto al control de convencionalidad, que incluye a la CADH, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al iuscogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH³⁹. Asimismo, en aplicación del artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP, ha reconocido que el ordenamiento jurídico nacional se

36 Fundamento 25 de la STC 0025-2005-PI/TC. Ver también la STC 047-2004-AI/TC

37 Fundamento 31 de la STC 03343-2007-PA/TC.

38 STCs 03343-2007-PA/TC (fundamento 31) y 0025-2005-PI/TC (fundamento 26).

39 STC 04617-2012-PA/TC (fundamento 5).

encuentra sujeto al control de las normas convencionales.⁴⁰ Incluso, ha reconocido la posibilidad de que exista un control de convencionalidad de las propias normas constitucionales.⁴¹

Cabe precisar que la sujeción al control de convencionalidad también incluye a la parte expositiva de las sentencias de la Corte IDH, con independencia de que provenga de sentencias donde el Perú haya sido parte o no:

*“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato.”*⁴² (El subrayado es nuestro).

Como se puede advertir, el clásico principio tributario de legalidad, fundamentado en la cláusula liberal de autoimposición democrática, ha dejado de ser el eje de validez de la potestad tributaria, en tanto ha sido desplazado por la

40 STC 04058-2012-PA/TC (fundamento 16).

41 STC en la sentencia N° 00156-2012-PHC/TC. En los fundamentos 35 y 36, el TC señala lo siguiente:

“35. (...) El Tribunal Constitucional ha señalado que es competente para controlar las posibles reformas a la Constitución que tienen lugar sin tomar en consideración las exigencias formales de la propia Ley Fundamental, incluso las que pueden verificarse porque son contrarias a los compromisos internacionales de protección de los derechos humanos (control de convencionalidad).

36. No solo la existencia de normas constitucionales inconstitucionales es una cuestión práctica, sino que también la jurisprudencia de la Corte Interamericana demuestra que pueden existir normas constitucionales inconvencionales, es decir, normas constitucionales de los Estados partes de la Convención Americana que pueden contravenir o infringir los tratados internacionales sobre derechos humanos. Como muestra de ello puede citarse la sentencia del Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, fecha 5 de febrero de 2001. En este caso, la Corte Interamericana concluyó que “el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en artículo 13 de la Convención Americana”, porque en ese entonces “el artículo 19 número 12 de [su] Constitución establec[ía] la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determin[ó] los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.

42 STC 2730-2006-PA/TC (Fundamento 12).

CPP y los tratados internacionales sobre derechos humanos, como la CADH. Incluso, la reserva de ley tributaria entendida como una atribución exclusiva al parlamento o a los propios Estados, ha sido relativizada por diversas sentencias de la Corte IDH, en las que se hace un mandato directo a los Estados para que no ejerzan y apliquen su potestad tributaria para gravar las indemnizaciones impuestas por la propia Corte IDH. De acuerdo con Ramos-Fuentes y Masbernat, esto constituiría una excepción al principio de reserva de ley tributaria (2019, p. 434):

“Otro aspecto interesante de destacar es el principio de integridad e intangibilidad de la indemnización, dado que implica una limitación de la potestad tributaria e incluso, en algún sentido, una excepción al principio de reserva de ley tributaria. Este constituye un freno al abuso que el Estado hace del sistema jurídico tributario y de la actividad de los órganos públicos encargados de aplicarlo.”

3.5. La tributación y el ambiente: contornos constitucionales

a. Ideas preliminares

La tributación redefinida en base al principio de solidaridad y al deber de contribuir, puede perseguir fines extrafiscales ambientales, como la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero mediante un impuesto al carbono. Justamente, la tributación puede ser un vehículo que materialice al principio de internalización de costos ambientales y al actuar sobre los agentes económicos mediante de la vía del gravamen, desincentiva la contaminación y los riesgos de daño ambiental (Tarsitano, 2014, p. 33). En esta faceta, la tributación actúa como un instrumento de prevención de daño ambiental.

Por otro lado, la tributación puede contribuir al disfrute efectivo del derecho el medio ambiente sano y equilibrado, al movilizar el máximo de recursos disponibles para ese fin. Por ejemplo, mediante el tributo denominado “contribución” se pueden financiar las acciones de control y vigilancias de áreas naturales protegidas o las cabeceras de cuenca (Trinidad, 2018), las que pueden ayudar a prevenir la deforestación o actividades ilegales como la tala o la minería aluvial. Hay que recordar que el vínculo entre la tributación y el ejercicio de los derechos humanos radica, en esencia, en que la primera genera recursos para bienes públicos que son fundamentales para lograr la plena efectividad de estos derechos (ONU, 2014b, p. 12).

Por eso, coincidimos con Rosembuj (1998, p. 55), por cuanto la tributación es un instrumento de prevención ambiental en sus dos facetas: como instrumento recaudatorio, porque moviliza recursos para cerrar las brechas de financiamiento ambiental donde el principio de prevención juega un rol determinante, como el control y monitoreo de bosques para evitar la deforestación⁴³. Y en segundo lugar porque desincentiva conductas eventualmente dañinas, mediante la incorporación del costo social en el precio de bienes contaminantes en el mercado.

Por otro lado, la tributación puede incentivar comportamientos dirigidos a garantizar el derecho al medio ambiente, como la reconversión productiva verde, la reducción de gases de efecto invernadero o la conservación de la biodiversidad⁴⁴. Como ha señalado Trinidad (2015a, p. 12 y 13), si bien los beneficios tributarios implican una excepción al deber general de contribuir, en base al principio de solidaridad se busca incentivar conductas que contribuyan con los fines colectivos, como la protección y conservación del medio ambiente.

b. Principio tributario de internalización de costos ambientales

La protección del ambiente pone de relieve las limitaciones del mercado para asignar eficientemente los recursos mediante el equilibrio de la oferta y la demanda, logrando un bienestar social óptimo (Moreno-Sánchez, 2012, p. 5). Y es que las soluciones privadas para los problemas ambientales, como acuerdos o contratos, son difíciles de alcanzar, por la disparidad del poder entre las partes, la asimetría informativa, la falta de una estructura de incentivos o los altos costos de transacción (Wieland, 2017, p. 65).

En sentido contrario, por su escala y por sus efectos interindividuales, intergeneracionales, transfronterizos y difusos, los daños a la naturaleza y al ambiente demandan un nivel de intervención que excede al ámbito de la esfera privada y transaccional, y que involucra al Estado y a las diversas manifestaciones del poder público (De Trazegnies, 1994, p. 210).

43 Véase la STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 5.

44 En esa línea, la propia LGA establece lo siguiente:

“Artículo 40.- Del rol del sector privado en el financiamiento

El sector privado contribuye al financiamiento de la gestión ambiental sobre la base de principios de internalización de costos y de responsabilidad ambiental, sin perjuicio de otras acciones que emprendan en el marco de sus políticas de responsabilidad social, así como de otras contribuciones de carácter voluntario.” (El énfasis es nuestro).

Las principales fallas de mercado que se relacionan con el medio ambiente son las siguientes:

- **Externalidades negativas:** son los efectos ambientales que provienen de decisiones de producción o consumo que, por la falta de incentivos, no han incorporado en la estructura de precios el costo del daño ambiental sobre terceros (Kolstad, 2011, p. 92). Al no estar incorporados en el precio, escapan también a la apreciación correcta de la demanda y quedan fuera del control que pudiera proporcionar el equilibrio del mercado (De Trazegnies, 1994, pp. 209). Un ejemplo son las emisiones de gases de efecto invernadero producto de la quema de combustibles fósiles para la generación eléctrica o el transporte.
- **Asimetría informativa:** los daños ambientales no son visibles ni cuantificables en el corto plazo, sino que tienen efectos intergeneracionales y transversales en las diversas dimensiones del desarrollo humano. Para identificar el impacto de estos daños, se requieren de estudios técnicos especializados costosos que no son accesibles para todos, en especial, para los perjudicados por los efectos de la contaminación. Por ejemplo, para determinar el impacto de un derrame de petróleo sobre los servicios ecosistémicos hídricos en el bioma Amazónico se requiere, como mínimo, de un estudio de valoración, con trabajo de campo y asesoría económica y biológica.
- **Bienes públicos:** hay un desequilibrio entre la distribución de los beneficios y costos que provienen de un bien o servicio de la naturaleza. Mientras que los beneficios son de alcance global, no excluyen a terceros y son bienes no consumibles; los costos solo se internalizan en algunos pocos y difícilmente llegan a todos los beneficiarios, generando *free riders* o polizontes. Por ejemplo, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero hecha por un país genera beneficios colectivos en la mitigación del calentamiento global, pero los costos de estas reducciones no se distribuyen entre todos los países (Nordhaus, 2020).

En todas estas fallas hay un problema de costos ambientales: ya sean los costos de externalidades negativas, los costos de acceder a información o los de proveer un bien público ambiental, hay un tercero que los asume sin causa y, por efecto, sin percibir una compensación o retribución a cambio. De ahí que “internalizar” los costos ambientales sea una de las opciones preferenciales

de las políticas ambientales para reestablecer la transparencia del costo, incorporar el costo social, y estimular la conducta o comportamiento económico menos agresivo con el medio ambiente (Rosembuj, 1995, p. 245 y Patón, 2016, 91).

Justamente, uno de los principios ambientales que fundamenta las políticas de corrección, equilibrio y traslación de los costos ambientales es el “principio de internalización de costos ambientales”. Si bien este principio surge de las ciencias económicas como resultado del estudio de los costos sociales derivados del ambiente, ha sido adoptado por el derecho ambiental, especialmente por el área del derecho fiscal ambiental (Mayorga *et al*, 2019, p. 29).

¿Cuál es el objeto de este principio? Busca que los costos ambientales, en términos de costos reales o riesgos, sean internalizados por los sujetos que los generan o que obtienen beneficios no retribuidos del uso o aprovechamiento de bienes y servicios ambientales. En una perspectiva económica, busca que las decisiones de mercado (producción o consumo) incorporen los costos ambientales que generan o utilizan.

Diversos instrumentos internacionales y nacionales utilizan una denominación distinta, en términos de un “principio contaminador – pagador”. No obstante, esta denominación limita el alcance del principio con relación a otras fallas de mercado diferentes a las externalidades negativas. Por ejemplo, la falla de los bienes públicos surge por la dificultad de internalizar los costos de conservar y proveer bienes y servicios ambientales que son fundamentales para una vida digna, debido a que no existen incentivos para distribuir los costos entre todos los beneficiarios. Justamente, la provisión de bienes públicos está en el corazón de muchos problemas ambientales (Berk y Helfand, 2015, p. 50).

Es el caso de la Amazonía y el cambio climático: la conservación de los bosques Amazónicos genera inestimables beneficios globales para mitigar el cambio climático; sin embargo, cualquiera, en cualquier lugar del mundo, puede acceder a ellos libremente, sin el menor esfuerzo (Trinidad y Ortiz, 2019, p. 283). Este patrón no se sigue en los costos de conservar los bosques, que solo se distribuyen entre algunos, en especial, los pueblos indígenas. Diversas políticas climáticas y forestales les imponen limitaciones en el aprovechamiento de los recursos naturales dentro de sus territorios; sin embargo, nadie les retribuye el costo de oportunidad que se deriva de estas restricciones (Trinidad, 2020).

En tal sentido, el principio de internalización de costos ambientales puede fundamentar las políticas ambientales que contribuyan a “internalizar” los costos de la provisión de servicios ecosistémicos sobre aquellos que obtienen beneficios económicos, sociales y ambientales de estos. Por eso, acertadamente la LGA peruana recoge una concepción amplia de este principio e incluye disposiciones que superan la tradicional perspectiva de “contaminador-pagador”, como la posibilidad de que también se internalicen los “riesgos” ambientales o los costos asociados a la vigilancia y prevención ambiental:

“Principio de internalización de costos:

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

*El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.”*⁴⁵ (El énfasis es nuestro)

134

En esa línea, otras normas con rango de ley también reconocen este principio, como la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245⁴⁶, la Ley que crea el Fondo de Contingencia para Remediación Ambiental, Ley 30321⁴⁷ y la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N° 27181⁴⁸.

45 Artículo VIII del Título Preliminar de esta ley.

46 El literal n) del artículo 5° de esta ley establece que uno de los principios de la gestión ambiental del país es la valorización e internalización de los costos ambientales, bajo el principio contaminador – pagador.

47 El artículo 3° de esta ley establece lo siguiente:

“Artículo 3. Responsabilidad de los titulares de las actividades de hidrocarburos

3.1 La responsabilidad de la remediación ambiental corresponde al operador responsable, en base al principio de internalización de costos, la que se exige a través de los mecanismos correspondientes; por consiguiente, los titulares de las actividades de hidrocarburos deben garantizar que al cese o abandono de actividades o instalaciones no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental que les correspondan, de conformidad con el marco legal vigente.”

48 Los artículos 6 y 23 de esta ley disponen lo siguiente:

“Artículo 6.- De la internalización y corrección de costos

6.1 El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros

Si bien este principio ha sido usualmente asociado con los instrumentos económicos, como impuestos o derechos de comercialización, las sanciones y las regulaciones también pueden ser mecanismos de internalización de costos ambientales. De ahí que, como señale Salassa Boix, se pueda afirmar que este principio pueda explicarse en una triple dimensión: la reparadora, preventiva y punitiva (2016, p. 1010 y 1011). De esa manera, el principio de internalización de costos puede materializarse en alguno de los siguientes instrumentos.

Tabla 2

DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE INTERNALIZACIÓN DE COSTOS

Dimensión	Definición	Instrumento
Preventiva persuasoria	Se promueve una conducta ambientalmente deseable mediante la reducción o la exención de una obligación pecuniaria pública	Incentivos económicos
Preventiva disuasoria	Se busca desalentar una conducta contaminante internalizando el costo potencial del daño en el agente que lo genere	Derecho de daños y responsabilidad civil
		Tributos ambientales
Resarcitoria	Busca restaurar, rehabilitar, reparar y compensar un daño ambiental	Medidas correctivas ambientales
		Compensación ambiental
		Derecho de daños y responsabilidad civil
Punitiva	Se busca internalizar el costo social mediante una sanción	Sanciones administrativas, penales

Elaboración propia en base a Salassa Boix (2014, p. 1010 y 1011).

como consecuencia de tales decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

6.2 Cuando la corrección de costos no sea posible, aplica restricciones administrativas para controlar la congestión vehicular y garantizar la protección del ambiente, la salud y la seguridad de las personas.”

(...)

La LGA recoge una concepción amplia del principio de internalización de costos que puede abarcar diversos instrumentos económicos y regulatorios (Patón, 2016, p. 90), sin establecer una preferencia explícita por alguno de ellos. Sin embargo, la LGA parece aludir a dos de las dimensiones de este principio: la preventiva y la resarcitoria. En primer lugar, porque establece una obligación que recae tanto para los que generan riesgos como para los que produzcan daños sobre el ambiente. En segundo lugar, cuando propone la relación de costos ambientales, la LGA incluye a la prevención y vigilancia, así como la restauración y compensación ambiental.

En esa línea, los tributos son uno de los principales instrumentos de internalización de costos ambientales. A diferencia de otros instrumentos económicos, los tributos permiten incorporar los costos ambientales en la estructura de precios de los agentes privados, sin sujetarlos a su voluntariedad, por su preclaro carácter coactivo. Por otro lado, a diferencia de las sanciones u otros instrumentos de comando y control, no requieren de una costosa y compleja infraestructura institucional para evitar los daños ambientales, por lo que son herramientas costo efectivas (Sunstein, 2006, p. 375). Además, son instrumentos que promueven la innovación tecnológica, al darle un margen de acción al agente contaminador para reconvertir su sistema de producción a uno amigable con el medio ambiente (Harding, 2013, p. 135).

136

Además, la tributación puede brindar certeza al mercado al proporcionar un precio a la contaminación (Stern, 2016, p. 107), lo que contribuye con optimizar los niveles de transparencia de la política ambiental, pues los ciudadanos podrán observar si determinados sectores están siendo beneficiados frente a otros, por ejemplo, mediante subsidios fiscales (Harding, 2013, p. 135).

“Artículo 23.- Del contenido de los reglamentos

(...)

c) Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura

Define las pautas para las normas técnicas de diseño, construcción y mantenimiento de carreteras, caminos y vías urbanas.

Define las pautas para las especificaciones y características de fabricación de los elementos de señalización y los protocolos técnicos que aseguran la compatibilidad de los sistemas de comunicación y control de semáforos. Define las condiciones del uso del derecho de vía para la instalación de elementos y dispositivos no relacionados con el transporte o tránsito.

Contiene asimismo las exigencias de internalización y control de impactos asociados al estacionamiento de vehículos en las vías y al funcionamiento de actividades que generan o atraen viajes.”

Estos atributos de la fiscalidad verde para internalizar los costos de la contaminación, generar recursos y desalentar conductas también ha sido puesta de relieve por el “Relator Especial sobre derechos humanos y el medio ambiente” de la ONU que recomendó la aplicación de un impuesto al carbono para enfrentar al cambio climático y financiar las actividades de mitigación y adaptación en los países pobres y no desarrollados (ONU, 2019, p. 29).

Por tal razón, como menciona Rosembuj, la protección ambiental a través de este principio no puede llevarse a cabo, congruentemente, si no es a través del sistema tributario (1995, p. 242). De ahí que un sector de la doctrina considere que este principio se constituye en el ratio iuris de los tributos ecológicos (Patón, 2016, p. 92 y García, 2012, p. 302).

c. Marco convencional del principio tributario de internalización de costos ambientales

Si bien este principio no ha sido desarrollado expresamente por la Corte IDH, sí tendría soporte convencional. Entre los tratados y normas internacionales ambientales utilizados por la Corte IDH para especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la CADH con relación a prevenir daños ambientales, la Corte IDH utilizó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴⁹, la que en su principio 16 dispone lo siguiente:

“PRINCIPIO 16

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.” (El subrayado es nuestro).

No fue la primera vez, ya en la sentencia Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, la Corte había utilizado esta declaración para determinar el contenido de los estándares sobre pueblos indígenas que deben cumplir los Estados cuando

49 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1).

promueven áreas naturales protegidas o instrumentos públicos de conservación de la biodiversidad.⁵⁰ Asimismo, en la sentencia del caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina, la Corte IDH aplicó el Principio 22 de la Declaración de Río para clarificar la relación de las comunidades indígenas y el ambiente en el manejo de sus territorios.⁵¹

Cabe destacar que hay una corriente doctrinaria que plantea que, al igual que los principios precautorio, de prevención y de responsabilidades comunes pero diferenciadas, este principio se han convertido en un principio de derecho internacional público, como resultado de su aplicación en múltiples acuerdos ambientales internacionales (Falcão, 2016, p. 49 y Cotrell y Falcão, 2018, p. 38).

Desde las normas internas, el principio de internalización de costos ambientales no está recogido explícitamente en la CPP. Sin embargo, en base a una interpretación conjunta de los artículos 2, numeral 1⁵² y 22⁵³; 30⁵⁴, 70⁵⁵, 44⁵⁶ y 74^o de la CPP, se puede inferir que, al ejercer la potestad tributaria, el Estado debe respetar y garantizar el derecho a gozar de un medio ambiente saludable, adecuado y equilibrado. Justamente, la LGA ley establece los principios y normas básicas para asegurar el “efectivo ejercicio” de este derecho⁵⁷, recogiendo al principio de internalización de costos ambientales de forma explícita.

50 Caso Pueblos Kalíña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 177 a 179.

51 Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 250.

52 Derecho a la vida y a la integridad física.

53 Derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado.

54 Vigencia de derechos innominados.

55 Derecho a la salud.

56 Deber de garantizar los derechos fundamentales.

57 Precisamente, el artículo 1º de esta norma establece lo siguiente:

“La presente Ley es la norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú. Establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, así como el cumplimiento del deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y lograr el desarrollo sostenible del país.” (El énfasis es nuestro).

De ahí que se pueda afirmar que exista un doble título competencial exigible para la tributación ambientales en el Perú (Patón, 2016, p. 71): en primer lugar, a través del reconocimiento constitucional a un derecho al medio ambiente; y, en segundo lugar, mediante la obligación constitucional de que la potestad tributaria respete y garantice los derechos humanos.

Además, este principio también encuentra fundamento constitucional en el principio de solidaridad, que exige el cumplimiento ineludible de deberes constitucionales con la sociedad y con las futuras generaciones, como es el caso del deber de contribuir “(...) *al sostenimiento de los gastos públicos que genera la reparación y el restablecimiento del medio ambiente dañado*” (Patón, 2016, p. 92). Así, el principio de solidaridad es el fundamento de las prestaciones para proteger los bienes colectivos, en especial, de aquellos que como el ambiente son vulnerables, y una de las prestaciones esenciales es la tributación mediante el deber de contribuir (Herrera Molina, 2000, p. 44). En esa línea, Rosembuj indica lo siguiente:

“El criterio ambiental de la legitimidad y justificación del tributo tiene como soporte el de quien contamina paga, que sirve para denotar la capacidad contaminante y para connotar su contenido económico y social (solidaridad colectiva) de cara al deber de contribuir al gasto público, conforme a la capacidad económica” (1995, 245).

139

En ese sentido, es importante mencionar que el TC ha señalado que mediante la optimización del principio de solidaridad se pueden corregir las posibles deformaciones que el mercado pueda producir⁵⁸, como sería el caso de la falla de mercado de las externalidades negativas que se genera por daños al medio ambiente (Kolstad, 2011, p. 92 y Stiglitz, 2000, p. 96). Por eso, se puede decir que el principio de internalización de costos se concreta “(...) *la solidaridad colectiva como eje básico de colaboración en la función pública de protección del medio ambiente y se conecta con la asignación del coste social del perseguido equilibrio medioambiental*”. (Patón, 2016, 91)

En adición, como hemos mencionado, el deber de contribuir al gasto público en un Estado Constitucional no tiene un carácter meramente neutral, sino que tiene por objeto garantizar el disfrute de los derechos humanos y los bienes

⁵⁸ STCs 0048-2004-AI/TC (fundamento 16) y 00012-2019-131/TC (fundamento 69).

comunes y públicos que permitan su efectividad. Por eso, coincidimos con Rosembuj cuando señala que el deber de contribuir es el fundamento de que la potestad tributaria sea utilizada para cumplir fines ambientales:

“El deber de contribuir al gasto público abarca, en su fundamento, la necesidad de satisfacer, por su intermedio, bienes comunes, generales, indivisibles para el conjunto social. El bien ambiente es uno de ellos, como lo es la defensa, justicia o educación. Y esto siempre ha sido así, lo que pasa es que ahora, ante el riesgo de su degradación irreversible, es cuando su conservación y utilización convoca el ejercicio de la potestad tributaria en la guardia del equilibrio ecológico y los ecosistemas en consideración” (El énfasis es nuestro) (1998, p. 44 y 45).

En esa misma línea, debemos señalar que el TC peruano ha reconocido que este principio es uno de los “elementos que forman parte del contenido constitucionalmente protegido” del derecho al medio ambiente⁵⁹. Asimismo, en la STC 0041-2004-AI/TC el Tribunal utilizó este principio para justificar que una tasa municipal por concepto de arbitrios, que tiene naturaleza tributaria, se determine en función de criterios ambientales:

140

“Para el Tribunal resulta razonable que quien contamina más -por generación de basura y desperdicios-, debe pagar un arbitrio mayor.”

Sin embargo, en las STCs 0048-2004-PI/TC y 00012-2019-131/TC el TC ha sido más explícito sobre la obligación que le asiste a las autoridades nacionales con relación al principio de internalización de costos ambientales:

*“(…) En este orden de ideas, las autoridades nacionales deberán procurar y fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, priorizando el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”*⁶⁰(El subrayado es nuestro).

59 En la STC 2002-2006-PC/TC (fundamento 33), el TC analizó los “elementos que forman parte del contenido constitucionalmente protegido” del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, remitiéndose precisamente al Principio 16, entre otros, de la Declaración de Río, el mismo que recoge al principio de internalización de costos.

60 Fundamentos 21 y 83 respectivamente.

d. Principio tributario de internalización de costos ambientales y el deber de prevención

Como mencionamos, la redacción de la LGA es clara con relación a la finalidad de este principio: los costos sociales de las externalidades negativas ambientales no solo se transfieren en las personas que generen daños sobre el ambiente, sino también sobre aquellos que generen riesgos. Es decir, no solo estamos ante un principio que busque internalizar los costos de restauración y compensación de daños ambientales⁶¹, sino también, o sobre todo, ante un principio de prevención de daños ambientales. Esto queda confirmado por el segundo párrafo del artículo VIII del Título Preliminar de la LGA, que incluye los costos de prevención y vigilancia ambiental, como sería el caso de todos los costos de control y monitoreo de las áreas naturales protegidas o los de control de contaminación sobre la atmósfera:

*“El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.”*⁶² (El énfasis es nuestro)

141

Por eso mismo, nuestra LGA no ha acudido a la denominación usual del “principio contaminador-pagador”⁶³, que parece legitimar el “pagar” por “contaminar” y enfoca la obligación a partir del daño, sino que incluye una fórmula amplia que comprende la obligación de internalizar los costos de los potenciales daños al ambiente en el proceso de producción del agente contaminador (DAR,

61 El TC parece haber querido aludir en la STC 03343-2007-PA/TC (fundamento 5) erróneamente que este principio solo se aplica a los daños:

“Debe enfatizarse que la prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tiene especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad. ¡Y es que, de lo contrario, abusar del principio contaminador pagador, podría terminar por patrimonializar relaciones y valores tan caros para el Derecho Constitucional! En este sentido, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible.”

62 Artículo VIII del Título Preliminar de esta ley.

63 Como sí lo hace el literal n) del artículo 5º de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245.

2015, p. 25). Por eso, como menciona Betancor, este principio es el incentivo más sobresaliente para evitar el daño, porque presupone “(...) *que la perspectiva de afrontar unos considerables costes económicos derivados de la reparación es un mecanismo eficaz y eficiencia de la disuasión*”; de ahí que tenga una finalidad preventiva: al mismo tiempo evita la producción del daño e impulsa al agente a buscar otra opción menos dañina (2014, p. 289 y 299).

Así, este principio ha dejado de ser concebido como un mecanismo esencialmente “reparador” de daños ambientales para convertirse en un mecanismo preventivo. Como menciona la Corte Constitucional de Colombia⁶⁴, este principio ha sido reinterpretado para aproximarse a un entendimiento más comprensivo de la naturaleza y de sus desafíos⁶⁵, en base a un enfoque que se funda principalmente en el concepto de prevención del deterioro ambiental.⁶⁶ Precisamente, en la Sentencia T-080/15, esta Corte fue más enfática sobre el rol preventivo de este principio:

Para comprender el precitado principio de una manera acorde a la Constitución ecológica, la jurisprudencia de esta Corporación lo ha encuadrado dentro del objetivo central de prevención del daño ambiental. Se busca que las personas responsables de una eventual contaminación o de un daño paguen los costos de las medidas necesarias para prevenirla -cuando sea posible-, mitigarla y reducirla. Pero no se trata solamente de “reducir la polución, sino incentivar el diseño de tecnologías amigables con el ambiente y que reduzcan el impacto ambiental de las actividades industriales”, mediante un sistema de informes previos, controles, inspecciones, pagos, multas y sanciones pecuniarias. De esta forma, a lo que se apunta, más allá del pago de una determinada cantidad de dinero, es a ajustar efectivamente el comportamiento de los agentes públicos y privados para que respeten y protejan los recursos naturales

64 Es importante mencionar que Colombia también ha recogido a este principio en una norma con rango de ley, tal es el caso de la Ley 99 de 1993, que establece lo siguiente:

Artículo 1º.- Principios Generales Ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

(...)

7. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables.

65 Véase la Sentencia C-220/11 (Fundamento 2.5.1.1).

66 Véase la Sentencia C-449/15 (Fundamento 6.2).

*El ideal ha de ser entonces brindar unos parámetros científicos y sociales que permitan identificar con la mayor precisión posible las amenazas graves para el medio ambiente y **prevenir las eficazmente.***”⁶⁷ (El énfasis es nuestro)

En esa línea, estamos de acuerdo con la distinción planteada por Betancor y Foy sobre el ámbito temporal en el que este principio opera. Mientras que el principio de internalización opera como un instrumento *ex ante* al daño ambiental, para prevenirlo y darle margen de actuación al agente económico para evitarlo; el principio de responsabilidad opera cuando el daño se ha materializado y es necesario internalizar el costo de restaurar, rehabilitar o compensar (Betancor, 2014, p. 291):

*“En lo que respecta al principio de internalización de costos, conocido como “contaminador pagador”, éste suele confundirse con el de responsabilidad por daño, que implica mayormente un mecanismo de intervención “ex post” al acontecimiento dañoso. En realidad, **el principio en cuestión tiene un carácter de intervención anticipada – “ex ante” – precisamente para evitar externalizar y no tener que responder luego por daños que se evitaron a su debido tiempo**”* (El énfasis es nuestro) (Foy, 2008, p. 235).

143

Justamente, la faz preventiva de este principio se materializa a través de la tributación, pues el objetivo de la fiscalidad ambiental es evitar y prevenir un daño ambiental futuro, operando sobre el comportamiento y la conducta de las personas y empresas para desalentar y desincentivar conductas ambientalmente no deseables. Como menciona Salassa Boix, la tributación no pueden reflejar la dimensión punitiva del principio de internalización de costos, porque los tributos no tienen como hecho generador a un ilícito, ni tampoco puede reflejar la dimensión reparadora porque los tributos no buscan regresar a una situación previa al daño ambiental, ni buscan rehabilitar o restaurar el medio ambiente afectado (2016, p. 1011).

Más bien, el objetivo de los tributos ambientales consiste en desmotivar, desalentar o desincentivar conductas antiecológicas, mediante el incremento de los costos de las actividades o bienes que generan las externalidades negativas ambientales (Salassa Boix, 2016, p. 1013). De ahí que el principio de internalización

67 Fundamento 5.3.4.

de costos y, en general, la tributación ecológica tengan una vertiente estrictamente preventiva (Patón, 2016, p. 91 y 154). Es más, como bien menciona García, el núcleo esencial de la tributación ambiental es la manifestación preventiva del principio de internalización de costos ambientales (2012, p. 306).⁶⁸

4. Conclusiones

Como vimos, la tributación ha sufrido un cambio estructural con el advenimiento del Estado Constitucional. En un Estado liberal, era un instrumento neutral orientado a financiar los gastos generales del Estado, que concebía su relación con los derechos en base a límites. En un Estado Constitucional, con una mayor prevalencia de los derechos sociales, el rol del tributo no se circunscribe a la recaudación. La tributación asegura y garantiza el disfrute pleno de los derechos humanos

En esa línea, el clásico principio tributario de legalidad, fundamentado en la cláusula liberal de autoimposición democrática, ha dejado de ser el elemento esencial de validez de la potestad tributaria, por la preeminencia de la CPP y los tratados internacionales sobre derechos humanos, como la CADH.

144

Con el Estado Constitucional, también ha surgido el principio de la solidaridad que fundamenta el compromiso que todos los ciudadanos asumen con los fines sociales del Estado. Empero, este compromiso va más allá de un vínculo moral, ético o voluntario, pues tiene implicancias jurídicas y políticas concretas, las que se caracterizan en deberes. Justamente, uno de los ámbitos en el que adquiere sustancia el principio de solidaridad es el deber de proteger el medio ambiente.

De esa manera, se puede afirmar que en un Estado Constitucional, la tributación asegura la aplicación del principio de igualdad material y redistribuye el gasto público para superar la desigualdad social y la pobreza. Asimismo, garantiza la movilización del máximo de recursos disponibles para garantizar la efectividad de los derechos humanos. Por eso, a partir de un enfoque de derechos humanos,

68 Cabe indicar que el TC peruano ha señalado que las empresas deben de internalizar ciertos costos sociales y ambientales que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Véanse las STC 00001-2012-PI/TC (Fundamento 50) y 0048-2004-PI/TC (Fundamento 21).

los Estados deben garantizar la vigencia y aplicación del principio de correlación de ingreso y gasto público.

Sin embargo, la tributación garantiza los derechos humanos más allá del financiamiento y la correlación ingreso-gasto. Por ejemplo, a través del principio de internalización de costos ambientales y la fiscalidad ambiental, busca desalentar y evitar riesgos y daños sobre el medio ambiente.

De ahí que la tributación redefinida en base al principio de solidaridad y al deber de contribuir, persigue fines extrafiscales de carácter ambiental en tres dimensiones: (i) genera los máximos recursos disponibles para financiar las acciones y medidas de prevención y protección ambiental, (ii) evita, desalienta y previene daños ambientales mediante el principio de internalización de costos, y (iii) incentiva conductas favorables al medio ambiente, como la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

En esa línea, el principio de internalización de costos ambientales busca internalizar las externalidades negativas que los agentes económicos generan o son susceptibles de generar sobre el ambiente. La LGA recoge una concepción amplia del principio de internalización de costos que puede abarcar diversos instrumentos económicos y regulatorios. Sin embargo, en materia tributaria, este principio tiene una función preventiva, pues busca evitar, prevenir y desalentar un daño ambiental futuro, incidiendo sobre el comportamiento y la conducta de los productores o consumidores.



Bibliografía

- **BERK, Peter y Gloria HELFAND**
2015 *The Economics of the Environment*. Noida: Pearson.
- **BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés.**
2014 *Derecho ambiental*. Madrid: La Ley.
- **COTRELL, Jacqueline y Tatiana FALCÁO.**
2018 *A climate of fairness: Environmental Taxation and Tax Justice in Developing Countries*. Viena: Vienna Institute for International Dialogue and Cooperation (VIDC).

- **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**
 - 2015 C-449/15. Sentencia del 16 de julio de 2015.
 - 2015 T-080/15. Sentencia del 20 de febrero de 2015.
 - 2011 C-220/11. Sentencia del 29 de marzo de 2011.
 - 1999 T-046/99. Sentencia del 29 de enero de 1999.
- **DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES - DAR**
 - 2015 *Los principios ambientales en un Estado Democrático y Constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Consulta: 01 de enero de 2021.
https://www.dar.org.pe/archivos/docs/principios_ambientales_julio15.pdf
- **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando**
 - 1994 “Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental”. *Themis*. Lima, 1994, N° 30, pp. 207-219.
- **FALCÃO, Tatiana**
 - 2016 *A proposition for a multilateral carbon tax treaty*. Doctoral dissertation, Vienna University of Business and Economics, 2016. Recuperado de: <http://permalink.obvsg.at/wuw/AC13710313>
- **FOY VALENCIA, Pierre**
 - 2008 Consideraciones sobre la justicia ambiental en el sistema jurídico peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, (56), 231-247. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9212>
- **GARCÍA NOVOA, Cesar**
 - 2012 *El concepto de tributo*. Buenos Aires: Marcial Pons
- **HARDING, Michelle**
 - 2013 “Impuestos ambientales, otras medidas e innovación”. En: ÁLVAREZ PELEGRY, Eloy y Macarena LARREA BASTERRA (Coordinadores). *Energía y tributación ambiental*. Madrid: Marcial Pons, pp. 133-144.
- **HERRERA MOLINA, Pedro**
 - 2000 *Derecho Tributario Ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*. Madrid: Marcial Pons.
- **KOLSTAD, Charles D.**
 - 2011 *Environmental economics*. New York: Oxford University Press.
- **MAYORGA, P., CUMANDÁ, B., BANDERAS, C., JOSÉ, F., NARANJO, J., VINICIO, G., ORTIZ, S., ALEXANDRA, M.**

- 2019 “Principio ‘quien contamina paga’ y los derechos de la naturaleza en la legislación ambiental ecuatoriana”. *Debate Jurídico Ecuador. Revista Digital de Ciencias Jurídicas de UNIANDES* Vol. 2 / Nro. 1 / enero-abril / Año. 2019.
- Recuperado de: <http://45.238.216.13/ojs/index.php/DJE/article/download/1282/611>
- **MORENO-SÁNCHEZ, Rocio del Pilar.**
- 2012 *Incentivos económicos para la conservación: un marco conceptual*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- **NORDHAUS, William.**
- 2020 *The Climate Club. How to Fix a Failing Global Effort*. Consulta: 01 de enero de 2021.
- Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/unitedstates/2020-04-10/climate-club>
- **ORGANISMO DE LAS NACIONES UNIDAS**
- 2019b Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Olivier De Schutter. Climate change and poverty. General Assembly. Human Rights Council. Forty-first session . Agenda item 3. A/HRC/41/39.
- 2014b Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda. Taxation and human rights. General Assembly. Human Rights Council. Twenty-six session. Agenda item 3. A/HRC/26/28.
- **PATÓN GARCÍA, Gemma**
- 2016 *Fiscalidad ambiental, responsabilidad social y desarrollo sostenible en América Latina. Propuestas para el Perú*. Lima: Thomson Reuters.
- **RAMOS-FUENTES, Gloria y Patricio MASBERNAT**
- 2019 “Asuntos tributarios en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Dikaion*, 28 (2), pp. 404-439. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7113868>. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.2.8>.
- **ROSEMBUJ, Tulio**
- 1998 “Tributos ambientales”. En YÁBAR Ana (Editora). *Fiscalidad Ambiental*. Barcelona: CEDECS.
- **SALASSA BOIX, Rodolfo**
- 2016 “Tributos ambientales: la aplicación coordinada de los principios quien contamina paga y de capacidad contributiva”. *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, diciembre 2016, Vol. 43, N° 3, pp. 1005-1030.

- **SUNSTEIN, Cass R.**
2006 Riesgo y razón: seguridad, ley y medioambiente Gobierno. Buenos Aires: Katz.
- **STERN, Nicholas**
2016 *Why Are We Waiting? The logic, urgency, and promise of tackling Climate Change.* Cambridge: The MIT Press.
- **STIGLITZ, Joseph E.**
2000 *La economía del sector público.* Barcelona: Antoni Bosch Editor.
- **TARSITANO, Alberto**
2014 “Aspectos jurídicos de la imposición ambiental”. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario.* Lima, 2014, N° 57, pp. 7-40, Lima.
- **TORRES SÁNCHEZ, María**
2015 *La potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales.* Tesis para optar por el título de licenciada en derecho. Lima: PUCP, Facultad de Derecho.
- **TRINIDAD ALVARADO, Carlos**
2020 *Cambio climático y pueblos indígenas en el Perú: ¿políticas ambientales o políticas de desarrollo?* Consulta: 06 de julio de 2020.
<https://polemos.pe/cambio-climatico-y-pueblos-indigenas-en-el-peru-politicas-ambientales-o-politicas-de-desarrollo/>
2018 *Aporte por conservación: Las contribuciones para el financiamiento ambiental.* Consulta: 01 de enero de 2021.
<https://www.actualidadambiental.pe/aporte-por-conservacion-las-contribuciones-para-el-financiamiento-ambiental/>
2015 *Incentivos fiscales para la conservación: situación actual.* Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- **TRINIDAD ALVARADO, Carlos y Ernesto ORTIZ**
2019 *Precio al carbono en el Perú: transición energética y justicia climática.* TRINIDAD ALVARADO, Carlos. (editor). Precio al carbono en América Latina. Tendencias y oportunidades. Lima: Fundación Konrad Adenauer, pp. 270-317.
- **WIELAND, Patrick**
2017 Introducción al derecho ambiental. Lima: PUCP.
- **ZAGREBELSKY, Gustavo**
2011 El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta.

Posibilidad de la tributación ambiental en el Perú desde una perspectiva constitucional y legal

✉ DANIEL YACOLCA ESTARES*

1. Introducción

La importancia que hoy en día se percibe en temas como el reconocimiento a nivel constitucional al derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y su perspectiva constitucional, se encuentran, también, de manera especial en sus esfuerzos para garantizarlos. Es decir, hacer posible el establecimiento de instrumentos económicos y jurídicos que dan origen a la tributación ambiental, por medio de los cuales se logra la efectividad en la protección ambiental. Sus ventajas se muestran en países europeos y en algunos países latinos que legislaron dicha tributación. Sin embargo, los esfuerzos de protección ambiental en nuestro país no siempre han obtenido resultados satisfactorios, ni han alcanzado en la actualidad la plenitud que quisiéramos, debido a que se han aplicado solo sanciones administrativas y en escasas oportunidades sanciones penales, que resultan insuficientes.

En este panorama, resulta evidente la necesidad de incorporar la tributación ambiental en nuestro país, para alcanzar resultados óptimos en beneficios de las generaciones presentes y futuras, insertándonos a los objetivos de organismos internacionales como son la OCDE y el CIAT. Dicha imposición debe estar plasmado dentro de una economía verde, que va más allá de la sostenibilidad del planeta con tratados y convenios internacionales o normas dispersas, sino que busca teñir de verde la economía.

* Doctor en derecho y política fiscal. Docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

2. La reciente e incipiente normativa sobre tributación ambiental en el Perú

Es importante recordar que, desde una perspectiva histórica, recién en el año 2005, se comenzó a legislar sobre tributación ambiental, antes no existían normas, ni jurisprudencia, ni mucho menos doctrina en nuestro país, pese a que esta forma de tributación ya se había extendido por toda Europa hace varias décadas. Recientemente florecieron algunos intentos en países latinos como Argentina, Brasil, Colombia, México, Ecuador y Chile.

Las únicas normas que regulaban la protección ambiental antes del 2005 se enfocaban solo desde la perspectiva de tres ramas del derecho, y pese que ya pasaron muchos años seguimos igual: en primer lugar, el derecho ambiental que se reguló en el denominado Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 613, publicado el 08 de setiembre de 1990, con una nula aplicación por parte de las autoridades. En segundo lugar, el derecho administrativo sancionador, regulado por normas sectoriales dispersas que se unificó recién mediante la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Por último, en tercer lugar, el derecho penal que reguló los delitos ecológicos, recientemente incorporados en el Título XIII del Código Penal, modificado por Ley 29263, publicada el 2 octubre de 2008. Todas ellas no han resultado eficaces frente al problema de la contaminación.

150

Desde una perspectiva institucional, durante el año 2005, existía una autoridad ambiental denominada Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAN), que se limitó a realizar un control muy diminuto de la protección del medioambiente.

La regulación incipiente de la tributación ambiental en nuestro país se dio recién a fines del año 2005, mediante la Ley General del Ambiente, donde se reguló la posibilidad de utilizar instrumentos económicos como los tributos para proteger el medio ambiente. Pero a la fecha no se ha reglamentado y menos aún se ha diseñado proyectos por parte del ejecutivo u otra entidad estatal o privada. El único avance ocurrió recién durante el año 2010, con el proyecto de Ley N° 3798-2009-CR de fecha 25 de enero de 2010, que proponía una Ley Marco de la Tributación Ambiental, siendo archivado por el Congreso de la República a pesar de contar con una base científica y que pudo ser la norma pionera en esta materia en Latinoamérica.

Luego, durante el mismo año 2010, mediante Decreto Legislativo N° 1011 – Decreto Legislativo se aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, de este modo, se creó el Ministerio del Ambiente como ente rector de la protección ambiental en el país. Así, se eliminó una serie de instituciones obsoletas e inoperantes, que no protegían el medio ambiente, dado que se encontraban sumidas en trámites engorrosos y competencias superpuestas.

En dicha norma se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), como un ente público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente, encargado de la fiscalización ambiental y de asegurar el adecuado equilibrio entre la inversión privada en actividades extractivas y la protección ambiental, que a la fecha es solo una retórica porque sus sanciones son burladas judicialmente y flexibilizadas por presión mediática de los sectores mineros, petroleros e industriales. Si bien el OEFA es, además, el ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA).

No obstante, es necesario que dicho organismo como los gobiernos locales y regionales, se encuentren alineados con regulaciones administrativas, penales y, sobre todo, instrumentos económicos como es el caso de la tributación ambiental, al momento en que se legisle y aplique en el país. A pesar de estas normas e instituciones, seguimos teniendo una alta contaminación ambiental.

De otro lado, a nivel jurisprudencial, durante el año 2002, el Tribunal Constitucional fundamentó por primera vez la función extrafiscal del tributo, precisando que se justifica su uso al proteger derechos constitucionales como la salud, cuando se encuentra en riesgo constante por una actividad empresarial, puesto que “las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas” (STC N° 009-2001-AI/TC).

3. El tributo y sus fines o funciones constitucionales

Los tributos son recursos necesarios para que los países puedan cumplir con los fines para lo que fueron creados. En nuestro país el concepto de tributo no se encuentra legislado en el Código Tributario, pues solo se encuentra una clasificación del tributo como impuesto, contribución y tasa. Por ello, sin un significado claro de lo que implica estar frente a un tributo, hace que se agudice

la confusión conceptual cuando se trata de tributos extrafiscales. El problema es mayor cuando se discute si estos tributos que no tienen un fin recaudatorio son constitucionales o no. Por lo que este artículo busca ser parte de una reflexión que conduce a la constitucionalidad del tributo ambiental cuya característica se basa no tener un fin recaudador, sino incidir en el cambio de comportamiento hacia el consumo ecoeficiente que proteja el medio ambiente.

La doctrina nos precisa que, “estamos ante un tributo extrafiscal por excelencia como es el caso la tributación ambiental, al asumir en sus elementos estructurales tales objetivos extrafiscales. El hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, el tipo de gravamen, las exenciones totales o parciales, deben presentar una estructura lógica que atienda al propósito extrafiscal de que se trate. El hecho imponible debe ser un hecho de la realidad social demostrativo de una conducta o situación merecedora de corrección o desincentivo, al amparo de los valores constitucionales protegidos, amén de demostrativa, siquiera sea indirectamente, de riqueza gravable” (Lago Montero: 2000: 118-119).

152

Por ende, como nos señala Fernando Antón, “según la Agencia Europea, los tributos ambientales son útiles en tres sentidos: Innovación y competitividad empresarial, creación de empleo y renovación del sistema fiscal” (2008: 829). De lo dicho, fluye con claridad que la tributación ambiental resulta ser necesaria para reducir a un nivel óptimo la contaminación ambiental, respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El concepto de tributo en nuestro país fue delineado por el Tribunal Constitucional como a continuación se señala:

4. Lo anteriormente expuesto se sustentan en la propia definición de lo que técnicamente se entiende por tributo, que aun cuando de modo expreso no haya sido recogida en nuestra legislación, no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina.

Así, el tributo es definido como: la obligación jurídicamente pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley” (Geraldo Ataliba. Hipótesis de Incidencia Tributaria. Instituto Peruano de Derecho Tributario. 1987, p. 37).

A partir de esta noción, podemos establecer los elementos esenciales de un tributo, los cuales son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el ius imperium del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.

(STC N° 3303-2003-AA/TC)

Como vemos el Tribunal Constitucional cita un concepto muy antiguo de Ataliba, que a la fecha ha perdido vigencia, puesto que hoy en día la tributación no solo refleja la función fiscal preponderante, sino la función extrafiscal que desplaza a la fiscal en fines distintos a la simple recaudación. Como señalamos en reiteradas reflexiones anteriores, como ocurre en el caso de la tributación ambiental que desplaza la función fiscal (recaudación) y la capacidad contributiva a segundo grado, por el principio contaminador pagador, quien ocupa el primer grado. La idea central tampoco implica desaparecer la capacidad contributiva, sino concebirla desde la perspectiva del consumo, dado que se trata de grabar bienes que inciden en la contaminación ambiental.

Analizando la realidad de nuestro país, el Tribunal Constitucional ha precisado que el concepto de tributo en realidad es un concepto jurídico indeterminado, que no ha sido constitucionalizado ningún impuesto, por lo que el legislador es libre de someter a imposición que considere, siempre respetando, los principios constitucionales:

6. La Constitución no ha constitucionalizado ningún impuesto, ni tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales. En consecuencia, el Estado, a través de sus órganos constitucionales competentes, es libre de crear la clase de impuestos que considere atendible, sin más límites que los que emanen del propio texto constitucional y, fundamentalmente, del conjunto de principios constitucionales tributarios establecidos en su artículo 74°” (STC N° 2727-2002-AA/TC).

Si bien anteriormente mencionamos que el Tribunal Constitucional hace referencia a un concepto de tributo con contenido netamente fiscal, no obstante, evoluciona hacia un concepto más completo, al sentar como criterio de su doctrina jurisprudencial que el tributo tiene dos funciones. Es decir, la función fiscal y extrafiscal, tal como se puede evidenciar en la Sentencia N° 06089-2006-PA/TC, del 11 de junio de 2007, precisando que:

(...) siendo la función principal del tributo la recaudadora –entendida no como fin en sí mismo sino antes bien como medio para financiar necesidades sociales–, pueda admitirse que en circunstancias excepcionales y justificadas para el logro de otras finalidades constitucionales, esta figura sea utilizada con un fin extrafiscal o ajeno a la mera recaudación, cuestión que, indiscutiblemente, no debe ser óbice para quedar exenta de la observancia de los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria.

En esa línea, como sostiene Cesar Landa “la creación de los tributos extrafiscales representa una nueva forma de entender los tributos desde una perspectiva constitucional, en la medida que aporta un principio de solidaridad al deber de contribuir de los ciudadanos; configurándose, así, en una legítima limitación a los derechos fundamentales. Pero, a su vez, debido a los principios que ordenan el Estado Social y Democrático de Derecho, se debería llevar a cabo un test de proporcionalidad cuando se observe que el tributo extrafiscal limita excesiva o irrazonablemente el contenido esencial de los tributos” (2013: 180).

154

La tributación extrafiscal en nuestro país fue puesta en práctica con la creación del impuesto a las transacciones financieras ITF¹ y que fue declarado constitucional por el Tribunal Constitucional mediante Resolución N° 0004-2004-AI/TC de 27 de setiembre de 2004. En esa línea, el primer tributo ambiental es el impuesto al consumo de las bolsas de plástico² y que a la fecha viene cumpliendo su fin no fiscal. El camino hacia una reforma fiscal verde se ha iniciado en nuestro país y América, porque que se debe crear la seguridad jurídica constitucional para que siga en esa senda.

De lo anterior, podemos afirmar que la tributación ambiental es posible en el Perú tiene fundamento constitucional y legal para crearlo y su aplicación permitiría reducir sustancialmente los efectos de la contaminación ambiental que se provoca en nuestro país, mediante su función extrafiscal en tributos y beneficios.

-
- 1 Aprobado por Decreto Legislativo N° 939 –Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad–, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo N° 947, que modifica el Decreto Legislativo N° 939, publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de enero de 2004.
 - 2 Ley que regula el plástico de un solo uso y los recipientes o envases descartables aprobado por Ley N° 30884 publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de diciembre de 2018. Reglamento del impuesto al consumo de las bolsas de plástico aprobado por Decreto Supremo N° 244-2019-EF publicado en el diario oficial El Peruano 3 de agosto de 2019.

4. Conclusiones

La tributación ambiental, debe respetar los principios constitucionales para su entendimiento y aplicación en la realidad, con algunas modulaciones necesarias frente a la capacidad contributiva y al principio de igualdad tributaria. No obstante, el colegiado constitucional debiera extender la función extrafiscal del tributo, no solo de modo excepcional, sino como regla cuando se trate de tributos ambientales que previene la protección ambiental, por el carácter global del problema de la contaminación ambiental. En efecto, lo que se contamina en nuestro país influye a nivel mundial, del mismo modo, sucede cuando cualquier otro país contamina. Por ello, las soluciones no solo deben presentarse desde el ámbito nacional, sino regional y, por supuesto a nivel mundial, cuya fundamentación lo encontramos en los contenidos de los hitos ambientales y en los principios del derecho ambiental. Caso contrario esta clase de fiscalidad ambiental puede afectar a la libre competencia internacional y, a su vez, perdería su enfoque constitucional.

Por lo tanto, en nuestro país se tiene como base constitucional el criterio del Tribunal Constitucional que el concepto de tributo tiene dos funciones, fiscal y extrafiscal. Delineando el camino para el diseño de la función extrafiscal de los tributos ambientales. Si bien aún no existen los tributos ambientales como parte de una verdadera reforma fiscal verde, si existen algunos tributos extrafiscales como el ITF (bancarización) y el ISC (alícuotas diferenciadas por externalidades negativas), que persiguen objetivos extrafiscales. Últimamente el impuesto que afecta el consumo de bolsas de plástico con resultados positivos.



Bibliografía

- **ATALIBA, Geraldo**
1987 Hipótesis de Incidencia Tributaria. Instituto Peruano de Derecho Tributario.
- **MÉNDEZ MORENO, Alejandro**
2003 “Derecho financiero y tributario”. Parte general. Lecciones de cátedra. 4ª ed. Lex Nova. Valladolid.
- **LANDA ARROYO, Cesar**
2013 “Control constitucional de los tributos con fines extrafiscales en el Perú”. Revista Themis N° 64. Lima.

- **LAGO MONTERO, J.M.**

2000 “El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas”. Aranzadi. Pamplona.

- **CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

2019 Ley que regula el plástico de un solo uso y los recipientes o envases descartables aprobado por Ley N° 30884 publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de diciembre de 2018.

Reglamento del impuesto al consumo de las bolsas de plástico aprobado por Decreto Supremo N° 244-2019-EF publicado en el diario oficial El Peruano 3 de agosto de 2019.

2010 Ley Marco de la Tributación Ambiental, Proyecto de Ley N° 03798/2009-CR. Lima, 25 de enero.

Consulta: 1 de setiembre de 2021.

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/TraDoc_expdig_2006.nsf/5C26E09BB2A7CFDA052574AC005DA5B7/03798?opendocument.

2005 Ley N° 28611. Ley General del Ambiente. Lima, 13 de octubre.

2004 Decreto Legislativo N° 939. Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo N° 947, que modifica el Decreto Legislativo N° 939, publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de enero de 2004.

- **SERRANO ANTÓN, Fernando**

2008 La protección fiscal del medio ambiente en la Unión Europea. El impuesto comunitario sobre productos energéticos. IFA – Perú.

Consulta: 2 de enero de 2013.

http://www.ifaperu.org/uploads/articles/55_01_CT23_FSA.pdf

2008 “La tributación medioambiental en la Unión Europea, Tratado de Tributación Medioambiental”. BECKER, Fernando, CAZORLA, Luis María, MARTÍNEZ-SIMANCA, Julián. Directores. IBERDROLA. Thomson Aranzadi. Pamplona.

La ausencia de regulación normativa de la protección jurídica de los animales en la Constitución Política del Perú

✍ BEATRIZ FRANCISKOVIC INGUNZA*

1. Introducción

Por medio de este trabajo se analizará la situación jurídica de los animales en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestra Constitución Política. Esta inquietud surge, en virtud, de la expedición de la sentencia de inconstitucionalidad (Expediente Nro. 00022-2018-PI/TC) sobre la primera disposición complementaria final de la Ley 30407 (09 de enero de 2016) que excluye de su aplicación a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial.

Del contenido de la sentencia citada se advierte que, de los siete magistrados, cuatro señalaron que nuestra constitución no regula expresamente la protección a los animales, mientras que para los otros tres restantes, sí se encontraban protegidos al prescribir en el artículo 68° “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”, específicamente, al señalar que el Estado se encuentra obligado a promover la diversidad biológica.

* Abogada y Magister en Derecho Civil por la USMP, Doctoranda en Derecho por la UNMSM, Docente Universitaria de Científica del Sur.

Por ello, resulta importante precisar esos alcances. Se partirá por precisar cómo se encuentran regulados los animales por el Derecho a nivel internacional y nacional, la regulación de los animales en las constituciones a nivel internacional y nacional y los alcances de la expresión biodiversidad biológica.

2. La regulación de los animales en el Derecho

Se debe precisar que la temática animal es bastante amplia, su estudio involucra a varias disciplinas tanto de las ciencias naturales (medicina, veterinaria, zoología, zootecnia, biología, etc) como a las ciencias sociales (antropología, psicología, filosofía, y etc.) Dentro de las ciencias sociales ubicamos a la disciplina del Derecho.

A través de este comentario se abordará la causa animal desde el punto de vista jurídico. Se responderá a varias preguntas al respecto: cómo han sido y son actualmente considerados los animales por el Derecho. A qué animales nos estamos refiriendo. Cómo se encuentra la situación de estos en el Derecho Comparado y en nuestro país.

158

Para el Derecho, los animales en general, han sido considerados como simples bienes muebles, semovientes, por su capacidad de desplazarse por sí mismos, de un lugar a otro.

Al señalarse a los animales en general, se quiere decir que dicha expresión abarca a un sin número de especies de animales, desde los invertebrados, vertebrados, los domésticos, silvestres, de compañía, entre otros. En este comentario se hará referencia de los animales en general, es decir, a todos los animales.

Es así que los animales, en general, han sido y siguen siendo considerados para el Derecho, en la gran mayoría de los países del mundo como simples bienes muebles, como semovientes. Los animales son considerados simples objetos de derecho, y como tal, el ser humano puede ejercer sobre ellos todos los atributos que le confiere el Derecho de propiedad.

El ser humano los puede usar como mejor les parezca, disfrutar y aprovecharse económicamente de ellos, disponer de ellos, abandonarlos, explotarlos, maltratarlos, tratarlos con crueldad, sufrimiento y agonía, etc.

Sin embargo, está situación a nivel mundial, en algunos países del mundo, esta y viene cambiando, y se les está brindando una protección especial (no

como sujetos de Derecho) sino que se les está reconociendo (mero reconocimiento expreso y declarativo) en su condición de ser seres sintientes, dotados de sensibilidad que merecen buen trato y protección. (Posteriormente detallaremos al respecto)

Se expresa, que se trata solo de un reconocimiento meramente formal y declarativo, pues, ha sido de conocimiento público, por otras disciplinas de las ciencias naturales, que todos los animales sienten.

Por ejemplo, en el año 1854, Casas de Mendoza¹, precisaba: “Los animales sienten en todos sus órganos, ninguna parte de su cuerpo es de hecho insensible, pues el tejido en que el simple contacto no determina ninguna impresión, una herida, una distensión o la inflamación le hacen manifestar su sensibilidad. El ejercicio de esta facultad requiere condiciones indispensables: son necesarios nervios, nervios intactos y en los que nada interrumpa su comunicación con el cerebro; [...] Todos los cuerpos vivos son sensibles, la sensibilidad es el poder sentir, y las sensaciones son este poder en acción”

En 1858, Sanpedro² señalaba “Los animales vivos están dotados de sensibilidad perceptible, al paso que los vegetales carecen de ella. Los animales sienten el dolor y el placer, del que huyen y al que se aproximan guiados por su instinto; los vegetales no tienen estas sensaciones. Los animales tienen la voluntad de moverse voluntariamente, y los vegetales no se mueven del sitio donde nacieron sino se ven impelidos por una mano extraña”

“Los animales, por regla general, sufrimos dolor. La explicación tiene una base neurológica. La mayoría de las especies animales cuenta con receptores de daño o nociceptores, los cuales captan información que es transmitida al cerebro por medio de la médula espinal. Dichos impulsos son canalizados por fibras C que quedan sujetos a dos controles, el de la misma medula espinal, y el del cerebro. Los controles antes enunciados regulan si la información captada por los nociceptores llegará o no al cerebro entregando la noticia dolorosa (Mosterín, 2013, p. 252). Si la información llega al cerebro, será transmitida entre neuronas,

1 Casas de Mendoza, N. (1854). *Elementos de fisiología comparada de los animales domésticos* (2 ed.). (A. Calleja, Ed.) Universidad Complutense de Madrid, p. 77

2 Sanpedro, G. (1858). *Tratado elemental completo de Anatomía general y descriptiva de los animales domésticos* (Tercera ed., Vol. Tomo I). Madrid: Imp. de T.Fortanet. p. 9

esencialmente por dos neurotransmisores: glutamato y sustancias P. La noción de dolor controlado conforme a la descripción precedente fue formulada en 1965, y desde entonces ha tenido aceptación y conformidad en la comunidad científica (Melzack y Wall, 1965, 971-979)”³.

Por ello, lo establecido en los Tratados Internacionales, Constituciones y Códigos Civiles extranjeros, que los animales no son cosas, son seres sintientes o dotados de sensibilidad, que se detallaran líneas abajo, constituye una mera expresa afirmación de lo que se conocía y fue estudiado por otras ciencias, las ciencias naturales. Afirmación que cayó en el olvido para el Derecho, pues, como se señaló líneas arriba en la mayoría de países del mundo siguen siendo catalogados como simples bienes muebles, por lo que el Derecho les debía una “nivelación reparadora”. Siguiendo a Alfredo Gonzalez Prada en su tesis de Jurisprudencia para obtener el Grado de Doctor en la Universidad Nacional de San Marco con su tesis intitulada el Derecho y el Animal del año de 1914, podemos afirmar “Todos los seres tienen en igual grado el derecho a la existencia. Toca al Derecho realizar la nivelación reparadora”⁴.

160

Posteriormente, veremos cómo los países que integran la Unión Europea, vienen optando por la des cosificación de los animales, aunque sin precisar qué son, es decir, sin señalar a que categoría jurídica del Derecho pertenecen. Aun ahí se viene contemplando que los animales merecen protección, merecen un buen trato.

3. La categoría jurídica de los animales: objeto, sujetos o sujetos de protección legal

Reiteramos que la enumeración de los animales es extensa, se trata de una variedad inmensa de especies de animales (invertebrados, vertebrados, reptiles, aves, peces, anfibios, insectos, mamíferos, domésticos, de compañía, salvajes, silvestres, etc. y etc.). Ante esta variedad y diversidad se les está dando un trato de manera general, es decir, a todos por igual.

3 Aleskov, DV. Hacia una teoría ética para animales humanos y no humanos. En Revista de Bioética y Derecho. Número 51, marzo de 2021, páginas 157-171. Universitat de Barcelona, Observatorio de Bioética y Derecho. DOI:10.1344/rbd2021.51.30551Principio del formularioFinal del formulario

4 Gonzales Prada, A. (1914). *El Derecho y el animal*. Calonge. Lima. S/n.

Los animales como objeto de Derecho: Como se ha expresado anteriormente, los animales han sido considerados y siguen siendo considerados como simples objetos de derecho. Es decir, se trata de una cosa material que se puede usar, que se puede maltratar, que el ser humano puede apropiarse, aprovecharse de él por medio de su consumo, usarlos en el trabajo (como medio de carga), usarlos para la investigación (visección, disección), explotación, se sirve de lo que brinde y produce, se sirve de su piel, de su carne, leche y etc. Como todo objeto de Derecho, también rinde utilidad económica al ser humano, y se encuentra dentro del comercio de los hombres. El ser humano también se distrae con ellos, los caza, los persigue, los utiliza para sacrificarlos y también para su distracción (circo, zoológico, pelea de toros, pelea de gallos, el jala pato, etc.), como objeto de Derecho puede disponer de ellos, los vende, los mata, el ser humano los trata como quiera y les parezca. Estas son unas de las consecuencias de ser simple bienes muebles.

Y si bien a nivel mundial la situación de algunos de estos está cambiando, por ejemplo, en algunos países se viene prohibiendo la industria peleteras: En Reino Unido desde el año 2000 existe la Ley de prohibición de las granjas de pieles, está prohibido desde el año 2017 en Croacia, Holanda y Noruega, y desde el año 2019 en República Checa. Se está prohibiendo la industria circense en: Bulgaria, Costa Rica, Israel, Singapur, Bolivia, Croacia, Chipre, Colombia, Nicaragua, Suecia, Austria, Costa Rica, Perú, Finlandia, Inglaterra, Madrid y 10 comunidades autónomas. Y también, en la Unión Europea se ha aprobado la prohibición de testar cosméticos en animales, lo que se haría efectivo en dos fases. La primera, implementada el 11 de marzo del 2009, que hizo ilegal: experimentar ingredientes cosméticos en animales, en cualquier lugar de la UE, independientemente de la existencia de una alternativa válida, la venta o importación a la UE de cualquier ingrediente para usar en cosméticos (o los cosméticos finalizados) experimentados en animales después de esa fecha. Se prohíbe la venta y el márketing de estos productos. Sin embargo, tres tipos de experimentos con animales eran excluidos de esta prohibición; cuya ilegalidad se hizo efectiva en la segunda fase, a partir de marzo de 2013.

Y, en Latino América, Colombia, mediante la Ley 2047 del 10 de agosto de 2020, se ha convertido en el primer país en prohibir las pruebas de cosméticos en animales. Dicha ley entrará en vigencia en cuatro años, es decir, recién en el año 2024, país que se está uniendo a otras 40 naciones, entre ellas Reino Unido,

Nueva Zelanda e Israel, que le han puesto freno a esa problemática. Los otros animales siguen siendo considerados, sin más, como bienes muebles, olvidándonos de su capacidad de sentir.

Los animales: ¿sujetos de derecho?: Lo cierto es que aún a pesar de haberse modificado varios ordenamientos jurídicos civiles de algunos países de Europa, no se declara qué categoría tienen. Así, por ejemplo, Austria desde el 1 julio 1988 regula en el artículo 285°: Los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones referidas a las cosas se aplican a los animales, en caso de no existir una previsión diferente”

Alemania desde el 20 agosto de 1990 establece en el artículo 90a: “Los animales no son cosas. Están protegidos mediante leyes especiales. Se les aplicarán las disposiciones vigentes para las cosas, siempre que no haya otra previsión”.

En Nueva Zelanda, desde el 21 de mayo de 2015, se aprobó una enmienda añadida al Animal Welfare Amendment Bill, la misma que enuncia que los animales al igual que los humanos, son seres “sintientes”.

162

República Checa en el artículo 494° regula que “Los animales vivos no son objetos; las disposiciones relativas a los objetos se aplicarán a los animales sólo si esta previsión no es contraria a la naturaleza del animal”

Francia desde el 28 de enero de 2015 prescribe, en el artículo 528° “Los animales de compañía serán considerados como seres vivos dotados de sensibilidad” (solo los animales de compañía) y en el año 2016 el Código Civil de Portugal y desde diciembre del año 2017 Código Civil de la comunidad de Cataluña.

Como se señaló, todos estos ordenamientos jurídicos civiles señalan que no son cosas, pero, tampoco señalan que categoría tienen y menos, que pueden ser categorizados como sujetos de derecho.

Al respecto, que no sean sujetos de Derecho, se señala que está bien, (se explicará) pues, los animales en general, para merecer protección legal, no necesitan ser considerados como sujetos de Derecho, no resulta necesario nivelarlos a la condición de ser sujetos de Derecho, y no por ser menos o inferiores que el ser humano, sino porque, existen diferencias estructurales que les impide ser portadores de derechos y obligaciones y menos cuentan con las capacidades para poder ejercerlos.

Diferencias estructurales entre los animales y el ser humano:

Se señalará las diferencias establecidas que existen entre el ser humano y los animales; no, por resaltar la supuesta superioridad del ser humano, ni por considerar al ser humano una especie superior que los animales, sino, porque estas distinciones permitirán comprobar la dificultad y amplitud de la temática o causa animal.

“El ser humano se diferencia de los animales en especie, no en grado y esa diferencia insalvable es que permite que pueda mirarse con respecto a los animales”⁵.

“Las diferencias principales que se detallarán son obtenidas del libro “El Hombre y el animal. Nuevas Fronteras de la Antropología” como de una entrevista realizada por la agencia de información internacional sin ánimo de lucro zenit.org y de un programa español “Lágrimas en la lluvia”⁶ en la que se trata del tema: Derechos de los animales y se conversa, entre otros invitados de primer nivel, con el autor del libro mencionado, el sacerdote, Licenciado en Derecho y Doctor en Filosofía, el profesor Leopoldo Prieto López. Así se puede precisar las siguientes diferencias:

- i) El ser humano se conduce por sí mismo, bajo la guía de la razón, que propone motivos a la voluntad, por medio de ello se gobierna a sí mismo. El animal, en cambio, es conducido por el instinto, que es puesto en movimiento por los excitadores orgánicos que reaccionan ante los estímulos del medio ambiente;
- ii) La inteligencia del ser humano es el modo de relacionarse con las cosas. La conducta de un animal es más certera y precisa cuanto más depende de la determinación unívoca que es propia del conocimiento sensorial y del instinto;

5 De Prada Blanco, Manuel. (2014) Expresiones del conductor del programa <https://www.youtube.com/watch?v=0t1NtgyDEk>

6 De Prada Blanco, Manuel. (2014) Programa de televisión española “Lágrimas en la lluvia” moderado por Juan Manuel de Prada. <https://www.youtube.com/watch?v=0t1NtgyDEk>

- iii) La inteligencia es el modo de relacionarse con las cosas (las posee, puede aprovecharse de ellas, las disfruta, puede disponer de ellas y entablar relaciones jurídicas con otros sujetos de derecho teniendo como objeto a los bienes). El animal no es inteligente, aunque tiene una inteligencia práctica. La conducta curiosa de estos animales no es de naturaleza intelectual. En el animal el conocimiento se limita a ejercer la función de un estímulo que pone en marcha el comportamiento;
- iv) El ser humano posee el lenguaje como modo propio de comunicación de un conocimiento intelectual (abstracto, o como también se llama, simbólico) de manera que el conocimiento inteligente es exclusivo del hombre, igualmente lo es el lenguaje. El hombre comprende. El animal se comunica con otro animal en base a su “lenguaje” pero no es capaz de considerar la naturaleza de los objetos descubiertos en la exploración; El animal tiene un mensaje tras su lenguaje, se expresan a través de sus idiomas indescifrables para los humanos;
- v) El ser humano tiene voluntad, tiene un apetito por las cosas dominado por un conocimiento abstracto, el animal no tiene un apetito por las cosas, tampoco tienen un conocimiento propiamente abstracto;
- vi) El ser humano, siguiendo una extraña exigencia extra biológica, manifiesta en su propio cuerpo un sistemático rechazo a quedar aprisionado por unas formas orgánicas especializadas, en cambio el animal se adapta al medio ambiente, es una ley fundamental de la biología, los animales, en mayor o menor medida, están adaptados morfológicamente y funcionalmente al propio hábitat;
- vii) El ser humano trasciende el medio ambiente, se distancia de él, transforma y domina. Tiene memoria y previsión, adquiere formas de conocimiento. Recuerda y tiene proyectos. El animal vive en su mundo circundante, único espacio vital en el que, dada su constitución específica pueden sobrevivir;
- viii) El hombre, se hace cargo del futuro. La expectativa del futuro. La incertidumbre del futuro le depara un número inagotable de preocupaciones y aflicciones, El animal vive atrapado en la estrechez del presente, sin poder cuestionarse los problemas que le podrán venir. La sensación de hambre se soluciona con búsqueda olfativa. Vive inmerso en el tiempo. La muerte no les preocupa;

- ix) El hombre es una unidad profunda de cuerpo y alma. De manera que el cuerpo humano no es un cuerpo simplemente animal, sino humano, por lo que en él se manifiesta, aunque de un modo indirecto, aspectos característicos de la racionalidad y espiritualidad de su alma, en cambio, la función del conocimiento en el animal queda, pues, circunscrita a notificar la presencia en el mundo circundante de algún objeto (cosa o animal) capaz de estimular una determinada actividad, pero sin llegar a obtener un verdadero conocimiento del objeto;
- x) El ser humano no depende, radicalmente hablando, de ciertos actos que se realizan, sino de un particular modo de ser, o mejor, de la posesión de una específica naturaleza que los posibilita. En el animal en cambio, el instinto consiste en la conjunción de una actividad (hacia la que el animal se encuentra genéticamente predeterminado) puesta en marcha por un factor desencadenante o excitador;
- xi) El ser humano es un ser de naturaleza racional, realice actualmente o no operaciones de esa índole. La personalidad pertenece sólo a los seres racionales. Pero hay que entenderla como un modo de ser, como una naturaleza, no solo como un tipo de actos que emanan de ella. La conducta alimenticia, sexual, agresiva, etc., de estos individuos se pone en marcha cuando se dan las circunstancias biológicamente significativas que propician cada tipo de comportamiento. Los estímulos desencadenantes están predeterminados genéticamente y dictan al animal algunas pautas fijas de conductas; en cambio, la psicología animal gravita enteramente en torno a la conducta y no tanto al conocimiento. Especialización animal es el estrecho ajuste existente entre estímulos, receptores, efectores y objetos de los que parten los estímulos. Por eso logra el animal una perfecta adaptación tanto morfológica como de la conducta a su mundo circundante. La conducta de animal como una simple reacción de respuesta a factores de índole externa, responde a una excitación fisiológica biológicamente significativa.

Después de advertir estas diferencias que existe entre el ser humano y los animales (sin considerarnos mejor o superiores a ellos), se llega a la conclusión que todos los animales merecen protección legal, que el ser humano debe dejar de considerarlos como simples bienes muebles, y que el Derecho debe reconocer

esa protección para de eso modo evitar su sacrificio, sufrimiento y agonía innecesaria.”⁷

Los animales no deben seguir siendo simples bienes muebles, merecen una protección establecida por ley. No deben ser siendo considerados como simples objetos de Derecho y tampoco pueden ser considerados sujetos de Derecho, corresponde al Derecho, concederles una protección de ser sujetos de protección Legal.

4. La situación de los animales en el Derecho Europeo.

Se pasará a detallar cuál es la situación de los animales en el Derecho Europeo: “El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor en toda Europa [...], el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”⁸. Este Tratado (después de varias modificaciones al Tratado de Lisboa, 2007 – Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, 1992) en el artículo 13 establece que “al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles⁹, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”

En el capítulo 3 prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados Miembros. precisa en el artículo 36 (antiguo artículo 30 TCE): “Las disposiciones de los artículos 34 [(antiguo artículo 28 TCE) -Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.] - y 35 [(antiguo artículo 29 TCE) precisa que “Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente] no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y

7 Estas diferencias han sido citadas en un comentario (aun no publicado) para la Revista de Derecho Privado del Taller José León Barandiarán

8 García, Enrique A. (2018) “El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español” LaLeyDigital. S/N

9 El subrayado es nuestro

seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales¹⁰, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.”

Con la expedición de esos Tratados se comprueba que desde el año 2007 los países que integran la Unión Europea han reconocido expresamente tener en cuenta el bienestar de los animales en su condición de seres sensibles.

Así también se puede advertir, que las Constituciones de Austria, Suiza y Alemania como las Constituciones de Ecuador, Brasil y Bolivia también hacen referencia a la protección de los animales. Paralelamente, otros países del mundo han modificado sus ordenamientos jurídicos civiles, señalando expresamente que los animales no son cosas son seres dotados de sensibilidad.

La Confederación Suiza en el año 1978, mediante una Ley federal de protección animal, prescribió reglas de conducta que deben ser observadas en el trato con los animales [...] para asegurar su protección y bienestar” (art. 1.1). En el año 2000 fue incorporado el artículo 80° de la Constitución, dentro de la sección 4 denominada como: Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, prescribiendo expresamente: Protección de los animales. La legislación sobre la protección de los animales es competencia de la Confederación. En particular, se señala que la legislación federal regulará:

- a. La custodia de los animales y los cuidados que deban dárseles;
- b. La experimentación con animales y los atentados a la integridad de animales vivos;
- c. La utilización de animales;
- d. La importación de animales y de los productos de origen animal;
- e. El comercio y transporte de animales;

10 El subrayado es nuestro

- f. La matanza de animales. La ejecución de las prescripciones federales incumbe a los cantones, salvo que la ley reserve expresamente la competencia de la Confederación (BGB, 2000).

Posteriormente, el 26 de julio del año 2002, Alemania incorporó el apartado A al artículo 20° de la Constitución, disponiendo textualmente: “Consciente también de su responsabilidad hacia futuras generaciones, el Estado protege las bases natales de la vida y los animales dentro del marco del orden constitucional vía legislativa, y de acuerdo con la ley y la justicia, por el poder ejecutivo y judicial”.

Asimismo, en el año 2004, la Constitución de Austria incorporó en el artículo 11.1 una disposición señalando que el Estado protege la vida y el bienestar de los animales porque los seres humanos tienen una responsabilidad especial hacia los seres prójimos. “La modificación jurídica efectuada en Austria despertó un gran interés y tuvo una inmediata repercusión en Alemania sobre todo respecto a la protección animal” (Giménez-Candela, 2012).

168

En América Latina, en el año 2017, la Constitución de la República Federativa de Brasil¹¹ mediante enmienda constitucional número 96 del día 7 de junio de ese año, incorporó el párrafo 7 al artículo 225 de la Constitución Federal para determinar que las actividades deportivas que usan animales no se consideran crueles, siempre que sea bajo las condiciones que especifica.

Dentro del Capítulo VI denominado Del medio ambiente en el artículo 225 señala expresamente: “Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, el cual es un bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable. El Poder Público y la colectividad tienen el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”. Artículo VII – proteger la fauna y la flora, quedando prohibidas, de acuerdo con la ley, las prácticas que pongan en peligro su función ecológica que provoquen la extinción de especies o que sometan a los animales a tratos crueles¹². En el párrafo 7, incorporado, se dispone que “a los efectos de lo dispuesto en la parte final del apartado VII del párrafo 1 de este artículo, las prácticas deportivas

11 [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E25F5E2E32072B710525802D007BEF2C/\\$FILE/ConstituicaoTextoAtualizado_EC92.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E25F5E2E32072B710525802D007BEF2C/$FILE/ConstituicaoTextoAtualizado_EC92.pdf). recuperado: el 18 de abril de 2021.

12 El subrayado es nuestro

que utilicen animales no se consideran crueles, siempre que sean manifestaciones culturales, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 215 de esta Constitución Federal, se registran como bienes de naturaleza inmaterial que forman parte del patrimonio cultural brasileño y deben estar reguladas por una ley específica que garantice el bienestar de los animales involucrados.”

El 15 de septiembre del año 2016, mediante Decreto, se expide la Constitución Política de la Ciudad de México. “La Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, reunida en la antigua sede del Senado de la República en Xicotécatl, en virtud de los artículos Séptimo, Octavo y Noveno Transitorios del Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, ha tenido a bien expedir la siguiente: Constitución Política de la Ciudad de México:

Artículo 13 -Ciudad habitable-¹³.

“A. Derecho a un medio ambiente sano:

1. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. Las autoridades adoptarán las medidas necesarias, en el ámbito de sus competencias, para la protección del medio ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico, con el objetivo de satisfacer las necesidades ambientales para el desarrollo de las generaciones presentes y futuras.
2. El derecho a la preservación y protección de la naturaleza será garantizado por las autoridades de la Ciudad de México en el ámbito de su competencia, promoviendo siempre la participación ciudadana en la materia.
3. Para el cumplimiento de esta disposición se expedirá una ley secundaria que tendrá por objeto reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza conformada por todos sus ecosistemas y especies como un ente colectivo sujeto de derechos.

¹³ http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5470989&fecha=05/02/2017. Recuperado: el 18 de abril de 2021

B. Protección a los animales:

1. Esta Constitución reconoce a los animales como seres sintientes¹⁴ y, por lo tanto, deben recibir trato digno. En la Ciudad de México toda persona tiene un deber ético y obligación jurídica de respetar la vida y la integridad de los animales; éstos, por su naturaleza son sujetos de consideración moral. Su tutela es de responsabilidad común.
2. Las autoridades de la Ciudad garantizarán la protección, bienestar, así como el trato digno y respetuoso a los animales y fomentarán una cultura de cuidado y tutela responsable. Asimismo, realizarán acciones para la atención de animales en abandono.
3. La ley determinará:
 - a. Las medidas de protección de los animales en espectáculos públicos, así como en otras actividades, de acuerdo a su naturaleza, características y vínculos con la persona;
 - b. Las conductas prohibidas con objeto de proteger a los animales y las sanciones aplicables por los actos de maltrato y crueldad;
 - c. Las bases para promover la conservación, así como prevenir y evitar maltratos en la crianza y el aprovechamiento de animales de consumo humano;
 - d. Las medidas necesarias para atender el control de plagas y riesgos sanitarios, y
 - e. Las facilidades para quienes busquen dar albergue y resguardo a animales en abandono”.

La Constitución de la Republica del Ecuador¹⁵, en la sección novena, Personas usuarias y consumidoras, Capítulo cuarto Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, establece en el artículo 57 “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones

14 El subrayado es nuestro

15 [Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf \(ambiente.gob.ec\)](#). recuperado: 16 abril 2021.

y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

[...] 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

[...] 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.”

Dentro del título VI del Régimen de Desarrollo, Capítulo tercero-Soberanía alimentaria, artículo 281, establece “La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado: (...) 7. Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable.”

171

Bolivia¹⁶ en su Constitución Política del Estado, artículo 189. Establece: Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley: 1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales. [...]

Dentro del capítulo primero de las relaciones internacionales, prescribe en el artículo 255. I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado

¹⁶ Constitución Política del Estado.pdf (state.gov). recuperado: 14 de abril 2021

en función de la soberanía y de los intereses del pueblo. II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: [...] 7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva. En el artículo 302. I. establece que son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción: 5. Preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y recursos naturales, fauna silvestre y animales domésticos.

Se ha plasmado la regulación de algunas Constituciones de otros países y se advierte que se regula la protección específica para todos los animales en general, pues, no se hace diferencia a quienes se refiere, por lo que se entiende que se refiere a todos por igual. En nuestro país la situación ha sido diferente.

5. La regulación de los animales en nuestras Constituciones

172 A nivel nacional la situación es distinta, la Constitución Política de 1933 ni la de 1979 prescribieron algo respecto a la protección de los animales, empero, nuestra Constitución actual, si bien no regula expresamente la protección a los animales, en el artículo 68 de la Constitución textualmente establece, que “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

Es así que se podría afirmar que la conservación de la diversidad biológica alcanza a los animales, sin embargo, la redacción un tanto abierta de la Constitución ha generado opiniones distintas entre los integrantes del Tribunal Constitucional, tal como se ha señalado en la parte introductoria del presente comentario.

La Constitución Política de 1933 no se refiere a los animales, a los recursos naturales ni al medio ambiente. En el título II, denominado “Garantías Constitucionales”, Capítulo I, “Garantías Nacionales y Sociales”, en el artículo 37° establecía que: “Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares”.

En la Constitución Política de 1979, se advierte que, dentro título III “Del Régimen Económico”, Capítulo II “De los Recursos Naturales” específicamente en el artículo 123°, se hace referencia al derecho de habitar en un ambiente saludable. Dicho artículo prescribe: “Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.”

Según lo descrito, la Constitución del 1979 reconoce y concede a todos los peruanos, el derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para la vida y, al mismo tiempo impone la obligación de conservar y proteger el paisaje y la naturaleza. Señalando expresamente que el Estado es el encargado de prevenir y controlar la contaminación ambiental, empero, en cuanto al tema específico de los animales no se hace mención alguna.

Nuestra Constitución Política actual, de 1993, establece, dentro del Título I “De la Persona y de la Sociedad”, capítulo I, “Derechos Fundamentales de la Persona”, artículo 2 inciso 22, que toda persona tiene Derecho “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.”

Se considera como un Derecho Fundamental el derecho a la paz, la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre como al descanso, como el de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

El artículo 68°, dispone que “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

Se advierte que se concede importancia al medio ambiente, a la diversidad biológica como a las áreas naturales protegidas. Sin hacer mención expresa alguna de los animales. Empero, de una interpretación extensiva de la norma se debe comprender que de alguna manera se los contempla al señalarse de manera general al medio ambiente, ya que los animales forman parte de la naturaleza e integran el ambiente que rodea al ser humano.

Es decir, explícitamente no se hace referencia alguna al tema de los animales, únicamente en el artículo 68°, establece que “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

Advirtiendo esta ausencia explícita de protección a los animales, pero, estando al término diversidad biológica, se pasará a detallar qué se entiende y cuáles son los alcances de dicha expresión, para llegar a concluir si es que resulta necesario o no una regulación taxativa que promueva la protección a los animales que les garantice un buen trato, bienestar, no maltrato ni actos de crueldad innecesarios.

6. La Diversidad Biológica: Alcances

Se advierte que nuestra Constitución vigente, establece que el Estado está obligado a promover la diversidad biológica. Se precisará qué se entiende por dicha expresión para determinar si es que sí merece o no una regulación específica que permita su protección legal, por ende, no al maltrato ni actos de crueldad, ni sufrimiento ni agonía innecesarios. Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra biodiversidad deriva de la expresión bio y diversidad. Significa según el DRAE la variedad de especies animales y vegetales en su medio ambiente.

De ello se desprende que la expresión diversidad biológica es sinónimo de biodiversidad. Al respecto se debe precisar que el 5 de junio del año 1992, en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo se suscribió el Convenio de Diversidad Biológica, firmado por 150 países, el mismo que fue celebrado en Río de Janeiro. Entró en vigencia el 29 de diciembre de 1993¹⁷.

El artículo 1 de dicho Convenio de Diversidad Biológica establece que su objetivo “prioritario es la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Estos objetivos se constituyen en un punto de referencia para la adopción de acciones y decisiones tendentes a la aplicación del convenio en el ámbito estatal. En base a este convenio se establecieron obligaciones para los Estados, tales como: desarrollar planes y estrategias nacionales para integrar la conservación y la utilización sostenible, identificar componentes importantes de la diversidad biológica y las prioridades que pudieran requerir medidas de conservación especiales, etc.”.

17 http://www.legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=3181. Recuperado: 14 de abril de 2021.

Se entiende por Diversidad Biológica a la “variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros sistemas acuáticos, y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas. La biodiversidad abarca, por tanto, la enorme variedad de formas mediante las que se organiza la vida. Incluye todas y cada una de las especies que cohabitan con nosotros en el planeta, sean animales, plantas, virus o bacterias, los espacios o ecosistemas de los que forman parte y los genes que hacen a cada especie, y dentro de ellas a cada individuo, diferente del resto. (¿Qué es la biodiversidad? Una publicación para entender su importancia, su valor y sus beneficios que nos aporta, 2010, pág. 10)¹⁸.

La biodiversidad puede agruparse en tres elementos o niveles diferenciados, pero estrechamente relacionados. Estos son:

- La diversidad ecológica o de espacios
- La diversidad de especies, también llamada de organismos vivos, y
- La diversidad genética.

175

“Estos tres elementos de la biodiversidad se organizan en niveles jerárquicos, de modo que el primero, diversidad de espacios, incluye la diversidad de especies, y éste la diversidad genética, como si de muñecas rusas se tratara.

La diversidad de espacios incluye los ecosistemas como núcleo central. Éstos son conjuntos dinámicos de plantas, hongos, animales, microorganismos y el medio físico que los rodea, interactuando como una unidad funcional; por eso se les denomina «ecosistemas». [...] Del mismo modo, en un ecosistema son las relaciones de cada especie, entre ellas y con su medio físico, las que hacen posible el mantenimiento del equilibrio dentro de él.

La diversidad de especies incluye los seres vivos con características comunes. En este caso, la especie constituye su núcleo. No obstante, abarca también otros grupos menores, como subespecies y poblaciones y, también, otros más

18 DORADO N, A; ¿Qué es la biodiversidad? Una publicación para entender su importancia, su valor y sus beneficios que nos aporta. (2010) Madrid. Edita Fundación Biodiversidad Fortuny, 7. 28010 www.fundacion-biodiversidad.es. P. 10

amplios que agrupan especies con características comunes en géneros, familias o clases. Dentro de este elemento de la biodiversidad se encontrarían, por ejemplo, los chimpancés como especie, pero, también, cada uno de los individuos de esta especie que forman las poblaciones que se reparten por el planeta y, ampliando nuestro campo de visión, incluiríamos los chimpancés junto con los orangutanes, los lémures o los seres humanos dentro del grupo de los Primates. A su vez, éstos, junto con leones, ballenas, ornitorrincos o ratas, se encontrarían dentro de la clase de los Mamíferos, que, junto con aves, peces, insectos, corales o esponjas, pertenecen al reino de los animales.

La diversidad genética incluye, por su parte, los componentes del código genético de cada organismo y la variedad de éstos entre individuos dentro de una población y entre poblaciones de una misma especie. [...] Estos tres elementos de la biodiversidad –espacios, especies y genes– han de entenderse y tenerse muy en cuenta a la hora de proteger y cuidar la biodiversidad, ya que, si nos concentramos en salvaguardar una determinada especie olvidándonos de preservar el ecosistema o espacio al que pertenece, estaremos haciendo sólo la mitad del trabajo. [...] Para protegerlos eficazmente debemos incluir la ciudad en su conjunto con las relaciones que la mantienen viva. Salvaguardando la diversidad de espacios y los ecosistemas, protegemos, a su vez, la de especies, y manteniendo esos espacios conectados entre sí, protegemos, también, la diversidad genética”¹⁹.

176

“La diversidad biológica, o biodiversidad, es el término por el que se hace referencia a la amplia variedad de seres vivos sobre la Tierra y los patrones naturales que conforma. La diversidad biológica que observamos hoy es el fruto de miles de millones de años de evolución, moldeada por procesos naturales y, cada vez más, por la influencia del ser humano. Esta diversidad forma la red vital de la cual somos parte integrante y de la cual tanto dependemos. Con frecuencia, se entiende por diversidad la amplia variedad de plantas, animales y microorganismos existentes. Hasta la fecha, se han identificado unos 1,75 millones de especies, en su mayor parte criaturas pequeñas, por ejemplo, insectos. Los científicos reconocen que en realidad hay cerca de 13 millones de especies, si bien las estimaciones varían entre 3 y 100 millones”. Es en este amplio concepto que se integra interactiva e inescindiblemente la noción de animal, asociado a uno de

19 Ídem pág. 11

los componentes de dicha biodiversidad, esto es las especies (los otros dos son los ecosistemas y los genes). (Foy Valencia, 2014)

El mismo artículo 2 del Convenio citado, señala algunos términos, precisando que a efectos del presente Convenio se entiende como “diversidad biológica” a “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.” La diversidad biológica o biodiversidad es aquel espacio de la realidad en la que descansan todos los seres vivos y sus diferentes especies.

De lo expuesto se puede advertir que dicha expresión contemplada en el artículo 68 de la Carta Magna, sí contemplaría a los animales en general, pero solo el Estado está obligado a su promoción. Es decir, según dicha disposición normativa el Estado, también está obligado a promover la conservación de los animales.

La pregunta que surge es: ¿promover la conservación significa también protegerlos de maltratos y sufrimiento innecesario como sucede con la corrida de toros y pelea de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente?

Se considera que no, pues, promover la conservación de los animales significa preservarlos, impulsar su desarrollo, lo que no es lo mismo que evitar su maltrato y actos de crueldad hacia ello.

Por ello se considera de suma importancia que nuestra Carta Fundamental regule y, o establezca expresamente que el Estado vela por la protección de los animales, estableciéndose por mandato legal parámetros, límites, obligaciones y, o sanciones que denoten defensa, protección, no maltrato ni crueldad con ninguna especie animal. Que se advierta que el Estado cuente con acciones conducentes en beneficio y protección de los animales, así como asuma la responsabilidad frente a las futuras generaciones, del cuidado del medio ambiente y de los animales. Que dentro de la organización del Estado exista una entidad específica y especializada que resuelva lo referente al maltrato, demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies

o animales. Debe promoverse y difundirse una cultura animal, es decir, que los animales humanos –los seres humanos– seamos más sensibles, aprendamos a respetar a los animales no humanos, ayudemos en la defensa, conservación y protección de la especie animal, evitando todo acto discriminatorio, de explotación, de extinción y experimentación. Que aprendamos a tratarlos como seres vivos, libres, sensibles con respeto y no como si fuesen cosas u objetos inanimados, sin duda se trata de una labor que les corresponde a los encargados de la regulación.

7. Conclusiones

- La enumeración de los animales es extensa, se trata de una variedad inmensa de especies de animales (invertebrados, vertebrados, reptiles, aves, peces, anfibios, insectos, mamíferos, domésticos, de compañía, salvajes, silvestres, etc. y etc.). Ante esta variedad y diversidad se les está dando un trato de manera general, es decir, a todos por igual.
- Los animales en general, para el Derecho, han sido considerados como simples bienes muebles, semovientes, por su capacidad de desplazarse por sí mismos, de un lugar a otro.
- Los animales no deben seguir siendo simples bienes muebles, merecen una protección establecida por ley. No deben ser siendo considerados como simples objetos de Derecho y tampoco pueden ser considerados sujetos de Derecho, corresponde al Derecho, concederles una protección de ser sujetos de protección Legal.
- La expresión contemplada en el artículo 68 de la Carta Magna, sí contemplaría a los animales en general, pero solo el Estado está obligado a su promoción. Es decir, según dicha disposición normativa el Estado, también está obligado a promover la conservación de los animales.
- Promover la conservación de los animales significa preservarlos, impulsar su desarrollo, lo que no es lo mismo que evitar su maltrato y actos de crueldad hacia ello.
- Nuestra Carta Fundamental debe regular y, o establecer expresamente que el Estado vele por la protección de los animales, estableciéndose por mandato legal parámetros, límites, obligaciones y, o sanciones que denoten defensa, protección, no maltrato ni crueldad con ninguna especie animal.

- Debe promoverse y difundirse una cultura animal, es decir, que los animales humanos –los seres humanos– seamos más sensibles, aprendamos a respetar a los animales no humanos, ayudemos en la defensa, conservación y protección de la especie animal, evitando todo acto discriminatorio, de explotación, de extinción y experimentación.
- Que aprendamos a tratarlos como seres vivos, libres, sensibles con respeto y no como si fuesen cosas u objetos inanimados, sin duda se trata de una labor que les corresponde a los encargados de la regulación.



Bibliografía

- ALESKSOV, DV. Hacia una teoría ética para animales humanos y no humanos. En Revista de Bioética y Derecho. Número 51, marzo de 2021, páginas 157-171. Universitat de Barcelona, Observatorio de Bioética y Derecho. DOI:10.1344/rbd2021.51.30551.
- CASAS DE MENDOZA, N. (1854). *Elementos de fisiología comparada de los animales domésticos* (2 ed.). (A. Calleja, Ed.) Universidad Complutense de Madrid, p. 77
- DE PRADA BLANCO, Manuel. (2014) Expresiones del conductor del programa <https://www.youtube.com/watch?v=0t1NtgyDEk>
- DE PRADA BLANCO, Manuel. (2014) Programa de televisión española “*Lágrimas en la lluvia*” moderado por Juan Manuel de Prada. <https://www.youtube.com/watch?v=0t1NtgyDEk>
- DORADO N, A; ¿Qué es la biodiversidad? Una publicación para entender su importancia, su valor y sus beneficios que nos aporta. (2010) Madrid. Edita Fundación Biodiversidad Fortuny, 7. 28010 www.fundacion-biodiversidad.es. P. 10
- GARCÍA, Enrique A. (2018) “El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español” LaLeyDigital. S/N
- GONZALES PRADA, A. (1914). *El Derecho y el animal*. Calonge. Lima. S/n.
- SANPEDRO, G. (1858). *Tratado elemental completo de Anatomía general y descriptiva de los animales domésticos* (Tercera ed., Vol. Tomo I). Madrid: Imp. de T.Fortanet. p. 9.

El dilema del Tribunal Constitucional en relacion a las peleas de toros, peleas de gallos, corridas de toros y otros espectaculos particularmente violentos. Reflexiones sobre un debate inacabado y una solucion aún pendiente

✍ LUIS R. SÁENZ DÁVALOS*

“DESDE HACE MUCHO TIEMPO, el ser humano está convencido de ser el animal más evolucionado de la tierra. Hasta tal punto que ya ni siquiera se considera a sí mismo un animal: está el hombre por un lado y por otro los animales”

Frédéric Lenoir.- Carta abierta a los animales (y a los que no se creen superiores a ellos), Editorial Ariel, Barcelona 2018, Pág. 21.

181

1. Consideraciones generales

Intentamos mediante el presente trabajo realizar un análisis sobre la decisión adoptada por nuestro Tribunal Constitucional en el marco del Exp. N° 0022-2018-PI/TC (Caso: Cinco mil ciudadanos)¹ y en el que como se conoce, fue evaluada la constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30407 o Ley de Protección y Bienestar Animal², cuyo tenor exceptuó de los alcances de la citada protección a las peleas de toros, las peleas de gallos, las corridas de toros y otros espectáculos de naturaleza semejante.

* Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 Ejecutoria publicada con fecha 09 de marzo del 2020.

2 Norma publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 08 de enero del 2016.

Dicho pronunciamiento, al no haber alcanzado el número de votos que exige el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, ha generado que técnicamente no estemos ante una sentencia en el sentido estricto de la palabra, sino ante una decisión desestimatoria formal³ en el que resultado obtenido resulta una consecuencia de las exigencias establecidas por imperio de la citada norma, antes que una construcción mayoritaria sustentada en una argumentación elementalmente consensuada.

A pesar de lo dicho, no es imposible efectuar un bosquejo de las tomas de posición efectuadas pues de alguna manera y dentro de sus propias perspectivas intentan otorgar respuesta a una discusión de enormes implicancias jurídicas a la par que morales y sobre la que en nuestro concepto las argumentaciones expuestas invitan a la opinión, más allá de la postura con la que cada quien pueda llegar a identificarse.

Bueno es anticipar que quien escribe estas líneas no comparte por diversas razones, buena cantidad de las consideraciones y por sobre todo, las conclusiones a las que arriban algunos de los votos de los distinguidos Magistrados Constitucionales, sin embargo también entiende, que la responsabilidad de un órgano como el Tribunal Constitucional no consiste en satisfacer los puntos de vista de quienes pensamos de modo contrario, aunque si en elaborar líneas de raciocinio mínima o elementalmente convincentes, pues en eso radica el rol de quien administra justicia a nombre de la Constitución.

Conviene también advertir que el dilema al que puede verse arrastrado un órgano de composición colegiada a fin de que su decisión pueda generar cierto margen de consenso, es el de conciliar posturas que aunque puedan tener sus propias peculiaridades, logren construir un discurso más o menos homogéneo edificado a base de ciertos elementos en común en tanto se haga posible llegarlos a obtener. En este contexto y aunque siempre quedara una cuota de desavenencias mínimas, el reto consistirá en que estas se evidencien lo menos posible, a fin de que la construcción a la que finalmente se arribe, sea lo más coherente posible.

3 Afirmamos esto pese a que el citado dispositivo legal sostenga, antitécnicamente, que se trata de una sentencia desestimatoria, pues para requerirse esto último, tendría que haber un razonamiento mayoritario en una determinada dirección, lo que simplemente no es posible de lograr en aquellos casos en los que como el presente, independientemente del resultado, no se describe un sustento más o menos homogéneo, en la respectiva toma de decisión.

Ahora bien, cabría preguntarse si este propósito era materialmente posible en un caso como el presente. Una primera impresión que tenemos es que dicho cometido era bastante complicado en esta ocasión habida cuenta que lo sometido al debate era acentuadamente complejo desde la perspectiva de las opiniones existentes, muchas de las cuales y más allá de sus matices, aparecían como decididamente antagónicas.

Con esto naturalmente, no estamos descartando que no se haya podido llegar a una determinada posición, que aunque no pueda ser del todo uniforme, por lo menos refleje una cierta tendencia. Sin embargo ello no ha sido posible en esta oportunidad, con lo cual la materia objeto de debate seguirá abierta por tiempo indeterminado y tarde o temprano volverá a reproducirse hasta que por una u otra razón se termine de definir en una cierta dirección.

Por otra parte y en cuanto a las argumentaciones utilizadas por cada Magistrado Constitucional queda de alguna manera la impresión que son diversas las preguntas que quedan todavía sin respuesta y bastante pocas las líneas de raciocinio de las que puede inferirse un resultado totalmente concluyente. A decir verdad y salvo algunos aspectos en específico, creemos que matices más, matices menos, aún queda mucha discusión por plantear, siendo en rigor tres las posiciones generales que se pueden llegar a desprender; una primera que intento ser la mayoritaria y que estuvo representada por la versión inicial del proyecto de sentencia, donde nos encontramos con un discurso bastante ecléctico y un resultado estimatorio acentuadamente reducido; una segunda, reflejada por quienes opinaron en contra de la demanda dentro de parámetros más o menos similares o coincidentes y una tercera, perfilada por aquellos otros que decididamente y dentro de sus propias líneas de raciocinio, votaron a favor de declarar fundada la demanda⁴.

4 A pesar de haberse debatido mucho el tema a nivel de los medios de comunicación y de las redes sociales, han sido realmente pocos los trabajos académicos destinados a examinar en extenso los alcances de la decisión del Tribunal Constitucional en el presente caso. Probablemente ello responda al hecho de no haberse emitido una sentencia de manera rigurosamente colegiada. Entre los pocos estudios que hemos localizado y que nos parece importante destacar, están los de Carhuatocto Sandoval, Henry.- “El derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida y la protección de los animales” y Franciskovic Ingunza, Beatriz.- “La inconstitucionalidad de la corrida de toros y pelea de gallos. Todo acto que causa sufrimiento innecesario a un animal afecta a toda la humanidad”, ambos publicados en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*; Tomo 148; Gaceta Jurídica; Lima, abril del 2020; Págs. 69 y ss. y 78 y ss., respectivamente. Con distinto matiz estos dos

Como veremos en su momento, una de las razones por las que probablemente la posición del ponente, no logro generar consensos, se deba a que es imposible unificar posturas en un tema tan distinto de ser visionado. El discurso ensayado en la versión inicial del proyecto procuraba conjugar universos distintos en un tema en el que definitivamente no hay posibilidad de término medio. O se esta a favor o inevitablemente se esta en contra. La invitación a esquemas neutros simplemente no era posible sin sacrificar nociones elementales de lo que por u otro motivo representa concepciones esenciales del Derecho y de la propia moral.

Sin más preámbulo que el descrito, veamos pues a continuación la naturaleza del problema planteado y lo que a la luz de los votos emitidos ha sido por ahora respondido.

2. La naturaleza del problema planteado y lo que se le solicito al tribunal

No bien se debatía a nivel del Congreso de la República la Ley de Protección y Bienestar Animal hemos sido diversos los analistas que hemos considerado su contenido como manifiestamente contradictorio⁵. Esto último, evidentemente se ha visto reforzado al haberse promulgado lo que sería su texto definitivo mediante la Ley N° 30407.

La constatación de los hechos en la forma como aquí se detalla evidentemente no resultaba demasiado difícil, habida cuenta que cualquiera que revise la citada norma, podrá apreciar con particular nitidez que toda la filosofía que le servía de inspiración y que abogaba en pro de la protección de los animales en su condición de seres sensibles imponiendo tanto al Estado como a los particulares mandatos de obligatoria protección, terminaba siendo abiertamente

trabajos se decantan por una posición crítica frente a la decisión del Tribunal Constitucional. Una posición distinta, que no compartimos, pero que consideramos pertinente revisar la encontramos en: Arbulu Bernuy, Fernando Jesús Edgard Enrique.- *Las corridas de toros como expresión del derecho a la cultura*; Tesis para optar por el Título profesional de abogado; Repositorio Académico USMP; Lima 2021.

5 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- “Cuando la excepción se convierte en desnaturalización (A propósito de la Ley de Protección y Bienestar Animal)”; <https://www.facebook.com/luis.saenz.7965>; 22 de noviembre del 2015.- Vega O., Sulma & Watanabe W., Raquel.- Análisis de la Ley 30407 “Ley de Protección y Bienestar Animal” en el Perú; *Revista de Investigaciones Veterinarias del Perú*; N° 27 (2); UNMSM; Lima 2016; Págs. 388 y ss.

desnaturalizada con una cláusula como la contenida en su Disposición Complementaria Final Primera que, de manera sorpresiva y contra natura, optaba por exceptuar de sus alcances a las peleas de toros, peleas de gallos, corridas de toros y otros espectáculos declarados como de carácter cultural por la autoridad competente. En otras palabras y mientras la fórmula normativa proclamaba que todos tenemos la obligación de proteger a los animales, de defender su existencia bajo una nueva premisa de raciocinio y de entendimiento del entorno natural, bastaba sacar a relucir el pretexto de la cultura, para que de pronto y como por arte de magia, se acabe todo el discurso y lo abiertamente prohibido termine siendo más bien permitido y sorpresivamente y contra la más elemental de las lógicas, todo se encuentre absolutamente justificado. Así de simple.

En este contexto no era difícil suponer que las objeciones contra la citada cláusula no se limitarían a una simple discrepancia de ideas, sino que finalmente y como ocurrió, se llevaran al escenario impugnatorio.

Efectivamente, con fecha 18 de setiembre del 2018, más de cinco mil ciudadanos, optaron por presentar una demanda de inconstitucionalidad contra la citada norma alegando que la misma resultaba inconstitucional, tanto por razones de forma como por razones de fondo.

2.1. La demanda

En cuanto a la inconstitucionalidad por razones de forma los demandantes alegaban una acumulación indebida de diversos proyectos de ley con contenido absolutamente contradictorio entre sí. Desde su punto de vista ello no era viable por haber tenido todos estos proyectos, origen distinto, resultando tal proceder contrario a los artículos 31 y 105 de la Constitución. También invocaban que la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional mediante Exp. N° 0042-2004-AI/TC tendría mayor valor jurídico que la sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2010-PI/TC, siendo la primera de las citadas la que debería tener efectos verdaderamente vinculantes. Finalmente señalaban que el Congreso era un órgano incompetente al haber establecido una excepción sustentada en la existencia de espectáculos de carácter general, cuando en todo caso el ente verdaderamente legitimado, no sería otro que el Ministerio de Cultura.

Por otra parte y en cuanto a la inconstitucionalidad por razones de fondo, argumentaban que la excepción contenida en la norma impugnada al permitir que una persona realice violencia contra los animales, haciendo de ello un

espectáculo, agravaría la dignidad humana al rebajar y degradar a la persona incapacitándola para sentir empatía, compasión o justicia para contra otro ser vivo, puntualizando que la dignidad debe ser no solo hacia las personas sino hacia toda la naturaleza y en particular, hacia los animales, como en su día fuera sostenido en el fundamento 28 de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0042-2004-PI/TC.

Especificaban también que el permitirse que las personas sometan a torturas, tratos crueles y de muerte a los animales, tanto más si es por diversión, atentaría contra la moral, la psiquis y el espíritu de las personas.

Asimismo, se vulneraría el artículo 2 inciso 22 de la Constitución pues la citada violencia en los espectáculos resultaría contraria a la paz y aunque no se aplique directamente contra las personas inevitablemente incidiría sobre su psiquis y perturbaría su tranquilidad. También vulneraría el artículo 2 inciso 24 de la norma fundamental, toda vez que las personas tienen derecho a ser protegidas de actos violentos que les afecten física, psíquica y moralmente.

186

Incluso afirmaban los demandantes que la excepción cuestionada desnaturalizaría el artículo 3 de la Constitución toda vez que las personas tienen el derecho de realizar prácticas morales y éticas que les permitan perfeccionarse como seres humanos, lo que de ninguna forma se fomentaría con la práctica de costumbres crueles y violentas.

Aspecto en el que la demanda puntualizaría de manera especial es en el hecho de que el artículo 2 incisos 8 y 19, así como el 17, auspician una visión pluralista de la cultura siempre que la misma no entre en conflicto con otros derechos fundamentales, situación que sin embargo no se apreciaría en el presente caso, habida cuenta que manifestaciones como la fomentada por la norma cuestionada resultarían dañinas para la sociedad y en nada contribuirían al desarrollo de un país. En este contexto y si bien, es deber del Estado proteger la cultura y el acceso a la misma, se debe tener en cuenta lo que es mejor para su desarrollo, no siendo el concepto de cultura inamovible sino plenamente transformable con el paso del tiempo y las características del contexto social y político.

Advertirían de otro lado que en el actual escenario la mayoría de peruanos esta en contra de los espectáculos donde haya violencia contra los animales, apreciándose por el contrario que estos últimos carecen de universalidad. Debiéndose tomarse en cuenta a su vez, que los animales son sujetos morales, en tanto gozan

de la capacidad para hacer un bien y sufrir un mal, no siendo ético torturarlos o peor aún, el matarlos.

Por ultimo señalaban los recurrentes que el Tribunal Constitucional no ha corregido la postura sostenida en la Sentencia N° 0042-2004-AI/TC a través de la Sentencia N° 0017-2010-PI/TC, ni mucho menos ha establecido el carácter cultural de las corridas de toros, pues ni tiene competencia para ello ni se hace posible corregir una sentencia por otra.

Finalmente concluiría en que la excepción cuestionada mediante el presente proceso era contradictoria con la finalidad y objeto de la misma Ley N° 30407.

2.2. La contestación

El Congreso de la República, a su turno, procedería a contestar la demanda interpuesta alegando que los demandantes cuestionan el procedimiento utilizado para aprobar la norma impugnada pero no precisan o señalan las normas que habrían sido hipotéticamente vulneradas. Y aunque mencionan solo un proyecto presentado por iniciativa ciudadana, omiten considerar que fueron once proyectos los que se acumularon en total y fueron todos estos los que dieron origen a la Ley N° 30407.

Por otra parte y si bien se alega falta de motivación y contradicciones en los dictámenes de las Comisiones, se prescinde de considerar que el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos fundamentó la excepción respectiva basándose en argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0017-2010-PI/TC.

Puntualizaría también el órgano demandado, que el fin supremo de la sociedad es la dignidad humana mientras que la ley se refiere a la protección de especies no humanas siendo que aquellas se encuentran carentes de derechos humanos.

De otro lado y de darse una prohibición de las manifestaciones culturales en la forma con lo propugnan los demandantes se estaría violentando el derecho a la cultura así como la libertad individual y el libre desarrollo de la persona dentro de lo que constituye su propia cultura, cuando es el Estado quien se encuentra más bien obligado a preservarlas.

En relación a la supuesta vulneración del derecho a la paz y la tranquilidad, alegaría el demandado, que no bastan las meras afirmaciones sin sustento, por lo que la sola invocación de un sector de ciudadanos no puede significar la prohibición de aquello que les pueda desagradar. En este contexto prohibir espectáculos como la tauromaquia o la gallística porque existe un sector hipersensible, constituye un abuso del derecho que rebela una mirada egocéntrica de la realidad impuesta a partir de un estándar personal que no respeta el sentir de quienes piensan distinto, debiéndose dejar en claro que si alguien piensa de modo diferente, tampoco se encuentra obligado a asistir a los lugares donde tales prácticas puedan realizarse.

El demandado, por último, explica que las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos son costumbres decididamente arraigadas en nuestra identidad cultural desde hace quinientos años e incluso se encuentran mezcladas con festividades religiosas y celebraciones cívico militares, lo que supone que no pueden desconocerse.

2.3. Los terceros y los *amicus curiae*

Diversas personas y entidades solicitaron al Tribunal Constitucional su incorporación al proceso de inconstitucionalidad, sea en calidad de simples terceros, sea en la condición de *amicus curiae*. Mientras que algunas de aquellas argumentaron en contra de la demanda, otras en cambio lo hicieron a favor de la misma.

Las entidades o personas que fueron incorporadas al proceso fueron; la Unión de Galleros del Perú; la Asociación Gallística Moquegua; Andrés Roca Rey Valdez, Casa Toreros Consorcio Perú y otros; Asociación Civil sin Fines de Lucro “Animalistas sin Fronteras”; Asociación Cultural Taurina; Asociación de Criadores de Gallos de Pelea de Navaja de Chincha; Asociación de Criadores, Propietarios y Aficionados de Toros de Pelea de Arequipa; Asociación de Defensa de los Derechos Animales “Proyecto Libertad”; Asociación para el Rescate y Bienestar de los Animales; Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres; Daniel Almeyda Velásquez; José Antonio Espinoza Ballena; Juan Arce Aguilar Choque; Luis Adolfo Pareja Aguilar; Pierre Foy Valencia y Corinne Schirmer.

3. Lo que dijo el Tribunal Constitucional (o lo que sostuvieron sus Magistrados)

3.1. La propuesta del Magistrado ponente, doctor Carlos Ramos Núñez

Ya hemos mencionado que técnicamente no hay una sentencia, sino un proyecto asumido por el Magistrado ponente doctor Carlos Ramos Núñez, el mismo que a pesar de adoptar el formato de una sentencia, no llega a generar los consensos esperados, convirtiéndose a la larga en lo que sería su propia postura.

Ello no obstante, es pertinente esbozar algunas de las cosas que en el mismo se plantean, pues además de constituir su propia argumentación, de una forma o de otra, varios de los Magistrados se refieren a la misma ya sea para coincidir o para apartarse de algunos de sus extremos.

3.1.1. La forma como el ponente delimita la controversia

De acuerdo con lo que se puntualiza en el voto la materia central objeto de la controversia es la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, cuyo texto establece:

“Exceptúanse de la presente Ley las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial”.

Según se advierte, esta norma existe en tanto la citada Ley N° 30407 establece en su artículo 2 que la misma tiene como finalidad *“garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, en el marco de las medidas de protección de la vida, la salud de los animales y la salud pública”* mientras que su artículo 3 proclama como su finalidad *“... proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte; así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación. Además de velar por su bienestar para prevenir accidentes a sus poblaciones y aquellas enfermedades transmisibles al ser humano”* agregando también la necesidad de *“...promover la participación de las entidades públicas y privadas y de todos los actores sociales involucrados, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal”.*

En otras palabras el voto repara en a pesar que la norma cuestionada es una sola (la Primera Disposición Complementaria Final), el objeto de la impugnación pareciera no solo estar ligado al hecho de definir su constitucionalidad o no, sino a la circunstancia de por si llamativa, sobre si la misma resulta coherente con otros contenidos que posee la Ley N° 30407. De no ser así y según afirma, no tendría sentido haber glosado sus artículos 2 y 3, habida cuenta que estos últimos en ningún momento han sido materia de impugnación. Esta misma impresión se verá luego corroborada al puntualizarse que a juicio de los demandantes la excepción cuestionada es contradictoria con la finalidad y objeto de la misma Ley 30407.

En las circunstancias descritas advertirá el voto, sobre la importancia que tiene para el presente caso, el hecho de analizar cada una de las actividades a las que se refiere la norma cuestionada y que son en concreto a) las peleas de toros, b) las corridas de toros, c) las peleas de gallos y d) los demás espectáculos declarados como de carácter cultural por parte de la autoridad competente.

190

3.1.2. La vision del Magistrado ponente sobre la materia objeto de controversia

La postura desarrollada por el ponente descarta de entrada la inconstitucionalidad por la forma pues de existir esta última, la misma afectaría a toda la ley N° 30407 y no sólo a la norma cuestionada. Por lo demás y según se argumenta, no se observa que la acumulación de proyectos de ley como sucedió en el presente caso, pueda considerarse arbitraria o inconstitucional.

La ponencia resalta la importancia de lo que representa la dignidad como valor superior, más repara en la problemática que supone el reconocerla para los animales no humanos. Si bien acepta que hay posturas doctrinales en favor de dicha tesis, opta por no recogerlas o hacerlas suyas por lo menos expresamente, bajo la consideración de que el Tribunal Constitucional debe asumir su función a la luz de lo reconocido en la norma constitucional y no en base a criterios personales. Esta misma postura lo llevara a interrogarse sobre la posibilidad de que se pueda titularizar derechos sobre los animales.

Sobre este extremo se afirma que la Constitución de 1993 no contiene, a diferencia de lo que ocurre con otros modelos jurídicos, mención relacionada con el estatus de los animales, lo que sin embargo no debe entenderse como que

sea indiferente a la situación de los mismos. En este sentido y tras pasarse revista de la evolución que a nivel del pensamiento ha tenido el tema, se reconoce la generación de fórmulas de protección en las sociedades contemporáneas. Resultado de ello es posible encontrar en el derecho comparado algunos tratamientos específicos, aunque con diversos matices, lo que de alguna manera evidenciaría una superación en la visión rigurosamente antropocéntrica.

En el contexto descrito, se asume que al margen de la inexistencia de un tratamiento constitucional directo, el tema no puede ser ignorado. De allí que el legislador con la emisión de normas como la cuestionada en la demanda, evidencia una preliminar intención de abordarlo e incluso de superar visiones tradicionales como la propiamente civilista que durante mucho tiempo vino considerando a los animales como simples bienes.

Se afirma también que la decisión del constituyente de no considerar a los animales como titulares de derechos ni de obligaciones guarda relación con el hecho de que no son sujetos morales ni responsables por su conducta, como en cambio sí lo son las personas, lo que sin embargo no impide que se pueda deducir un deber protección con pleno sustento constitucional como lo demostrarían entre otros, los artículos 68 (referido a la conservación de la diversidad biológica) o el artículo 2, inciso 22 (sobre el derecho a las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado).

Ahora bien, aunque el citado deber de protección, resultaría reconocible, tampoco y según se alega, tendría porque ser absoluto, ya que al no suponer la titularización de derechos en favor de los animales implicaría sólo determinados límites al comportamiento humano. De esta forma y aunque se les podría concebir como medios no significa que por dicha condición se les haga padecer sufrimientos innecesarios o injustificados.

Es precisamente la noción de sufrimiento sumada a la idea de no hacer daño sobre los animales, la que llevara, según se alega, a superar aquella concepción que les atribuye un carácter meramente mecánico por el hecho de no ser iguales a nuestra especie (especismo), quedando en todo caso pendiente dilucidar si estas consideraciones incidirán en el ordenamiento jurídico y en la forma como se distingue los tipos de animales, tarea que según se expone habilitara al legislador a obrar con un determinado espectro de discrecionalidad.

En esta misma lógica y según se concluye el deber de protección animal es indiscutible, sin embargo puede limitarse o suspenderse siempre que existan motivos razonables y legítimos, vinculados con las necesidades humanas, como la crianza de animales para el consumo, su tenencia para fines de compañía, su uso restringido en actividades culturales o deportivas de notorio arraigo y tradición, entre otras.

En este contexto y en la medida que el debate en el presente caso se centra en el cuestionamiento a una norma de excepción que se fundamenta en razones culturales para limitar el deber de protección animal, la ponencia desarrolla toda una explicación en torno del significado e importancia de dicho concepto en el marco constitucional, puntualizando que el Estado no debe tener una postura activa frente a lo que representan sus manifestaciones, debiendo optar por su no intervención y sólo proscribiendo aquellas que atenten contra los valores constitucionales y los derechos fundamentales.

Es importante advertir sin embargo que la ponencia del Magistrado Ramos si bien enfatiza en la importancia de la cultura, también reconoce que la misma puede variar con el tiempo, por lo que lo mismo podría ocurrir con la posición del Tribunal en el futuro respecto de los problemas planteados. Un aspecto a resaltar en ese marco de eventual cambio, es la argumentación tendiente a justificar restricciones de acceso a los espectáculos cuestionados, específicamente para los menores de edad, esto último en atención a los principios de protección preferente que sobre el mismo han sido constitucionalmente reconocidos⁶.

6 Es interesante anotar que en fecha reciente se ha resuelto a nivel del Poder Judicial una demanda de amparo promovida por la Presidencia de la Comisión de Derecho de Familia, Niño, Niña y Adolescente y la Presidencia de la Comisión de Estudios de Derecho de los Animales, ambas del Colegio de Abogados de Lima, contra el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Ministerio de Trabajo, tendiente a analizar la posición del menor frente a los espectáculos taurinos. Aunque en rigor, el proceso aún no ha culminado, sin embargo se ha resuelto a nivel de primera instancia que si bien los menores pueden asistir a los citados espectáculos, no se les puede hacer partícipes de una formación como futuros toreros debido a la naturaleza violenta de los mismos y en tanto ello supone una vulneración de diversos derechos y principios constitucionales además de normas y pronunciamientos de carácter internacional. Cfr. al respecto Exp. N° 21337-2017-0-1801-JR-DC-02. Segundo Juzgado Constitucional de Lima, Sentencia del 30 de julio del 2021. Juez, Jonathan Valencia López.

De esta forma y en el contexto del actual estado de cosas, el voto se pronunciara sobre cada una de las prácticas a las que se refiere la norma cuestionada, llegando a las siguientes conclusiones:

- a) Las peleas de toros son espectáculos culturales que pertenecen a nuestra tradición, por lo que la decisión del legislador de exceptuar a los mismos del deber de protección animal se encuentra dentro del ámbito de los constitucionalmente permitido o posible, siempre que se realicen de acuerdo con pautas regulativas detalladas en las que no intervenga gravitadamente la decisión humana y siempre que se garantice el bienestar de los toros.
- b) Las peleas de gallos sin embargo y pese a formar parte de nuestras tradiciones, en la medida que implican una intervención humana consistente en el armado con espuelas o navajas que facilitan las heridas sobre los animales en una considerable proporción, suponen una vulneración del deber de no ocasionarles un sufrimiento innecesario, siendo dicho extremo de la norma contrario a la Constitución.
- c) Las corridas de toros, en tanto vienen avaladas por diversos elementos pertenecientes a nuestra tradición, son espectáculos culturales y se encuentran dentro del ámbito de lo constitucionalmente posible. Si bien reconoce que en estos casos si existirían actos de violencia contra los animales se advierte también que para los aficionados a los mismos, no se trataría de comportamientos sin sentido o realizados con el propósito de torturar sino para demostrar valor, a lo que se sumaría el hecho de que los toreros también expondrían sus vidas al realizarlos. Por lo demás, se agrega que no es competencia del Tribunal determinar que festividades o celebraciones merecen integrar el patrimonio cultural de la nación.
- d) Las otras actividades declaradas como culturales por la autoridad competente, si bien implican una delegación al Ministerio de Cultura, debe tomarse en cuenta que este último ha informado que no ha aplicado hasta la fecha dicha norma, con lo cual debe asumirse que de ejercerse en el futuro dicha competencia, la misma debe desarrollarse con sujeción a límites y en base a los valores y principios constitucionales, lo que necesariamente ha de suponer el excluir de sus alcances a las prácticas poco extendidas que no hayan sido reconocidas ni por el legislador ni por la autoridad competente.

En suma, para el ponente de la causa sólo sería fundada en parte la demanda, específicamente en el extremo concerniente con la práctica de peleas de gallos. Los otros extremos o cuestionamientos contenidos en la demanda serían evidentemente infundados.

3.2. La posición del Magistrado José Luis Sardón de Taboada

La postura del Magistrado Sardón de Taboada se desarrolla de manera bastante breve y la misma se centra en considerar que las corridas de toros y las peleas de gallos y de toros no buscan desaparecer dichos animales, debiendo tenerse presente lo que ocurre en otros países.

Agrega asimismo que el cuestionamiento a la norma impugnada es de contenido moral no correspondiéndole al Tribunal Constitucional dilucidar si las citadas corridas o peleas son moralmente denigrantes o edificantes, siendo dicho ámbito propio de cada persona con el único límite de no perjudicar a los demás.

Puntualiza también el citado voto que el Colegiado debe constatar el carácter reiterativo que en el tiempo han venido asumiendo prácticas como las objetadas, llegando a formar parte de la identidad cultural de cada pueblo, en los términos del artículo 2 inciso 19 de la Constitución.

194

Se concluye en tal sentido que no pueden utilizarse los procesos constitucionales para imponer cambios culturales y en todo caso de producirse aquellos, los mismos deben ser espontáneos en la interacción social.

Finalmente se alega que asumir una moralidad superior es incompatible con la perspectiva pluralista y tolerante que es consustancial en la Constitución.

En tales circunstancias el voto se inclina por declarar infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta.

3.3. La posición del Magistrado Augusto Ferrero Costa

A juicio del Magistrado Ferrero Costa, la tauromaquia, la gallística y las peleas de toros, son espectáculos culturales pertenecientes a nuestra tradición, postura que a su vez y respecto de otras realidades, ha sido asumida por distintos tribunales constitucionales.

El voto coincide con la apreciación del Magistrado Ramos Nuñez en cuanto al carácter cultural de las actividades cuestionadas enfatizando en su carácter

arraigado en nuestra historia, sin embargo disiente del mismo en cuanto a que aquello pueda dejarse de lado por efectos del tiempo o a que incluso, se les prohíba de alguna manera en su acceso a los menores de edad.

Por otra parte se considera que el Tribunal no debiera tomar partido en un asunto tan polémico como la existencia de una dignidad animal, aunque sin que ello suponga ni signifique el que se les haga sufrir innecesariamente. La dignidad en tal sentido y de acuerdo a lo señalado en los artículos 1 y 3 de la Constitución, solo recae o es propia del ser humano.

Se considera asimismo que tampoco es competencia del Tribunal Constitucional definir que determinados espectáculos con animales no son culturales, pues no es un órgano especializado para tal propósito, siendo ello atribución exclusiva del Ministerio de Cultura.

En las circunstancias descritas, se considera que la demanda interpuesta debe ser desestimada.

3.4. La posición del Magistrado Manuel Miranda Canales

El voto del Magistrado Miranda Canales, parte de la premisa del carácter emblemático que asume el tema objeto de controversia, asumiendo que el mismo debe ser respondido en clave estrictamente jurídica.

Bajo la consideración descrita, señala el voto que si bien existe una protección indirecta hacia los animales a partir de lo dispuesto en los artículos 68 y 2 inciso 22 de la Constitución, de ello no puede derivarse la existencia de derechos fundamentales en los animales ni un deber constitucional de protección directa en favor de los mismos como tampoco la tesis de que son seres sintientes. Ello muy aparte de lo que pueda ocurrir o sostenerse en otras legislaciones.

Asume también el voto, que la protección hacia los animales ha sido una decisión del legislador dentro del marco de lo constitucionalmente posible, pero en nuestro país, el enfoque de la protección del medio ambiente y de los animales en particular es antropocéntrico, es decir, que solo se dispensa en tanto ello permita el desarrollo del ser humano pero no por su condición de seres sintientes.

En tal sentido, y si bien se ha optado por una protección legal hacia los animales, esta no es absoluta sino que puede ser limitada en situaciones justificadas.

En el contexto descrito, el Magistrado opta por considerar que los espectáculos cuestionados constituyen actividades de carácter cultural detrás de las cuales existen otros derechos fundamentales como la creación artística, la participación en la vida cultural de la nación y la identidad cultural.

A partir de esta premisa se descarta que el Ministerio de Cultura no tenga competencia para señalar que espectáculos pueden ser considerados como culturales, ya que ello ha sido autorizado por el legislador ordinario dentro del espectro de lo constitucionalmente posible y en todo caso la practica excepcional de espectáculos culturales con animales se encuentran dentro de las excepciones de la ley N° 30407 cuestionada en la demanda y debe realizarse dentro de las previsiones contenidas en la Ley N° 30870 que establece criterios de evaluación para obtener la calificación de espectáculos públicos culturales, no siendo competencia del Tribunal Constitucional realizar dicha tarea.

El voto descarta que con los supuestos contemplados en la excepción cuestionada se afecten la dignidad de la persona u otros derechos fundamentales.

196

Se desestima en consecuencia que la norma cuestionada tenga carácter inconstitucional.

3.5. La posición de la Magistrada Marianella Ledesma Narváez

La postura de la Magistrada Ledesma Narváez se asienta sobre una premisa general, la de asumir como reprochable, que se pretenda validar como cultura conductas cuestionables y en particular, aquellas que puedan constituir actos de barbarie o crueldad para con los animales no humanos.

Desde su punto de vista y si bien la cultura es un proceso cimentado en las costumbres de una determinada sociedad, las mismas han ido variando con el tiempo, no siendo esta última eterna sino transformable. En este contexto, no se encuentra ninguna razón legítima que justifique la exclusión de los toros y gallos de la protección que otorga la Ley N° 30407 y que se traduce en el deber de no causar dolor y sufrimiento a los animales no humanos, deber que incluso y según se recuerda ha sido ratificado por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El voto puntualiza asimismo en que la calificación jurídica de las peleas de toros y gallos y de las corridas de toros como espectáculos culturales no ha sido demostrada en ningún momento y que las conclusiones a las que han arribado los Magistrados Constitucionales que se han pronunciado en tal sentido, se basa

en lo dicho por las propias partes interesadas y no en instrumentos normativos emitidos por la autoridad competente, como el Ministerio de Cultura.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional no tienen en tal sentido, competencia alguna para determinar si una práctica es cultural dentro del país, por lo que se incurre en exceso al calificarse de dicha forma a los espectáculos materia de cuestionamiento.

Contrario a ello, se advierte que se ha perdido la oportunidad de desarrollar, desde una lectura integral y dinámica de la Constitución, que noción de cultura protege el ordenamiento jurídico constitucional.

Se recalca asimismo que es más bien la norma técnica aplicable para la calificación jurídica de una práctica como cultural (Directiva 003-2015-MC aprobada por Resolución Ministerial 338-2015) la que establece con toda claridad que uno de los criterios determinantes para avalar dicha condición, es que la misma no conlleve actos de crueldad y el sacrificio de animales, lo que riñe por completo con cualquier posición que pretenda, a nombre de la cultura, avalar prácticas como las cuestionadas.

La Magistrada hace hincapié en la necesidad de superar visiones antropocentristas para dar paso a una corriente ecocentrista que contextualice el rol del ser humano con el medio ambiente y en particular con los animales. En este escenario y si bien en la Ley N° 30407 de protección y bienestar animal el legislador ha acertado, sin embargo la excepción establecida en la Primera Disposición Complementaria Final no guarda coherencia con dicha norma.

La demanda en consecuencia debe declararse fundada siendo inconstitucional la norma impugnada.

3.6. La posición del Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Otro de los votos que se inclina por declarar fundada la demanda es el emitido por el Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera argumentando tanto razones de forma como de fondo.

En relación a las primeras se afirmara que dada la relevancia del tema y los actores que involucraba hubiese sido aconsejable una eventual segunda deliberación de la norma, así como una ley especial destinada a materializar los alcances de las excepciones objeto de cuestionamiento.

Respecto de los temas de fondo, el voto prestara especial consideración en torno de diversos aspectos, como los relativos a la titularidad de los derechos de los animales y el deber de protección animal, la legitimidad o no de las manifestaciones o tradiciones culturales para crear excepciones sobre el deber de protección animal y la viabilidad de las conductas que puedan ser consideradas como realmente culturales.

El cuanto a la titularidad de los derechos de los animales se afirmara que dicha opción no sólo puede darse desde una perspectiva normativa, a instancias de lo decidido por el propio poder constituyente, del nacimiento de nuevos derechos o de la apelación a fuentes de carácter supranacional, sino también desde la justificación moral que se pueda ofrecer para dicha toma de decisión, siendo esencial asumir dicho cometido de una manera no estática sino antes bien, de una forma que permita considerar el abandono de una visión antropocéntrica del Derecho y de los derechos, para fomentar una que privilegie la integración de la persona con su entorno.

Incluso y con independencia de si los derechos sobre los animales pueden o no ser reconocidos, existirán razones que justificaran materialmente un deber de protección debido a su condición de seres sintientes, lo que respaldara plenamente el evitar causarles dolor o sufrimiento innecesarios. Esta tesis vendrá avalada con independencia de que nuestra Constitución tenga un carácter marcadamente antropocéntrico, como lo establece su artículo 1, pues son diversas las disposiciones que la misma contiene y que se encuentran relacionadas con la defensa de los intereses de los animales (artículos 66, 67, 68), las mismas que a su vez deberán leerse a la luz de variados imperativos morales y otros tantos derechos fundamentales (artículo 2, incisos 1 y 22, entre otros).

En lo que respecta a las manifestaciones o tradiciones culturales, el voto ensayará una crítica a la postura contenida en la ponencia principal por considerar insuficientes sus argumentos para avalar dicho carácter. Y es que la existencia de prácticas que puedan calificarse de dicha forma o el mero gusto de algunas personas por la crueldad o la tortura no justifica necesariamente su permanencia ni que puedan considerarse una excepción a la regla de proteger a los animales, tanto más cuando a lo largo de la historia, las sociedades han ido prohibiendo las mismas, siendo ello parte del elemental sentido común y de avances hoy incuestionables.

La postura del Magistrado enfatiza por último en la necesidad de establecer diferencias entre los grupos de tradiciones culturales, debiendo distinguirse en primer término, las que son positivas y reflejan la identidad, cosmovisión y prácticas de un pueblo o comunidad; en segundo lugar, las que pueden ser consideradas como tolerables por restringir otros bienes constitucionalmente valiosos pero donde debe evaluarse determinados criterios objetivos; y en tercer lugar, aquellas otras que representan conductas totalmente negativas de las que se derivan daños o lesiones iusfundamentales.

El voto en este sentido, considera que las prácticas cuestionadas formarían parte de este último grupo, por lo que se pronuncia por el carácter estimatorio de la demanda interpuesta.

3.7. La posición del Magistrado Ernesto Blume Fortini

La postura del Magistrado Blume Fortini, se orienta en favor de la demanda interpuesta bajo la premisa de que la norma objeto de cuestionamiento, no sólo sería contraria a diversos mandatos constitucionales sino a la propia Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407 en cuanto parte integrante del bloque de constitucionalidad. En este sentido se alega que la inconstitucionalidad sería pues no sólo directa, sino también indirecta.

En cuanto a la fundamentación misma utilizada en el voto, se acepta que aunque sobre el estatus jurídico de los animales existen dos corrientes de pensamiento, el especismo (que proclama la primacía de la vida humana por encima de la vida animal) y el antiespecismo (que promueve la defensa de todas las formas de vida independientemente de sus peculiaridades), la postura a asumirse, debe contextualizar la controversia dentro de nuestro propio ordenamiento constitucional y las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad.

El Magistrado Blume recuerda al respecto que su posición hasta la fecha no ha sido la de considerar a los animales como sujetos de derecho sino como objetos del mismo, lo que sin embargo tampoco debe interpretarse como que aquellos no tengan un estatus especial dada su condición indiscutible de seres vivientes y además sintientes. Ello a su juicio obliga a que el trato humano hacia los mismos se encuentre carente de toda crueldad o maltrato, posición que se deriva no solo de la Constitución sino de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ocurre principalmente con la Ley de Protección y Bienestar Animal.

En este sentido, el voto pasa revista de las diversas disposiciones constitucionales que protegen el medio ambiente o entorno natural (artículos 2, inciso 22, 67, 68) haciendo hincapié que los animales forman parte integrante del mismo, disposiciones que en buena cuenta han tenido un desarrollo en la Ley N° 30407 que ha establecido un repertorio de principios de primera importancia como el principio de protección y bienestar animal (artículo 1.1), el principio de protección de la biodiversidad (artículo 1.2), el principio de colaboración integral y de responsabilidad de la sociedad (artículo 1.3), el principio de armonización con el derecho internacional (artículo 1.4) o el principio precautorio (artículo 1.5) que son perfectamente armónicos con lo establecido en la carta.

Particular referencia se brinda al primero de los principios en mención que busca proteger y preservar el mundo animal como algo de particular valor sustentado en la premisa de que quienes lo integran lo hacen en su condición de seres sintientes con capacidad para procesar el dolor o el sufrimiento, postura que no sólo se encuentra presente en el citado artículo 1, sino en prácticamente todos los contenidos de la ley como lo evidencian los artículos 3 y 14.

200

Si bien la posición del Magistrado Blume, hace eco de la condición de objetos que tendrían los animales, se recuerda que conforme al artículo 70 de la Constitución el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley, criterio que permite reivindicar la citada Ley de Protección y Bienestar Animal, suponiendo ello un trato adecuado para toda especie viva que proscriba toda forma de maltrato y crueldad ejercido para con los animales, como se sigue asimismo de los artículos 5, 7, 16, 17 y 18.

Siendo las cosas del modo descrito, se evidencia que la disposición materia de cuestionamiento no solo colisiona con la Constitución sino con el esquema de principios, prescripciones y prohibiciones reconocidas en la ley de protección y bienestar animal.

En el contexto señalado el membrete de cultura no puede ser pretexto para vaciar de contenido lo que representa el deber de protección animal, pues por mucho que su espectro pueda abarcar diversos aspectos ello no invita a desnaturalizar otros valores constitucionales y bienes jurídicos de relevancia, siendo que las situaciones excepcionales se han hecho para confirmar una regla, no así para desvirtuarla, como ocurre en el presente caso.

El voto finalmente y como se señala apuesta por el carácter estimatorio de la demanda interpuesta.

4. Análisis de la discusión planteada y lo que no pudo decidir el Tribunal Constitucional

No es materia de nuestro comentario valorar en concreto las diversas posturas de cada Magistrado Constitucional. Con sus argumentaciones y conclusiones, asumen lo que a su juicio es lo pertinente para el presente caso.

Ello no obstante y si de consideraciones personales se trata estamos convencidos que la falta de definición en la que ha incurrido el Tribunal Constitucional desde una perspectiva corporativa, no incapacita a analizar en detalle la discusión planteada, pues esta, como se dijo al inicio, plantea temas de enorme relevancia jurídica y moral que estamos convencidos no deben ser minimizados.

En concreto vamos a verificar en este apartado dos temas, uno preponderantemente técnico que merece comentario así sea breve, y otro sustantivo y mucho más amplio, directamente conectado a la materia de objeto de debate. En relación a este último, se analizarán varios aspectos que consideramos de interés.

201

4.1. Sobre la norma objeto de control y los parámetros jurídicos dentro de los cuales debe ser contextualizada. El concepto con el que debería concebirse el llamado bloque de constitucionalidad

Como se sabe, la demanda de inconstitucionalidad ha sido dirigida contra una norma legal reprochando no solo su inconstitucionalidad, esto es su colisión con determinados contenidos de la Constitución, sino su manifiesta incoherencia con aquella otra de la cual forma parte y que es en rigor la propia Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407.

Vista en perspectiva impugnatoria, lo dicho significaría que no solo se estaría cuestionando su inconstitucionalidad directa, sino también, su inconstitucionalidad indirecta.

Aunque el Tribunal Constitucional suele distinguir tales tipos de inconstitucionalidad (la directa e indirecta) previstos por primera vez en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional del año 2004 y reproducidos en tratamiento en el artículo 74 del recientemente promulgado Nuevo Código Procesal

Constitucional del año 2021⁷, usualmente la conceptualización que suele ofrecernos de los mismos se basa, en algunas consideraciones bastante desfasadas o susceptibles de necesaria revisión.

Conviene recordar al respecto que el concepto de inconstitucionalidad directa e indirecta se encuentra decididamente asociado o requiere un conocimiento previo de la teoría del llamado bloque de constitucionalidad⁸. Mientras que por la primera se entiende aquella situación de oposición o desconocimiento entre la norma impugnada y una o varias normas que integran el contenido específico del texto constitucional, por la segunda en cambio, se asume aquella situación en la que la norma objeto de cuestionamiento, colisiona con una o varias normas o expresiones normativas integrantes del bloque de constitucionalidad. De esta forma el carácter indirecto de la inconstitucionalidad se verá reflejado no por el desconocimiento con el texto mismo de la Constitución sino por su oposición con lo señalado en una de las normas o expresiones normativas que desarrollan la Constitución en cuanto norma fundamental.

202

Ahora bien, decimos que son desfasadas algunas de las consideraciones que el Tribunal suele manejar sobre estas variantes de inconstitucionalidad y la propia teoría del bloque, básicamente porque se sustentan en una ejecutoria que aunque interesante, es anterior a la existencia misma del Código Procesal Constitucional

7 Ello por cierto, a diferencia de las llamadas inconstitucionalidades por el fondo o por la forma de las que venía dando cuenta la Constitución desde hace mucho, de conformidad con lo establecido en su artículo 200, inciso 4, o de las inconstitucionalidades totales o parciales a las que se refirió en su momento el artículo 21 de la antigua y actualmente derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 y que han continuado siendo reconocidas en las normas procesales posteriores.

8 Existen multiplicidad de textos que abordan tan importante temática. Aquí solo mencionaremos: Rubio Llorente, Francisco.- “El Bloque de Constitucionalidad”; *Revista Española de Derecho Constitucional*; Año 9; N° 27; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, Setiembre-Diciembre de 1989; Págs. 9 y ss.- Favoreu, Louis.- “El Bloque de la Constitucionalidad”; *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*; N° 05; Madrid, Enero-Marzo de 1990; Págs. 45 y ss.- Manili, Pablo Luis.- *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*; La Ley; Buenos Aires 2003. En nuestro medio, puede verse entre otros valiosos estudios el de Carpio Marcos, Edgar.- Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”; *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*; N° 4; Julio-Diciembre del 2005; Editorial Porrúa- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; México; Págs. 79 y ss. Sin embargo y en nuestro concepto, la construcción de los referentes constitutivos del bloque se encuentra rigurosamente asociada no solo a lo que el sistema constitucional establezca sino a lo que el propio desarrollo jurisprudencial de cada país habilite como opciones de expansión o parámetro constitucional.

del año 2004, es decir, mucho antes de que se hablara de la propia fisonomía distintiva entre la llamada inconstitucionalidad directa y la indirecta.

En efecto, la ejecutoria a la que nos referimos y que suele reivindicar con bastante frecuencia el Colegiado, es la recaída en el Expediente N° 0007-2002-AI/TC (Caso: Municipalidad Metropolitana de Lima)⁹. En el fundamento séptimo de la citada sentencia se dijo en su momento que “...en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas a la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional”.

Una aseveración como la señalada ha permitido que en ocasiones, el Tribunal opte por considerar que cuando lo que se demanda es la inconstitucionalidad de una norma integrante del bloque se asuma que tal cuestionamiento solo puede comprender normas infraconstitucionales estrictas que a su vez sean reclamadas directamente por la Constitución.

Desde nuestro concepto pero en abierta compatibilidad con los desarrollos jurisprudenciales del mismo Colegiado, esta postura es bastante opinable y de alguna forma encierra una visión restringida de lo que debe entenderse por bloque de constitucionalidad y por los componentes jurídicos que lo integran. En efecto, por más que se opte por una interpretación rigurosamente literal del artículo 79 del Código Procesal Constitucional del Código Procesal del 2004 o del actualmente vigente artículo 78 del Código Procesal Constitucional del 2021, que sólo menciona entre las mismas a “...las leyes que, por remisión expresa de la constitución, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado” (concretamente, las llamadas leyes orgánicas) “o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (las leyes desarrollo de los derechos fundamentales), hoy en día nadie se toma en serio (y ni siquiera el propio Tribunal Constitucional lo hace) que esas sean las únicas fuentes que forman parte del citado bloque. La remisión continua o reiterada a los tratados internacionales de derechos humanos (Disposición Final Cuarta de la Constitución), a la doctrina jurisprudencial vinculante (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004 o artículo VII del Código Procesal Constitucional del 2021), a los precedentes constitucionales vinculantes (artículo VII del Título

9 Ejecutoria publicada con fecha 09 de setiembre del 2003.

Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004 o artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2021) o a la propia jurisprudencia internacional emitida por los organismos internacionales que supervisan la eficacia de los tratados (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004 o artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2021) permiten considerar que el parámetro de constitucionalidad es algo mucho más extenso que lo que el legislador ordinario pudo originalmente concebir.

En este contexto, es por demás curioso que se siga repitiendo algo que la realidad jurisprudencial hace buen rato lo ha rebasado y con harta distancia.

Para efectos de lo que es materia de este trabajo, lo dicho adquiere una enorme trascendencia, pues es un hecho que si lo que se cuestionaba era una norma no solo por su oposición a cláusulas constitucionales expresas sino a la propia norma infraconstitucional que le servía de contexto, esta claro que el Tribunal Constitucional no solo se encontraba facultado para tener en cuenta los contenidos que en pro de la defensa de los animales podían anidarse dentro de la Constitución como norma suprema, sino los contenidos de la propia Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407, pues estos últimos representaban una manera de como el legislador ordinario había enfocado el tratamiento de la naturaleza cuando de los animales en específico se trataba, lo que permitía considerarla como una indiscutible norma integrante del bloque de constitucionalidad.

204

En las circunstancias descritas, discrepamos de cualquier posición que so pretexto de un insuficiente concepto de lo que es el parámetro de control solo considere a la Constitución en sentido estricto, cuando dicha norma no es la única que encierra todo el Derecho Constitucional, sin perjuicio de que sea y por obvias razones, su manifestación esencial. A nuestro entender, el parámetro de control, podía involucrar a la propia Ley de Protección y Bienestar Animal, no solo porque sus contenidos se fundamentan en referentes constitucionales expresos (artículo 2, inciso 22, 67, 68, entre otros), sino porque el propio Tribunal, ha establecido razonamientos jurisprudenciales en tal sentido (Exp. N° 07392-2013-PHC/TC)¹⁰.

10 Cfr. Ejecutoria publicada con fecha 05 de agosto del 2019. Sobre esta última, hemos realizado un comentario especial al cual nos remitimos para mayores detalles. Al respecto Sáenz Dávalos, Luis R.

4.2. Sobre la materia controvertida

Son varias reflexiones las nos despierta el asunto objeto de controversia. Centramos nuestra atención en las que consideramos esenciales.

4.2.1. La necesidad de romper con el esquema especista y cambiar los enfoques de lo que reconoce y protege el Derecho

Una de las razones por las que cuesta tanto sincerar los razonamientos en el discurso alrededor de la protección animal y el tratamiento jurídico que se auspicia, se basa en definitiva en el hecho de convivir con razonamientos adscritos a esquemas típicamente especistas, donde deliberadamente posicionamos a nuestra especie por encima de otras solo porque así se nos antoja o porque de esa forma es que hemos sido formados¹¹.

Mientras sigamos considerando que somos la especie preferente alrededor de la cual gira el mundo, la naturaleza y todo aquello que prediquemos a título de valor o bien jurídico, va a ser bastante complicado que comprendamos la importancia de los avances del Derecho en favor de los animales.

Discusiones sobre si el deber de protección animal nace o no de la Constitución o hay que deducirlo a partir de determinados contenidos y razonamientos basados en los que esta contempla, se acabarían por completo si empezáramos por comprender que el ser humano no es unidimensional sino que vive sujeto

“La protección especial de los animales y su relación con los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional y un deber que cala hondo”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*; Tomo 141; Lima, setiembre del 2019; Págs. 73 y ss. Una versión más actualizada de este trabajo la hemos publicado en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*; N° 12; (Historia Constitucional); Centro de Estudios Constitucionales; Tribunal Constitucional; Lima, Agosto del 2020; Págs. 483 y ss.

11 Hoy en día existen abundantes estudios que abordan *in extenso* el tratamiento de la llamada ética especista. Inevitablemente sigue siendo indispensable remitirse al clásico texto de Singer, Peter.- *Liberación Animal. El clásico definitivo del movimiento animalista*; Taurus; Segunda Edición Ampliada; Barcelona 2018; Págs. 215 y ss. Asimismo y entre otros: Pelluchon, Corine.- *Manifiesto Animalista. Politizar la causa animal*; Reservoir Books; Barcelona 2018; Págs. 29 y ss.- Horta, Oscar.- *Un paso adelante. En defensa de los animales*; Editorial Plaza y Valdéz; Madrid 2017; Págs. 19 y ss.- Crespo Carrillo, Carlos Alberto.- “Liberación animal desde una bioética no especista” en Ávila Gaitán, Ivan Darío (Compilador).- *La cuestión animal(ista)*; Ediciones desde abajo; Bogotá 2016; Págs. 359 y ss. En nuestro medio el interesante trabajo 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; Págs. 8 y ss.

a un escenario que le rodea y que merece igual o proporcional valoración, tanto más cuando sin este último le es imposible existir.

La naturaleza y sus componentes no son fruto ni resultado de la decisión del ser humano sino que le preceden y pueden serle incluso posteriores en existencia, por lo que mientras no se asuma su real importancia, es equivocado o francamente distorsionado que sigamos haciendo del Derecho y de sus regulaciones un instrumento solo al servicio de aquel. Por lo demás, de cambiarse los enfoques no tendrían tampoco porque plantearse polémicas alrededor de lo que entendemos por el valor dignidad apoyándonos en la pretendida inteligencia o razonamiento autodeterminativo del individuo, sino que avizoraríamos dicho valor desde una óptica mucho más omnicomprendiva capaz de comprender su auténtica posición¹². Esto por supuesto no significa desmerecer la inteligencia humana y la capacidad de merituar la trascendencia de sus creaciones sino la necesaria contextualización de su verdadero rol que es el de auspiciador antes que sujeto o especie dominante.

Sin embargo, es un hecho que para romper con tal esquema de raciocinio se necesitaría caminar por rumbos bastante distintos de los hasta hoy conocidos, aceptando pacífica y racionalmente que la importancia de toda especie viviente es lo que debe ser valorado, sin menosprecios de ninguna otra que pueda existir. Si tal consideración nos conduce a un franco reconocimiento de derechos a favor de los animales¹³, rompiendo el edificio de la subjetividad para reemplazarlo por otro que privilegie los intereses elementalmente objetivos, en buena hora¹⁴. Pero depende de que tanto estemos dispuestos a rectificar y por supuesto, de cuanto tengamos que esperar.

-
- 12 Entre otros, el interesante planteamiento de Nussbaum, Martha C.- *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*; Editorial Planeta S.A.; 8 reimpresión; Barcelona 2020; Págs. 321 y ss.- Escartín Gual, Monserrate.- “Otra Dignidad: La cuestión de los animales” en Casado, María (Coordinadora).- *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*; Editorial Civitas; Editorial Aranzadi; España 2009; Págs. 55 y ss.
- 13 Cfr. Donaldson, Sue & Kymlicka.- *Zoópolis, una revolución animalista*; Errata Naturae Editores; Madrid 2018; Págs. 41 y ss.- Rey Pérez, José Luis.- *Los derechos de los animales en serio*; Editorial Dykinson; Madrid 2018; Págs. 15 y ss.- Pelluchon, Corine.- *Manifiesto Animalista. Politizar la causa animal*; Págs. 68 y ss.- Ricard, Matthieud.- *En defensa de los animales*; Editorial Kairos S.A.; Barcelona 2015; Págs. 311 y ss.
- 14 La defensa de los derechos de los animales no sólo tienen base argumentativa en el Derecho sino una profunda connotación moral como lo expone ampliamente Regan, Tom.- *En defensa de los derechos de los animales*; Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Programa Universitario de Bioética; México 2016.

Ahora bien, mientras un cambio de tal magnitud se produce, ciertamente la solución a las controversias o discusiones jurídicas y morales no debe pasar tampoco y como a menudo se observa por un relativismo y franco conservadurismo en el pensamiento, tendiente a petrificar el estado de las cosas, sino por la apertura, así sea mínima, a las transformaciones responsables que cada etapa de la historia de la humanidad impone.

Es en este contexto de reflexión que queremos ubicar a la discusión que se ha planteado pues entendemos que la no respuesta producida, es consecuencia directa de esa lucha incesante entre quienes aceptan la posibilidad de visionar el Derecho de una manera abierta y evolutiva y quienes por el contrario, se aferran a un pensamiento estancado en ideas decimonónicas donde cualquier variación es sinónimo de peligro o de inexplicable temor.

4.2.2. El debate sobre las conductas de instrumentalización de los animales para fines de entretenimiento

Desde épocas bastante antiguas ha existido discusión acerca de la utilización que el ser humano ha hecho de los animales para fines u objetivos propios.

Seguramente las razones que justifican la citada utilización tienden a ser más frecuentes y por supuesto mucho más amplias cuando de por medio se respaldan en objetivos dotados de cierto margen de legitimidad, como podrían ser la propia subsistencia de la especie humana o la ayuda que puedan significar para determinados propósitos utilitarios (transporte o compañía por ejemplo) pero es un hecho que cuando hablamos de factores no muy claros como el simple entrenamiento¹⁵, las cosas pueden volverse opinables, tanto mas cuando los alcances de este último distan mucho de aparecer como prácticas pacíficas o inocentes y

15 Obviamente no es materia del presente estudio hacer la evaluación de las distintas formas de utilización animal ni de aquellas otras que descartan por completo dicha posibilidad (veganismo), pues ello requeriría analizar posturas y contrastar lo razonable o no de ciertas conductas humanas en relación con el animal, sino focalizar nuestro enfoque específicamente respecto de las que comporten el manifiesto abuso o maltrato en los términos que plantea el caso que aquí se analiza. No obstante y para los interesados en el tema de la utilización animal, hay abundante bibliografía. A parte de la anteriormente citada: Ricard, Matthieud.- *En defensa de los animales*; Págs. 259 y ss.- Leyton Donoso, Fabiola.- *Bioética frente a los derechos de los animales: tensión en las fronteras de la filosofía moral*; Universitat de Barcelona; Facultad de Filosofía; Barcelona 2014; Págs. 65 y ss.- Parada Rincon, Brigitte G Juliette.- *Ética, derechos animales y liberación*; Universidad de Santo Tomas de Aquino; Facultad de Filosofía y Letras; Bogota 2017; Págs. 3 y ss.

se tornan en comportamientos donde prevalece o se privilegia el maltrato o la violencia.

El dilema es todavía mucho mas grande cuando esos comportamientos generan simpatías y de estas se pasan a las costumbres, luego convertidas en tradiciones. Allí es donde precisamente la discusión no se torna tan pacífica, pues una cosa es que los estilos de interacción para con los animales impliquen observaciones elementales de su propio discurrir natural o de la elemental inquietud humana por conocer o investigar y otra distinta que bajo la forma de espectáculo se haga lascivo placer del dolor o sufrimiento ajeno provocado intencionalmente o peor aún, que se haga gala de una supuesta valentía allí donde las ventajas artificiosas y no la naturaleza real es el factor determinante.

La historia de las peleas entre animales o de las propias corridas de toros parece tener un elemento en común, el afán del ser humano de gozar observando quien demuestra ser más poderoso y si dentro de esa demostración de poderío algún papel nos toca representar, aún a sabiendas de las trampas que a la propia naturaleza le podemos hacer basados en nuestra capacidad de sacar ventaja de elementos no precisamente muy naturales que digamos como el aturdimiento provocado por los escenarios estratégicamente preparados o las armas introducidas adrede por ejemplo.

208

El hecho de que algo agrade o atraiga no es ningún factor que genera legitimidad. Lamentablemente hay quienes piensan en contrario y han hecho del alegato de las costumbres y tradiciones y del membrete cultura al que se apela el pretexto perfecto para respaldar comportamientos como los descritos. El debate suscitado ante nuestro Tribunal Constitucional así lo evidencia y como ya se ha dicho en algún otro momento, dista mucho querer cerrarse en definitiva.

4.2.3. El discurso constitucional y el deber de protección animal

Una rápida revisión de las principales sentencias donde se ha abordado de alguna forma temas vinculados a los animales y a la posición que ocuparían en nuestro modelo constitucional, nos evidencia que aunque la perspectiva no haya sido todo lo uniforme del caso, arroja una cierta tendencia en pro de lo que representa su protección desde el ámbito del Estado y de la sociedad. Esto por supuesto, con independencia de lo que finalmente se haya llegado a decidir, sobre cada asunto controvertido.

Cabe recordar al respecto que con motivo de la sentencia recaída en el Exp. N° 0042-2004-PI/TC (Caso: Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos)¹⁶ el Tribunal Constitucional dejó en claro la existencia de una preocupación “...no sólo... desde la perspectiva jurídica sino también desde el punto de vista de la ética, por... el medio ambiente y la convivencia armónica y pacífica del ser humano con su entorno y, dentro de él, con todos los seres vivos con los cuales coexista”, llegando a considerar que “...el ser humano... debe actuar en armonía y convivencia pacífica con los demás seres vivos que le rodean, en la medida que debe asumir una actuación responsable frente a ellos; especialmente frente a los animales”.

Según se puntualizó en aquella ocasión “...el Estado tiene el deber de asegurar que las personas no actúen con violencia frente a otras personas, ni con crueldad contra los animales, lo cual tiene un fundamento jurídico y ético” lo que lo llevará a concluir que “...no existe ningún argumento racional que justifique el que el ser humano someta a torturas, tratos crueles y de muerte, innecesariamente, a los animales; más aún si dichos actos se realizan por diversión en espectáculos públicos” siendo “Tal actitud... contraria con la ética y... la dignidad y la naturaleza racional y emotiva del propio ser humano, pues el respeto a los animales por parte de toda persona halla su fundamento también en el respeto mutuo que se deben los hombres entre sí”.

Esta visión, como es bien sabido, permitirá que el Colegiado adopte una primigenia pero muy firme posición en contra de las corridas de toros y otros espectáculos de naturaleza similar, bajo la premisa de que aquellas no contarían con respaldo constitucional.

Aunque años después esta posición, haya sido radicalmente variada con motivo de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0017-2010-PI/TC (Caso: Colegio de Abogados de Lima Norte)¹⁷ emitida por una nueva conformación del Tribunal que optaría por argumentar en pro de un pretendido carácter cultural en las corridas de toros, es importante rescatar cuando menos alguna afirmación tendiente a postular que “...de la consideración de los espectáculos taurinos como culturales, no puede inferirse que se encuentre justificado causar sufrimientos innecesarios a los animales. En primer término porque este Tribunal no aprecia... que los espectáculos taurinos tengan meramente por finalidad el maltrato de un animal. En segundo

16 Ejecutoria publicada con fecha 12 de agosto del 2005.

17 Ejecutoria publicada con fecha 09 de mayo del 2011.

*lugar, porque producir sufrimientos innecesarios a los animales constituye una infracción al deber de respeto y protección al ambiente, que impone el artículo 2° inciso 22 de la Constitución*¹⁸.

Por cierto, existen también pronunciamientos que aunque no abordan la temática animal desde la perspectiva de una protección directa, adoptan una postura que podríamos considerar de protección más bien indirecta o por referencia a los beneficios que los mismos proporcionan a la persona. En esta línea encontramos, por ejemplo, las ejecutorias recaídas en el Exp. N° 2437-2013-PA/TC (Caso: Jane Margarita Cósar Camacho y Otros)¹⁹ sobre acceso a los mercados de las personas discapacitadas visualmente en compañía de sus perros guía²⁰ o el Exp. N° 1413-2017-PA/TC (Caso: Juan Fernando Ruelas Noa)²¹ sobre tenencia de mascotas al interior de los edificios o condominios frente a lo que constituyen los reglamentos adoptados por las Juntas de Propietarios²². En ambos casos, se desarrollan importantes y muy valiosas consideraciones que recalcan en la necesidad de garantizar los beneficios que los animales (particularmente los domésticos) proporcionan al individuo en la materialización efectiva de sus derechos.

210

Sin embargo y si de ejecutorias valiosas se trata, un hito importantísimo lo constituye la emitida en el Exp. N° 7392-2013-PA/TC (Caso: Horse Brown SAC)²³ no solo por provenir de la actual conformación del Tribunal Constitucional, sino por ser la primera en apostar por una firme y decidida posición a favor del deber de protección animal no solo en el contexto de los parámetros

18 Un análisis de lo decidido tanto en el Exp. N° 0042-2004-PI/TC como de lo resuelto en el Exp. N° 0017-2010-PI/TC lo encontramos en el trabajo de Franciskovic Ingunza, Beatriz.- “A favor o en contra de los espectáculos taurinos: Por sus resoluciones los conoceréis”; *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*; Tomo 82; Gaceta Jurídica; Lima, Octubre del 2014, Págs. 228 y ss.

19 Ejecutoria publicada con fecha 30 de abril del 2014.

20 Un breve análisis de esta ejecutoria del Tribunal Constitucional así como de otras emitidas en contextos similares por organismos administrativos reguladores, al igual que en la jurisprudencia comparada, se puede revisar en: Aldana Ramos, Edwin Gabriel.- “Discriminación a consumidores con discapacidad visual acompañados por perros guía”; *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, N° 48-49; Universidad de Lima; Lima 2017-2018; Págs. 67 y ss.

21 Ejecutoria publicada con fecha 09 de julio del 2019.

22 Respecto de esta importante decisión recomendamos revisar el trabajo de Beatriz Franciskovic Ingunza.- “Prohibición de tenencia de mascotas en el reglamento interno de un edificio. Precisiones y sugerencias respecto al tema de los animales de compañía (mascotas) y perros guía”; *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*; Tomo 140; Gaceta Jurídica; Agosto del 2019; Págs. 25 y ss.

23 Ibidem cit. 11.

establecidos en la Ley de Protección y Bienestar Animal N° 30407 sino a la luz de los propios mandatos constitucionales que le sirven de fundamento.

En esta sentencia se observarían algunos detalles muy significativos. Probablemente, uno de los más notorios, el de haber reivindicado en sus líneas generales el discurso pro animalista desarrollado en el Exp. N° 0042-2004-PI/TC para a partir de dicho marco, reconocer la capacidad de sentir de los animales con independencia de si la misma es igual o no a la capacidad ostentada por los seres humanos.

En base a dicha premisa y a la necesidad de no ignorar el sufrimiento al que puedan ser sometidos los animales así como de evitarles dolores o padecimientos injustificados, aparecerá como reconocible un deber de protección animal y la correlativa proscripción de un derecho de los seres humanos a tratarlos de forma opuesta a lo que tal deber representa, asumiéndose el mismo bajo consideraciones no solo éticas o morales sino plenamente jurídicas, las que por otra parte otorgaran plena legitimidad a una Ley como la de protección y bienestar animal.

La misma sentencia, desarrollara los vínculos entre el citado deber y diversos contenidos constitucionales y aunque optara por un discurso especista al considerar a los animales como objetos de Derecho, no dejara de hacer alusión a los diversos atributos que le sirven de fundamento, como el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de propiedad e incluso la libertad de creación científica.

Es esta ejecutoria la que de alguna manera y dentro de sus propias líneas de raciocinio apostará por un enfoque decididamente proteccionista que en buena cuenta estará presente en la discusión planteada alrededor de la causa que aquí se analiza, pues con independencia que hayan existido posiciones a favor o en contra de los espectáculos cuestionados, nadie que se sepa (ninguno de los Magistrados) ha llegado a sostener que sea plausible maltratar a los animales. Cosa distinta es que hayan diferido en la naturaleza del discurso tendiente a justificar eventuales excepciones a dicho temperamento, apelando al argumento de la cultura.

4.2.4. La cultura como argumento de legitimación del maltrato

Cuando las conductas generan simpatías o identificaciones y estas se van tornando colectivas además de repetitivas, se van construyendo de a pocos los elementos que prefiguran lo cultural. Evidentemente en tal proceso se corre el

riesgo, muchas veces inevitable, que lo cultural constituya pretexto para la aceptación de todo, por más que ello vaya reñido con ingredientes de tipo moral.

Es en este contexto y al margen de la amplitud de los elementos que puedan servir de referente para lo cultural (costumbres, prácticas, creencias, etc.) que cobra un papel muy importante lo que pueda determinar el Derecho, pues esta claro que sin este último la noción de lo que se entiende por cultura sería equivalente a una caja de sastre donde bien podrían coexistir contra natura tanto el bien como el mal.

El Derecho en principio sirve pues de elemento delimitador, siempre que aceptemos pacíficamente, que no todo puede ser cultura y que en los criterios que este establezca reside gran parte de la solución a las actitudes desprovistas de legitimidad.

El problema aparece cuando ese mismo Derecho, en lugar de obrar como un elemento catalizador termina siendo desbordado por el alegato de lo pretendidamente cultural bajo la consideración que aquel se encuentra desprovisto de la suficiente capacidad como para morigerar lo decididamente cuestionable.

212

Comprendemos que no es fácil y que siempre va a estar abierto al debate lo que pueda representar la cultura y los derechos con dicho contenido²⁴, pero si se sigue postulando desde ciertos espacios, que esta carece de elementos morales mínimos²⁵, va a ser imposible que se pueda encontrar solución a muchos problemas. Esto naturalmente tampoco significa que lo cultural tenga que ser estático o inamovible pero es un hecho que en la posibilidad de admitir los cambios o transformaciones, así sean lentos o paulatinos es que residiría gran parte de la solución.

24 Cfr. Zegarra Rivera, Daniel Arnaldo.- “Tratativa constitucional de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el Perú”; *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*; N° 52; Universidad de Lima; Lima Julio de 2021; Págs. 71 y ss.

25 En este sentido no deja de suponer un cierto avance, lo establecido en la Resolución Ministerial 338-2015-MC del 22 de setiembre del 2015 mediante la cual se aprueba la Directiva 003-2015-MC sobre “Declaratoria de las Manifestaciones de Patrimonio Cultural Inmaterial y de la obra de grandes maestros, sabios y creadores como Patrimonio Cultural de la Nación y Declaratoria de Interés Cultural” y en cuyo Apartado VII sobre Disposiciones Específicas, numeral 7.2., acápite C, se deja establecido como uno de los criterios a tomarse en cuenta por la Dirección de Patrimonio Inmaterial a los efectos de no declararse como patrimonio cultural a “*las expresiones culturales... que conlleven actos de crueldad y sacrificio de animales*”.

Ello no obstante, diversos factores conspiran para que esa transformación como único elemento de solución pueda darse. Intereses económicos, concepciones sociales, factores políticos o concepciones de mera creencia, terminan siendo gravitantes, por lo que el papel de las cortes de Justicia termina por una u otra razón cobrando protagonismo.

Lo que es un hecho fácilmente constatable es que quienes abogan por la no transformación o cambio definitivamente van a encontrar en el alegato cultural el más fuerte de los elementos y mientras más connotaciones subjetivas le agreguen tanto más fácil les resultara oponerse a las innovaciones. De esta forma la cultura siempre será utilizada como el más fiel escudero para justificar lo que aquí llamamos maltrato animal. Le dirán arte, valentía, tradición o muchas cosas más, pero no por ello dejara de ser en el fondo, lo que su propia esencia representa, perversión moral²⁶.

La historia del caso que aquí se analiza es solo un capítulo más de una larga historia. A más cultura mal entendida más maltrato justificado.

El Derecho entonces y lo que pueda determinar se transforma como reiteramos en un elemento trascendental. Lo grave es cuando a ese mismo Derecho se le incorpora, contra toda lógica fórmulas de desvirtuación, como la excepción que ha motivado la presente causa.

Excepciones a una regla pueden existir, no nos cabe la menor duda, pero cuando aquellas no son otra cosa que evidentes negaciones de la regla, esta simplemente deja de existir. Es como si una Constitución dijera que la persona goza de dignidad y que nadie la puede instrumentalizar pero al mismo tiempo resucitáramos instituciones que hicieran las veces de la esclavitud, la servidumbre o la trata en cualquiera de sus formas. O somos dignos o no lo somos, o somos instrumentos o no lo somos, pero no podemos convivir en dos universos paralelos donde lo mismo que se defiende, es a la par lo mismo que se termina negando.

26 Aunque hay que reconocer que algunos (aunque muy pocos) defensores de las llamadas “tradiciones culturales” suelen plantear un debate más abierto en el terreno de la filosofía, con independencia de lo coherente o no de sus propias argumentaciones. Cfr. al respecto: Savater, Fernando.- *Tauroética*; Editorial Ariel; Barcelona 2020.

4.2.5. ¿Puede un Tribunal Constitucional decirnos que un comportamiento es cultural o que no es cultural, pero al mismo tiempo estar incapacitado para decirnos que es cultura?

La pregunta que antecede no se ha hecho en vano y es inevitable responderla.

No es nuestro propósito cuestionar los alegatos de quienes en el contexto de la presente causa están a favor o en contra de los espectáculos de maltrato animal, pero es curioso que algunos de los mismos coincidan en algo bastante sorprendente, consistente en que un Tribunal o Corte de Justicia no tendría facultades para estructurar o desarrollar lo que representa un concepto elemental o contenido esencial de la cultura, bajo la premisa de que tal atribución, por ley, le correspondería a otro tipo de autoridad supuestamente “especializada”.

Discrepamos de dicha toma de posición. En principio, no la compartimos por una razón técnica a estas alturas imposible de ignorar. Que se sepa, la Constitución, no se interpreta de conformidad con la ley, sino que es la ley la que se interpreta de conformidad con la Constitución, y poco relevante es que la ley pretenda decirnos que una autoridad es la exclusiva o excluyente en una determinada materia, cuando de lo que se trata es de cumplir la inevitable y elemental tarea de interpretar la Constitución y los contenidos que aquella posee.

214

Y ya que mencionamos esto último, viene tal vez, lo que sea la más importante de las consideraciones para objetar un argumento como el descrito. Las Cortes de Justicia y sobre todo, el Tribunal Constitucional, permanentemente han hecho gala y con plena legitimidad, de una enorme capacidad para dispensar contenidos a la luz de la Constitución de lo que representan todos los derechos y bienes jurídicos de relevancia²⁷. Hay tantos ejemplos sobre ello que sin demasiado esfuerzo podríamos hacer un trabajo completo sobre el tema. La vida es un derecho que en principio se concibe orgánica o funcionalmente, pero no porque hay una noción desde la perspectiva de la ciencia, ello ha impedido que el Tribunal maneje su propio concepto sobre la misma tomando prestados elementos de la propia ciencia. La salud es un derecho que requiere inevitablemente una definición en el contexto de la medicina, pero no por ello, esta imposibilitado el Tribunal de desarrollar un concepto de la misma. Igual podemos decir de libertades

27 Cfr. *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución*; Gaceta Jurídica; Tribunal Constitucional del Perú; Lima 2006.

como las de industria y comercio o sobre lo que representa el consumidor en relación a la economía. Y la lógica es similar cuando se trata de contenidos como la economía social de mercado, la seguridad ciudadana o la defensa nacional. Que en todos estos casos, por citar solo algunos, existan materias o autoridades mucho más especializadas, no supone inferir de que por ese motivo no pueda ensayarse una lectura constitucional de los mismos, esto es, conceptos o interpretaciones de cara al mensaje constitucional.

En las circunstancias descritas, no puede decirse, sin que se preste a cuestionamientos, que el Tribunal Constitucional no puede ensayar un concepto de lo que representa la cultura, pues tratándose de un contenido perfectamente constitucional (se habla por ello y desde hace mucho tiempo de Constitución Cultural) es plenamente legítimo desarrollar criterios sobre el tema.

Por lo demás y respondiendo directamente a la pregunta central, no entendemos de que forma puede aceptarse que un Tribunal Constitucional o Corte de Justicia puede decir que un comportamiento o conducta es cultural o al revés de ello, contrario a la cultura, sin tener claro o definido por anticipado que es precisamente la cultura o lo evidentemente cultural. Para aceptar o cuestionar que algo responde sustantiva o materialmente a una cierta característica, no se puede apriorísticamente realizar dicha actividad sin tener en claro el referente a utilizar.

Desde nuestra óptica por consiguiente y con independencia de la postura que pueda ser asumida sobre la materia objeto de controversia, es inevitable que el Tribunal Constitucional se encontraba en la plena capacidad de definir el contenido de los derechos o valores comprometidos.

4.2.6. ¿Eran los espectáculos de trato cruel para con los animales compatibles con la Constitución y con el bloque de constitucionalidad?

Si la Constitución Política de nuestro país auspicia un modelo de protección del medio ambiente y de lo que este comprende como entorno típicamente natural que rodea al ser humano, no cabe la menor duda de la legitimidad jurídica que sustenta el reconocimiento y desarrollo del deber de protección animal. Este último sin embargo, no tendría la importancia que le ha sido asignada ni los alcances que le acompañan sino se encontrara aparejado a la premisa de que los animales son seres sintientes y a la elemental consideración que no existe ni

puede existir un derecho tendiente a validar el abuso o maltrato del que puedan ser objeto.

En las circunstancias descritas y en tanto existe una indudable relación entre lo que la Constitución como norma fundamental y la Ley de Protección Animal y Bienestar Animal establecen, es un hecho que la disposición impugnada, por el contenido con el que venía configurada (abiertamente promotor de tratos de crueldad) alertaba de una evidente como incuestionable vulneración al parámetro de constitucionalidad representado por el bloque de constitucionalidad, tanto en relación con lo dispuesto por la Constitución como a propósito de lo dispuesto por la propia Ley de Protección Animal. En atención a ello, la inconstitucionalidad detectada no solo sería pues directa (contra la Constitución) sino también indirecta (contraria a una de las normas de desarrollo constitucional). Y bien pudo nuestro Tribunal Constitucional, así declararlo.

Ahora bien, esta conclusión naturalmente podría asumirse dentro de un razonamiento que a pesar de todo se sustentara en una concepción típicamente especista. En otras palabras y no por el hecho de que se abogue en pro de la inconstitucionalidad de una norma como la que fue objeto de cuestionamiento, quiere ello significar que estemos marchando hacia un modelo radicalmente diferenciado, habida cuenta que reconocer la necesidad de un buen trato para los animales no supone tampoco que las ideas sobre el estatuto jurídico que actualmente les damos vayan a ser reemplazadas por otras totalmente distintas. Pero ciertamente y eso hay que reconocerlo, hubieran representado una mejor coherencia con un esquema que por lo menos nominalmente y a la luz de lo dispuesto en la Constitución y la Ley de Protección Animal se ha intentado construir²⁸.

Sin embargo y pensando en perspectiva mucho más optimizadora, aunque no por ello carente de sustento, también es cierto que bien podría haberse optado por un redimensionamiento total de la concepción de la dignidad y de la fisonomía abierta que tienen los derechos fundamentales utilizando al efecto

28 La tendencia indica que con independencia de los matices en las corrientes de pensamiento, marchamos hacia una nueva manera de ver las cosas. Al respecto las reflexiones contenidas en la “Mesa Redonda: ¿Los animales pueden ser considerados sujetos de derecho? Una análisis sobre la Ley de Protección y Bienestar Animal y la última sentencia del Tribunal Constitucional que declara constitucional sus excepciones” (Participan: Franciskovic Ingunza, Beatriz; Varsi Rospigliosi, Enrique; Foy Valencia, Pierre); *Revista Ius et Veritas*; N° 60; Lima, Mayo del 2020; Págs. 246 y ss.

el propio artículo 3 de la Constitución y los principios de los cuales estos dimanar²⁹. Imposible no era, pero claro, razonar con una suposición así sería esperar demasiado y quien sabe si volvernos exageradamente idealistas (cuando no francamente utópicos) en una época en la que las concepciones jurídicas se encuentran profundamente sometidas a un férreo conservadurismo del que será demasiado complicado o decididamente difícil desprenderse en el corto plazo³⁰.

En cualquier circunstancia sin embargo, estamos convencidos, que postular que la razón de los enunciados edificados a título de deberes puede verse desnaturalizada so pretexto de mimbres genéricos o formulas indeterminadas interpretables antojadizamente como en buena medida y a propósito del estribillo cultura, ha ocurrido en el presente caso, no va de la mano con un discurso elementalmente razonable o con la razón de Justicia que en último término fundamenta el Derecho.

Habrá que esperar mejores tiempos y nuevas ideas a fin de que lo que ahora no se pudo, pueda merecer nuevas respuestas cuando corresponda el momento, pero por sobre todo cuando nuestra conciencia se construya en base a raciocinios acrecentados en una nueva valoración del mundo y del entorno que nos rodea.

29 La dignidad no solo por referencia a lo que pueda representar estrictamente la persona sino articulada con el Estado Democrático de Derecho, la forma republicana de gobierno y el principio de soberanía popular.

30 También es cierto, que estas posturas son de diverso matiz, dado que aunque en algunos casos representan raciocinios de avanzada, si por supuesto se les contrasta con lo que actualmente existe, no por ello se desprenden de fundamentaciones basadas en visiones acentuadamente tradicionales del Derecho y sus instituciones. Un ejemplo lo observamos entre otros, en Rogel Vide, Carlos.- *Personas, animales y derechos*; Editorial Ubijus, Editorial Reus; México DF, Madrid 2018; Págs. 9 y ss.

**SECCIÓN
MISCELÁNEA**

Justicia digital y derechos fundamentales

✎ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS*

En memoria a Sebastián Rodríguez Robles.

1. Introducción**

La digitalización del mundo judicial es un proceso que en Latinoamérica solamente tiene pocas décadas de lanzamiento y desarrollo. Desde ya, en términos generales, cabe señalar que es solamente parcial y cuenta con una instrumentación muy diferente según los estados, regiones y fueros donde se la practica. No obstante, parece incontenible y en vías de continuo desarrollo, con pretensiones de totalidad e irrevisibilidad. Una vez puesta en marcha, no tiene boleto de retorno. Como bien se ha dicho, más que una conveniencia parece –actualmente– una necesidad.

La presente colaboración intenta primero explicar algunos aspectos significativos de dicho fenómeno. Después, conectarlo con la satisfacción de ciertos principios que hacen al debido proceso y, en particular, con la defensa de determinados derechos fundamentales. Ellos operan como condicionantes y topes a la digitalización.

* Abogado de la Universidad Nacional del Rosario. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional del Litoral (Argentina) y en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Doctor Honoris Causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), por la Universidad San Martín de Porres de Lima, por la Real y Pontificia Universidad Nacional San Francisco Javier de Charcas. Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica de Argentina y de la Universidad Panamericana de México. Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica de Argentina y de la Universidad Panamericana, entre otras universidades de Latinoamérica. Autor de varias obras, derecho procesal constitucional, Teoría de la Constitución Manual de Derechos Constitucional, entre otros.

** El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

2. Sentidos de la justicia digital

Generalmente se concibe a la justicia digital como una empresa técnica, orientada hacia de “desmaterialización del proceso”,¹ que otros, más simplemente, llaman la “despapelización del Poder Judicial”, mediante la adopción de nuevas tecnologías². Sus metas estriban en agilizar y simplificar la administración de justicia, optimizando sus recursos, y descongestionándola, con el consiguiente ahorro de tiempo y esfuerzos³. Sustancialmente, la justicia digital es innovadora, al incorporar nuevos elementos transformadores del trámite de las causas tributarias, empleando modernas tecnologías en materia de comunicación e información⁴. En tal sentido, pretende ser un elemento actualizador y mejorador de una idea clave en materia de derechos constitucionales y humanos, como es, en concreto, el “debido proceso”, incluyendo, entre sus vertientes, claro está, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y la justicia pronta y cumplida.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, hay quienes detectan en la justicia digital otra dimensión más honda: una “mística de cambio y compromiso”⁵. Ello importa descubrir una suerte de faceta espiritual en el asunto; o al menos, una vocación de superación y de *animus* reformista que sublimaría la transformación que apuntamos. Una especie, en síntesis, de razón de división de la administración de justicia en dos épocas, antes y después de la digitalización. La tesis parece maximalista y quizá algo sobreactuada. No obstante, la revolución tecnológica que implica esa digitalización puede efectivamente resultar muy profunda y revulsiva acerca del modo de pensar el proceso, de los deberes de sus protagonistas y hasta de la forma de adjudicar justicia. La forma, por cierto, influye de vez en cuando en el contenido del derecho.

-
- 1 Ver Alvarez Casellas, Leonardo, “Justicia digital”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado, Bogotá, 2010, N° 4, págs. 43-56; Santiago, Sergio César, “Hacia la digitalización judicial”, en *Fortis. Comunicación y gestión*. Posadas (Argentina), 2014, año 3 n° 3, pág. 3.
 - 2 Cfr. Cordella, Antonio y Contini, Francesco, *Tecnologías digitales para mejorar los sistemas de justicia*, Washington, 2020, Banco Interamericano de Desarrollo, pág. 63.
 - 3 Santiago, Sergio César, “Hacia la digitalización judicial”, ob. y pág. cit.
 - 4 Ver Ministerio de Justicia, *Justicia digital: la visión 360° de la Seguridad*, Madrid 2019, *passim*. En particular, el capítulo destinado a “Tramitación electrónica en los órganos judiciales y fiscalías”, pág. 9 y sigts. Cfr. también Gil Berón, Enrique, “Las TIC como medios para lograr una justicia moderna”, en Autores Varios, *Tecnologías al servicio de la justicia y del derecho*, Bogotá, Universidad Javeriana, págs. 59-70.
 - 5 Santiago, Sergio César, “Hacia la digitalización judicial”, ob. y pág. cit.

3. Justicia digital y defensa en juicio

Generalmente se destacan las virtudes de la digitalización judicial, pero no siempre se contemplan sus costos, que también son inevitables. En materia de defensa en juicio, emerge liminarmente uno, de gran significación práctica: la capacitación técnica para para el operador judicial sometido, por reglamentación legal, a comportarse digitalmente.

Eso importa una exigencia que muchos no saben, no quieren o no pueden superar. En particular, cabe anotar que numerosos letrados y jueces, fiscales y defensores públicos y privados, no fueron entrenados en la educación primaria, secundaria o terciaria, en esas lides. A ello se suma el rechazo, por razón etaria o simplemente cultural, a potenciarse y a actuar de aquel modo. En varios supuestos personales, el problema es prácticamente insoluble.

En tal encrucijada, exigir ahora un comportamiento novedoso como el que mencionamos, podría quizá plantearse como opuesto al derecho de defensa en juicio. Al revés, y desde otra perspectiva, es posible alegar que si el requisito resulta aceptable y beneficioso para una mejor gestión judicial, esa legitimidad de fines autoriza a imponerlo, y obliga al afectado a asumir su capacitación o a contratar a alguien que cumplimente tales funciones. Algo similar a quien, lustros atrás, no sabía dactilografía y sin embargo debía presentar sus demandas, respondes y demás actuaciones forenses, escritos a máquina.

De hecho, se ha impuesto normativa y sociológicamente esta última alternativa de admisión. Sin embargo, cabe señalar que si el grado exigido de suficiencia en la capacitación digital respecto de los instrumentos judiciales es desproporcionado, absurdo, arbitrario, contrario al recto sentido común, o si incurre en excentricidades y desmesuras, estos defectos pueden lesionar un ejercicio normal y sensato del derecho de defensa, y por ende, pecar de inconstitucionalidad. Como en cualquier hipótesis de restricción de derechos, la decisión reglamentaria sobre la digitalización judicial está sometida al test de razonabilidad, por más que pueda gozar de la presunción de constitucionalidad.

Un remedio preventivo consistiría en incluir en la currícula universitaria de la licenciatura en derecho, una asignatura obligatoria (y no simplemente optativa), concerniente al manejo de computación y, en general, de digitalización, con más su aplicación en el ámbito forense. Cierta elemental pericia informática

asume hoy, en efecto, la condición de elemento indispensable para el ejercicio de la profesión de abogado, configurándose como una suerte de requisito *sine qua non*.

4. Digitalización judicial y derechos fundamentales. Perspectiva liminar

Prima facie, los derechos fundamentales y la digitalización forense se llevarían muy bien. En cuanto esta última facilite una tramitación “en línea” más rápida, fluida, expeditiva y transparente de los procesos y recursos constitucionales destinados concretamente a tutelar tales derechos (en particular, amparo, hábeas corpus, hábeas data, acciones declarativas de inconstitucionalidad, mandamientos de ejecución y de prohibición, medidas cautelares. etc.),⁶ la novedad merece la más calurosa bienvenida.

No obstante, la digitalización tiene sus recaudos y exigencias, en particular técnicos y operativos. Paradojalmente, para alcanzar sus objetivos de celeridad y funcionalidad, demanda saberes y apoyos materiales que pueden dificultar en mucho, para quienes no los manejan, su funcionamiento regular. Tales costos, en determinadas situaciones conflictivas, eventualmente bloquean su funcionalidad.

224

5. Notas procesales indulgentes para los procesos constitucionales tuitivos de los derechos fundamentales

Conviene recordar, antes de proseguir con el asunto, algunos matices peculiares de los procesos constitucionales a los que hacemos referencia. Ellos parten de lo siguiente: como tutelan derechos básicos en los que, aparte de sus titulares, está interesada en su aplicación y vigencia toda la comunidad, los procesos específicos respectivos gozan de algunas prerrogativas puntuales, destinadas a facilitar tanto su articulación como su desarrollo y efectos.

- a) *Ampliación de la legitimación procesal*. Un caso testigo e icónico puede ser el auto de hábeas corpus, inicialmente postulable por el arrestado o amenazado en su libertad de locomoción, pero después ampliado, en cuanto esa legitimación activa, para alguien que invocare mandato del lesionado (incluso sin necesidad de acreditar poder), o para algún pariente, o en su caso

6 Sobre el tema, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México 2004, Porrúa, *passim*.

amigo, y finalmente para cualquier persona en beneficio del afectado (acción popular *concreta*). El momento cúlmine de tal situación ocurre cuando según el orden jurídico vigente se puede interponer el hábeas corpus por acción popular *en abstracto*, esto es, con independencia de si hubiere o no una persona perturbada –o en vías de serlo– en su *jus movendi et ambulandi*, v. gr. ante la mera sanción de una norma ilegítimamente restrictiva de dicho derecho. Otra manifestación de tal generosidad procedimental es el “hábeas corpus de oficio”, donde es el propio juez quien está autorizado para iniciar el trámite del caso, y también para continuarlo y dictar la sentencia pertinente (caso extremo, por cierto raro pero vigente en algunos estados, que configura al *juez-parte*, hoy de dudosa constitucionalidad a la luz de los recaudos de independencia e imparcialidad, objetiva y subjetiva, que debe ostentar el magistrado).⁷

Tal ampliación de la legitimación activa se postula (y de vez en cuando, se admite por vía legislativa, incluso como acción popular), respecto del amparo de ciertos derechos colectivos, o de incidencia colectiva, como por ejemplo –y especialmente– los concernientes al ambiente, además con sentencias con resultados expansivos *erga omnes*⁸. Pero también hay estados que consagran la acción popular (vía amparo), aunque solamente estuvieren en juego derechos que afectaren individualmente a sujetos determinados.

- b) *Informalismo, funcionalidad y rapidez*. La nota de facilitación de los procesos constitucionales (repetimos: en razón de que los derechos fundamentales de fondo en ellos en juego, interesan no sólo al agraviado que inicia el trámite, sino también a la sociedad), impacta, y en mucho, en su diligenciamiento procesal.

7 Respecto de los sujetos habilitados para promover el hábeas corpus en general y el hábeas corpus “de oficio” en especial, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 5ª. ed., Buenos Aires 2020, Astrea, págs. 349-353. Con relación al cuestionamiento del “juez parte” en el hábeas corpus de oficio (previsto por el art. 11 de la ley 23.098 de Argentina y en varias otras normas provinciales de ese país), desde el ángulo del garantismo, ver Sagüés, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Querétaro, 2016, Instituto de Estudios Constitucionales, pág. 258.

8 Respecto del amparo ambiental en Argentina, precisamente concebido por la ley general del ambiente 25.675 como acción popular con resultados *erga omnes* (art. 30), derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, 5ª. ed., 3ª. reimpresión, Buenos Aires 2015, pág. 655 y sigs.

Por ejemplo, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), determina en su art. 25 que el llamado coloquialmente “amparo interamericano” debe ser “sencillo y rápido”, a más de “eficaz”. El art. 7-6, relativo al hábeas corpus, indica que tiene que ser decidido “sin demora”. Ejemplificando estos postulados, y con relación al último de estos procesos, la jurisprudencia argentina ha explicado que no está sometido a las formas dilatorias del juicio ordinario vigentes en los procesos comunes. Tiene que excluir las incidencias previas, deben reducirse al mínimo el planeamiento de cuestiones de competencia, su tramitación es rápida, no admite los ritualismos que enerven su tramitación o que impidan la posibilidad de que el tribunal se pronuncie sobre la violación de los derechos fundamentales que la acción debe amparar. Por añadidura, la apreciación de los errores de procedimiento merece mayor indulgencia por parte del juzgador⁹. Algunas veces la norma reglamentaria subraya estas directrices, admitiendo especialmente la interposición oral de esta acción, o agrega que no podrá ser rechazada una denuncia de hábeas corpus, por defectos formales, “proveyendo de inmediato (el juez) las medidas necesarias para su subsanación”¹⁰. En otros supuestos, la norma constitucional habilita enfáticamente la presentación del instituto de referencia “sin ninguna formalidad procesal” (art. 125, constitución de Bolivia).

Un ejemplo emblemático de esta informalidad lo constituye el caso de Reynaldo Peters Arzabe, autor de *Habeas Corpus en papel higiénico*, estudio autobiográfico concerniente a un proceso interpuesto físicamente de tal manera, en 1972, ante un tribunal de La Paz, Bolivia¹¹.

Resulta provechoso mencionar, dentro de la informalidad a que aludimos, y especialmente por su tratamiento oral, a la novedosa “acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, tratada por el art. 65 y sigts. de la “Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional” de Ecuador, de conformidad con el art. 172 de la Constitución, que prevé que las decisiones de la jurisdicción indígena “estarán sujetas

9 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, ob. cit., págs. 398-400.

10 Arts. 9° *in fine* y 10 *in fine*, ley argentina de hábeas corpus 23.098.

11 Ver Peters Reynaldo, *Habeas Corpus en papel higiénico* (Quito, 2015), Academia de Derecho Internacional y Comparado y Unión Iberoamericana de agrupaciones y colegios de Abogados, *passim*.

al control de constitucionalidad”. El art. 65 de aquella ley determina que dicho proceso constitucional, “por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer”, puede promoverse respecto de decisiones de la autoridad indígena y se articula ante la Corte Constitucional, verbalmente o por escrito. La solicitud será “reducida a escrito” por el personal de la Corte dentro del término de veinte días (art. 66-7). Se prevé una audiencia, que será grabada (art. 66-10) y una sentencia, emitida por la Corte Constitucional, que “deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena”, aunque también “deberá ser reducida a escrito” (art. 66-13).

6. Evaluación y conclusiones

De lo expuesto se infiere que un programa intenso de digitalización de procesos y recursos constitucionales destinados a proteger ciertos derechos fundamentales (ya de fuente nacional, ya internacional), maguer sus ventajas, debe practicarse prudente y no robóticamente.

En concreto, el operador del caso debe tener presente que ciertos tramos (algunos de ellos, muy relevantes) de tales procesos y recursos constitucionales pueden tener, por ejemplo, una realización oral presencial, y que algunos quizá no serán –sin más- automáticamente digitalizables. En otras situaciones, se requerirán mecanismos singulares de digitalización, con personal debidamente capacitado (tanto técnica como jurídicamente) para ello. La “reducción por escrito” de demandas o de sentencias, prevista v. gr. por la ley de garantías jurisdiccionales del Ecuador, en cuanto recursos contra la jurisdicción indígena, importa una significativa muestra del traspaso de lo oral a lo –eventualmente- digitalizable, y demanda una pericia no usual en quien realice tal tarea, tanto por razones de honestidad jurídica y de seguridad como de eficacia procedimental.

Asimismo, si un dispositivo procesal constitucional está contemplado constitucionalmente bajo la posibilidad de ser articulado en forma oral presencial (como lo hace, v. gr., el art. 125 de la actual constitución de Bolivia respecto de la “acción de libertad”, que corresponde a lo corrientemente llamado en el derecho comparado *hábeas corpus*), una norma reglamentaria no podría demandar que se interpusiera, forzosamente, mediante una presentación de tipo digital o de

oralidad remota. Y si la oralidad presencial derivara de una disposición legal, una norma reglamentaria de rango inferior no debería afectar tal situación, aunque tal vez, en beneficio del propio interesado, podría sumarle una eventual posibilidad de articulación digital virtual.

También cabe tener presente que, por exigencias técnicas de digitalización, no debe perjudicarse la prontitud en el planteamiento o la recepción de reclamos vinculados con la vigencia de derechos fundamentales de primera línea. Sería contrario a los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva retrasar o suspender el trámite de un amparo o de un hábeas corpus, por ejemplo, so pretexto de dificultades técnicas que impidan su rápida expeditividad (al estilo, v. gr., de “caídas de sistema” o episodios análogos). Cabe subrayar que nunca la digitalización debe ser excusa para perturbar el curso de tales instrumentos procesal-constitucionales. Y cabe prever cuidadosamente que, en caso de que realmente existieren inconvenientes de esa índole, la acción legal tenga un trámite alternativo útil de procesamiento. Jamás podría justificarse, entonces, la negativa o la postergación a tramitar aquellos procesos, con el argumento de fallas cibernéticas o similares.

228

Concomitantemente, las reglas instrumentativas de la digitalización judicial deben auspiciar sistemas simples de aplicación, y no dispositivos abstrusos, complejos, sofisticados o reservados a la jerga y a la sabiduría de expertos, con manejo de idiomas distintos al nacional y términos o expresiones rebuscados o confusos, que de vez en cuando, además, concluyen incoherentes y poco funcionales, o de ambigua y difícil intelección. De presentarse algunos de estos defectos, el programa del caso incurriría en inconstitucionalidad por lesionar a los principios de acceso a la justicia y de defensa en juicio, ya que debe siempre facilitar, y no entorpecer, la actuación de los justiciables.



Bibliografía

ALVAREZ CASELLAS, Leonardo, “Justicia digital”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado, Bogotá, 2010, N° 4, págs. 43-56;

CORDELLA, Antonio y CONTINI, Francesco, *Tecnologías digitales para mejorar los sistemas de justicia*, Washington, 2020, Banco Interamericano de Desarrollo.

GIL BERÓN, Enrique, “Las TIC como medios para lograr una justicia moderna”, en Autores Varios, *Tecnologías al servicio de la justicia y del derecho*, Bogotá, 2019, Universidad Javeriana, págs. 59-70.

Ministerio de Justicia, *Justicia digital: la visión 360° de la Seguridad*, Madrid, 2019.

PETERS REYNALDO, *Habeas Corpus en papel higiénico* (Quito, 2015), Academia de Derecho Internacional y Comparado y Unión Iberoamericana de agrupaciones y colegios de abogados.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, 5ª. ed., 3ª. reimpresión, Buenos Aires 2015, Astrea.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 5ª. ed., Buenos Aires 2020, Astrea.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México 2004, Porrúa.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Querétaro, 2016, Instituto de Estudios Constitucionales.

SANTIAGO, Sergio César, “Hacia la digitalización judicial”, en *Fortis. Comunicación y Gestión*. Posadas (Argentina), 2014, año 3 vol. 3, págs. 3-7.

Los orígenes del precedente constitucional en el Perú^{***}

✍ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE^{***}

1. El precedente: un concepto impreciso

Como tantas palabras del idioma castellano, la de “precedente” puede significar muchas cosas. Y así ha sido desde siempre. En materia jurídica y más en concreto en lo jurisprudencial, es toda aquella resolución que se dicta a través de un órgano jurisdiccional y que constituye un referente para terceros. Y esto ha tenido diversas modalidades y alcances entre nosotros. Una de ellas ha sido publicar sumillas de la jurisprudencia suprema que tienen más bien un carácter orientador (y así se ha hecho desde 1906 con los **Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República** y también en dos publicaciones de larga influencia y hoy desaparecidas: **Revista de los Tribunales** desde 1931 y luego con la **Revista de Jurisprudencia Peruana** desde 1943).

231

* El presente texto se publicó en “Ius Inkarri”, Universidad “Ricardo Palma”, núm.9, 2019 así como en el Anuario Peruano de Derecho Constitucional. Constitución y Proceso 2020-2021, N° 1, que edita la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y continúa temas expuestos anteriormente en diversos ensayos míos, en especial El precedente constitucional: extensión y límites en “Pensamiento Constitucional”, núm. 22, 2017, con abundante bibliografía a la que me remito. En esta oportunidad ha sido nuevamente revisado y corregido. (Nota de junio de 2021).

** Estado totalmente concluido el presente trabajo, el Congreso de la República aprobó por insistencia el auto denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional” mediante Ley N° 31307 publicada con fecha 23 de julio del 2021, norma esta última que deroga el Código Procesal Constitucional del 2004 promulgado mediante Ley 28237. En tanto el objeto del presente trabajo es básicamente histórico doctrinario en nada lo afecta. En cualquier caso conviene anotar que la regulación que en materia de precedente contiene esta norma y que ahora se encuentra en el Artículo VI de su Título Preliminar, reitera en esencia lo que ya existía en el Código anterior agregando algunos aspectos de forma, extendiendo el precedente al ámbito del Poder Judicial y estableciendo reglas en torno al quorum para expedirlo, modificarlo o dejarlo sin efecto. El estudio de estos aspectos no viene al caso por ahora (Nota de edición).

*** Profesor de Derecho Constitucional. Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

En el campo de la docencia universitaria, la situación fue similar. Y como muestra señalemos dos ejemplos en el área civil y en la penal, que son materias básicas para la formación del futuro abogado. En cuanto a lo primero, Jorge Eugenio Castañeda publicó un **Código Civil** con comentarios después de cada artículo, al cual le seguía una selección de jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, Julio Espino Pérez hizo lo mismo con el Código Penal y por eso fueron de uso obligado en la década del sesenta y setenta del siglo pasado, en las principales universidades del país. Y que alcanzaron ambas varias ediciones de largo tiraje. No solo por la fidelidad a las fuentes, sino porque contenía jurisprudencia que servía para mejor entender los dispositivos del Código y además ser orientadores para el litigio.

Es decir, la jurisprudencia siempre fue un referente necesario, si bien no obligaba en sentido estricto, con las excepciones que nunca faltan. Hoy existen otras modalidades de crear obligatoriedad (como es el caso de los “Acuerdos Plenarios” de la Corte Suprema, si bien lo es por áreas) y precedentes administrativos (como en el caso del Tribunal Fiscal), así como legislación positiva, pero que es reciente. La primera vez que aparece en el derecho positivo peruano, *ipso nomine*, fue en 1982, con la Ley de Habeas Corpus y Amparo núm. 23506. Veamos cómo, pero repasemos antes el contexto dentro del cual nos movemos.

232

2. Las familias jurídicas

Para mejor ubicarnos, es bueno que tengamos presente que, así como hay lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio de los comparatistas y que hay que tener presente. Entre lo relativamente reciente se tiene la obra del gran comparatista francés René David y más cercanamente de los tratadistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz, que han precisado mucho las clasificaciones de las llamadas familias jurídicas, sin dejar de lado la importancia de la familia romanista, romano-germánica o romano canónica, que es en la cual nos movemos. Al margen de que algunos estudiosos consideran conveniente hacer más clasificaciones, si bien no independientes, como aquellas que postulan la existencia de un derecho latinoamericano (cf. Alessandro Somma, **Introduzione al diritto comparato**, Editori La Terza, Roma-Bari 2014, pp. 70-92. Un intento de concretar esta idea lo vemos en Ricardo D. Rabinovich-Nekerman, **Principios generales del derecho latinoamericano**, Edit. Astrea, Buenos Aires 2017).

Dentro de esta clasificación se encuentra la llamada familia del “common law” que, siendo posterior al romanismo, ha desarrollado instituciones propias y modalidades interesantes. De ahí viene el concepto de “precedente” que no califica como “vinculante” ni “obligatorio”, porque no es necesario decirlo. Y que cubre todo el ordenamiento y no una de sus parcelas. Su alcance viene dado por el sistema que se caracteriza por el “stare decisis” y la figura, más coloquial que jurídica, del “leading case”.

Existente en Inglaterra y sobre todo en los Estados Unidos de América, se ha ido extendiendo a gran parte de los estados, si bien lentamente, sobre todo en la América Latina y además con flexibilidad. En el Perú, con prácticas similares y como fruto jurisprudencial, solo se incorporó a su derecho positivo en 1982, como en detalle lo vemos a continuación.

3. La Comisión de 1981. Sus inicios

Mediante Resolución Suprema núm. 059-81-JUS de 1 de septiembre de 1981, el entonces Ministro de Justicia doctor Enrique Elías Laroza, nombró una comisión integrada por Pedro Arnillas Gamio, Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart, Javier Velarde Santa María y yo como su presidente, a fin de preparar un proyecto de ley que regule las acciones de Habeas Corpus y Amparo, instituciones estas diseñadas en su forma moderna en la entonces reciente Constitución de 1979. Entiendo, por la información que recabé entonces, que la idea partió del ministro Elías Laroza y tuvo el apoyo entusiasta del presidente Belaunde. La Comisión se instaló formalmente el 4 de septiembre de 1981, con la asistencia del ministro de Justicia, el viceministro Ernesto Blume Fortini y el secretario general Jorge Power Manchego-Muñoz (El Peruano, 5 de septiembre de 1981). Sesionó más de tres meses, una vez a la semana y por varias horas, en el local del Ministerio de Justicia, entonces alojado en la zona lateral derecha del Palacio de Gobierno y con salida a la calle de Pescadería y presentó su Anteproyecto y correspondiente Exposición de Motivos. Esta última se publicó en el diario oficial **El Peruano** con fecha 7 de febrero de 1982. Mediante Resolución Suprema núm.152-81-JUS de 10 de diciembre de 1981, se dio por concluidas las labores de la Comisión y se agradeció a sus miembros por la labor realizada.

La Comisión fue sin lugar a dudas un lugar de encuentro y diálogo constructivo. Y si bien todos colaboraron e hicieron posible su concreción, lo cierto es que la presencia de Alberto Borea fue decisiva, ya que era un especialista muy

calificado y además profesor de la materia. Y sin falsas vanidades, debo decir que mi colaboración también fue de relieve. Debo recordar que cuando originalmente me llamó el doctor Enrique Elías Laroza, a quien conocía muy bien desde los claustros universitarios, le propuse que nombrase como miembro de la Comisión a Javier Valle-Riestra, pero este se negó a aceptar el encargo, excusándose en su condición de congresista en aquella época (era diputado por Lima). No obstante, asistió a muchas de nuestras sesiones y nos brindó su invaluable apoyo. En términos generales, podría decir lo siguiente:

- i) La parte preliminar, la redacté y presenté yo,
- ii) La parte de Amparo, la presentó y defendió Alberto Borea,
- iii) La parte de Habeas Corpus la preparó y nos la remitió Javier Valle-Riestra, que no solo nos acompañó en el debate interno de la Comisión, sino que igual lo hizo en el hemiciclo, cuando nuestro proyecto fue discutido en el Congreso.

234

La presentación de estos tres proyectos, fue materia de intensa discusión y se llegaron a acuerdos que finalmente se plasmaron en el anteproyecto, si bien no fue así en todos los casos. Borea planteó, entre otros temas, el problema de la queja deficiente, la inconstitucionalidad por omisión y sobre todo el hecho de que el Estado no pueda iniciar un proceso constitucional contra el mismo Estado (hoy se ve, por ejemplo, como la SUNAT demanda al Tribunal Fiscal en forma desenfadada y el Tribunal Constitucional no hace nada...). Y si bien todo giró en torno a los tres proyectos presentados, lo cierto es que los demás miembros de la Comisión tuvieron un importante cometido por sus observaciones y sugerencias. Un tema aparte que abordó la Comisión fue el de la jurisdicción supranacional, en el cual fue nuestra gran ayuda el proyecto y la información que nos proporcionó César A. Delgado Guembes y que prácticamente se aprobó tal cual.

Centrándome ahora en el tema del precedente, debo decir que de acuerdo a la Exposición de Motivos, en ella se dice lo siguiente en relación con lo nuestro: “El artículo 9 establece la jurisprudencia obligatoria en materia de Habeas Corpus y Amparo...”. Cabe anotar que esta propuesta de artículo, incluida en la parte preliminar, fue mía y aceptada sin mayor discusión por los demás miembros y que como tal la incorporé en el Anteproyecto, el cual conjuntamente con

la Exposición de Motivos fue redactada por mí, con el apoyo y aprobación de los demás miembros. El trabajo durante esos meses fue de cordialidad, diálogo en el trabajo e intercambio de ideas. Solo en un punto hubo una discrepancia insalvable con Alberto Borea, que lo puso de manifiesto en opinión singular y así aparece en la parte final de la Exposición de Motivos. En el debate parlamentario, se eliminó la parte que habíamos dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual se dejó para más adelante y nuestra ley, con ligeros retoques, se aprobó tal cual. La versión oficial de la ley publicada en el diario oficial **El Peruano** el 8 de diciembre de 1982, dice lo siguiente en su artículo 9:

Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución (énfasis añadido).

¿Qué fue lo que me decidió por esta opción que, sin dubitación alguna, fue compartida y aceptada generosamente por mis colegas? A la distancia, pienso que se debió a dos motivos: uno de ellos era lo que entonces se hacía en la Corte Suprema de Justicia: las “Circulares” que preparaba para que las Cortes Superiores de provincias lo tuviesen presente en el caso de nuevas leyes y problemas recurrentes y que se fallase de acuerdo con los criterios plasmados en ellas, las que posteriormente se recogían en los **Anales Judiciales**. Cuando mi padre fue presidente de la Corte Suprema de Justicia (1967-1969) colaboré con él, muy modestamente, en algunas de ellas. Lo otro es el conocimiento del “precedente” en el “common law” de Norteamérica, que lo hizo posible mi estancia en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin en 1969, y que en parte había utilizado en mis materiales de enseñanza de la Universidad Católica desde 1970. Mi interés en la jurisprudencia y su sistematización empezó entonces y ha estado siempre presente en mi labor académica, como se puede apreciar desde mi juvenil libro **El Habeas Corpus interpretado** de 1971.

La importancia de este texto de 1982, es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de “precedente” con todas sus letras, aun con sus limitaciones. Su redacción quizá no fue muy afortunada, pero en sustancia recogió lo que es un precedente. Por eso su aparición marca un inicio,

si bien, como sucede con todas las innovaciones, su influencia no fue grande. La ley, sin embargo, fue muy bien aceptada por la comunidad jurídica de entonces. Recuerdo que el doctor Max Arias-Schreiber Pezet, decano entonces del ilustre Colegio de Abogados de Lima, organizó un debate con nosotros como expositores en el auditorio principal del Colegio y con una gran concurrencia de abogados.

Con posterioridad a la ley 23506, se dieron otros cambios y modificaciones a la ley que, si bien no afectaron lo sustancial, fueron de interés. En esta segunda etapa la actividad de Borea fue fundamental (en especial con la ley 25398) a lo que luego siguieron otras normas que pretendieron desactivar este planteo garantista. El ciclo se cerró poco después de 1993.

La ley 23506 tiene, según entiendo, una enorme trascendencia, pues ensaya por vez primera un enfoque integral para la defensa de los derechos fundamentales a través de procesos específicos, lo que antes no existía. Como se recuerda, el *Habeas Corpus* se introduce por vez primera en el Perú mediante ley de 21 de octubre de 1897, para la sola protección de la libertad personal. Y se eleva a nivel constitucional recién en la Carta de 1920. Ese mismo año, la tramitación del habeas corpus se inserta en el Código de Procedimientos en Materia Criminal y considerado como “recurso”. Lo mismo se reitera en 1940 en el Código de Procedimientos Penales. Este camino se cierra, por así decirlo, con la ley 23506, que es la más importante en este rubro en la última centuria, pues cierra un período y abre otro. El posterior y vigente Código Procesal Constitucional es un paso adelante, que necesariamente se apoyó en lo existente.

Finamente, cabe aclarar que en el mencionado artículo 9 de la ley 23506, se utilizan como sinónimos los términos “jurisprudencia obligatoria” y “precedente”. Esto en parte por razones de fraseo y en parte porque ambos se refieren a lo mismo y no a dos situaciones distintas que, de ser el caso, lo habríamos dicho. En efecto, la doctrina en forma pacífica sostiene que el “precedente” es prácticamente lo mismo que el “stare decisis”, ya que los jueces al momento de resolver, siempre miran al pasado para obtener información y respuestas a los casos que se les plantean y extraer normas que les sean aplicables. Y al hacerlo así, contribuyen a dar consistencia y predictibilidad al Derecho. (vid. la voz “precedent” en **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**, edited by Kermit L. Hall, Oxford University Press, N.Y. 2005).

4. Una Comisión de profesores

Cuando se aprobó y puso en marcha la Constitución de 1993, esta presentó un nuevo perfil de la defensa de la Constitución y en dos niveles, a) la creación de nuevas “acciones de garantía”, que así se les llamaba entonces, y ii) la distinta configuración del nuevo órgano concentrado al que se le dio más competencias y distinta composición, así como el cambio de nombre (Tribunal Constitucional, en reemplazo del nombre adoptado en la Constitución de 1979: Tribunal de Garantías Constitucionales, que venía de la Constitución española de 1931).

En ese contexto, la ley 23506, si bien sometida a reformas debido a los cambios constitucionales, se encontraba desfasada. Fue así que en mayo de 1994 tuve un encuentro casual con Juan Monroy Gálvez en la sala de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en donde ambos enseñábamos y fue ahí donde hablamos largo sobre la protección constitucional de los derechos. Me dijo, entre otras cosas, que la nueva Constitución había cambiado la nomenclatura de los derechos y además que era necesario revisar la ley 23506 y darle una mayor fisonomía procesal (como por ejemplo precisar que las acciones de garantía señaladas en la Constitución eran en puridad procesos constitucionales). Admití que tenía toda la razón y fue por eso que me propuso crear una Comisión *ad hoc* al margen del Estado (no olvidemos que vivíamos bajo la dictadura de Fujimori) y con colegas que nosotros escogeríamos de común acuerdo y que tuviesen capacidad de aportar a nuestro proyecto. Este intercambio de ideas duró en implementarse algunos meses, en parte por algunos problemas familiares que yo tuve que afrontar. Entre tanto, en su carta de 3 de junio de 1994, Juan Monroy me había adelantado opinión en el sentido de que este proyecto nuestro debíamos denominarlo “ley procesal constitucional”).

Acordada la agenda, nos pusimos a la tarea de buscar nombres, así como hablar con los interesados, hasta que finalmente, se fijó su composición final. Fuimos: Arsenio Oré Guardia, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Samuel B. Abad Yupanqui, Juan Monroy Gálvez y yo.

La Comisión se instaló el 16 de marzo de 1995, en donde se elaboró una agenda común. Acordamos algunos asuntos previos: Samuel Abad sería el encargado de la agenda y de las comunicaciones con los demás miembros (lamentablemente no previmos la confección de actas y solo quedan apuntes de algunas

acuerdos o sesiones que hicimos algunos de nosotros) y yo como coordinador de la Comisión. El local donde funcionamos los primeros tres largos años - que fueron los más intensos y productivos - fue el de la Comisión Andina de Juristas ubicado en la calle Los Sauces. Luego pasamos al Estudio Javier de Belaunde, en la calle Miguel de Cervantes y finalmente en 2001 al Estudio Monroy, en la calle Roma, donde terminamos nuestra labor en 2003. Todos ellos en el distrito de San Isidro.

La idea era hacer una ley general, que tendría la calidad de orgánica, ley reguladora, ley procesal, ley de procesos constitucionales, ley procesal constitucional (como me propuso Juan Monroy) o ley de jurisdicción constitucional, al estilo de Costa Rica. Solo meses más tarde y luego de vacilaciones, optamos por la de “Código” a mediados de 1997, por sugerencia de Jorge Danós y teniendo presente que existía aprobado en la legislatura provincial de la provincia de Tucumán (Argentina) y desde 1995, un Código Procesal Constitucional – iniciativa de nuestro amigo Sergio Díaz Ricci – y que, por desidia del gobernador, solo se promulgó en marzo de 1999 (cf. Sergio Díaz Ricci, **El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica** en “Revista Peruana de Derecho Público”, núm. 1, julio-diciembre de 2000).

238

5. Los debates de la Comisión

Según comunicación de Samuel Abad remitida a todos nosotros el 23 de junio de 1995, la primera sesión de trabajo de la Comisión ad-hoc luego de la instalación, sería el 5 de julio de 1995 a las 19 horas y en el local de la Comisión Andina de Juristas. Ese día se iniciaría el debate teniendo como referente un “Anteproyecto sobre principios generales y aspectos constitucionales”, elaborado por mí para iniciar nuestro trabajo y que fue remitido a todos los miembros para su lectura y con la debida anticipación. Ahí introduje el tema del precedente en el artículo 14 de mi proyecto –que era en sustancia el artículo 9 de la ley 23506–. Fue discutido ampliamente y aprobado todo el proyecto con algunos cambios, pero el artículo 14 se mantuvo tal cual, quedando pendiente de hacer un agregado específico sobre el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia.

Mediante comunicación de 15 de septiembre de 1995, Samuel Abad nos remite un primer proyecto de lo acordado hasta ese momento. Ahí vemos el avance en esta materia, lo que incluye una nueva numeración:

ARTÍCULO 13. JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. -Las resoluciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces fundamentarán en forma expresa las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución, bajo responsabilidad (*énfasis añadido*).

Los jueces y tribunales deben interpretar 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 Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Es decir, a esta fecha ya estaba prácticamente formulado y aprobado un esquema sobre el precedente que, con idas y vueltas, terminó siendo el texto legal de 2004. Lo interesante de este artículo es lo siguiente: tiene dos párrafos, el primero de los cuales es mi propuesta en la primera sesión de trabajo de la Comisión y que proviene en sustancia del artículo 9 de la ley 23506. La segunda parte es nueva y ha sido introducida en el debate posterior como un complemento, en el cual se precisa cual es el papel del Tribunal Constitucional dentro del uso del precedente. Así fue pensado y propuesto por Jorge Danós Ordóñez desde un primer momento y en el entendido que era un segundo párrafo del mismo artículo e inspirado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 26435 de 1995. O sea, un solo tema dividido en dos y que se mantendría en el debate hasta el final, con los ajustes que el debate imponía.

El 8 de enero de 1996, Samuel Abad nos envía una carta circular adjuntando un proyecto general, que será materia de debate. Este proyecto incluye el Título I cuyo artículo VII tiene esta sumilla: **Jurisprudencia obligatoria**. Y que es básicamente igual al anterior. Mediante carta de 18 de enero de 1996, Samuel Abad nos envía el cronograma adoptado para los temas pendientes y así poder terminar el primer borrador de la nueva ley. Los temas -con excepción de la parte preliminar que ya ha sido vista- se distribuyen de la siguiente manera:

Amparo: Eguiguren/Abad

Habeas Corpus: Oré

Cumplimiento: Danós/Abad

Habeas Data: García B.

Acción Popular/Competencia/Inconstitucionalidad: Danós

Medida cautelar amparo: Monroy

Disp. Finales: García B./Monroy

Hace falta una precisión: salvo la parte preliminar que por propia iniciativa presenté yo como se ha visto, se acordó repartir los temas entre todos los miembros, de manera tal que luego de la distribución del trabajo, cada uno preparaba su proyecto para su discusión y aprobación. Hecho esto, se juntaban todas las partes y así se tenía un primer borrador que sería discutido en varias sesiones, hasta llegar a la versión final y definitiva, que solo estaría lista en 2003. Si bien para efectos prácticos el texto estuvo casi terminado a fines de 1999 y redondeado en 2001. Y esto fue en debates de varios meses de los que aquí se da cuenta solo de los principales, como en detalle veremos más adelante. Y en ellos nada impedía que cada cual pudiese intervenir en los demás temas. Y, además, en medio de un ambiente de camaradería y colaboración, en la cual cada uno deba lo mejor de sí y de su experiencia. Y en donde al final los resultados eran fruto de un cambio de ideas y experiencias comunes, en aras de llegar a resultados consensuados. Así, por ejemplo, Francisco J. Eguiguren tuvo destacada participación en la parte relativa al Habeas Data y los derechos que protege, para superar la rigidez constitucional. E igualmente se interesó especialmente en algunos puntos relacionados con las causales de improcedencia del Amparo, sobre lo cual tenía artículos publicados de interés (principalmente sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho y su carácter residual). Por su parte, ciertos giros eminentemente procesales fueron la preocupación permanente de Juan Monroy Gálvez, como es fácil apreciar en la versión final de nuestro proyecto.

Un aspecto importante en nuestro proyecto, que ya he adelantado, es el relativo a la **subsidiaridad** del Amparo, que está incorporado en los arts. 5 y 45 del Código Procesal Constitucional. Y que fue objeto de un debate relativamente breve y que no tuvo mayor discusión, pues hubo un consenso en este punto. Para entender esto, hay que recordar que la ley 23506 señaló en su artículo 6, inc.3 una situación tal que permitía que el justiciable o demandante, utilizase, indistintamente, la vía extraordinaria de las “acciones de garantía”, o la ordinaria

(o sea, la que señalan básicamente los códigos procesales civil y penal). Esto obedeció a una situación determinada que existía en el mundo judicial y fue fruto del momento. En efecto, en el período 1981-1982 en que se redacta y aprueba dicha norma, salíamos de la dictadura militar que gobernó al país en dos etapas y por un total de doce años: 1968-1980, la que había intervenido y sometido al Poder Judicial, y que no era garantía de nada. Por tanto, teniendo esa experiencia a la vista, señalamos que el interesado podía recurrir a las vías ordinarias o a las “acciones de garantía”, a voluntad. Es decir, se convirtió en una libre elección del interesado o, mejor dicho, en una opción de cada cual. Pasado el tiempo, la situación era otra, decididamente, motivo por el cual pensamos todos - sobre todo por iniciativa de Francisco Eguiguren, apoyado por Samuel Abad - que había que crear, en principio, un proceso con requisitos previos y esto incidía sobre todo en el Amparo, para que sea residual, es decir, subsidiario y solo cuando no existían vías adecuadas. Y así quedó al final, apoyado por todos los miembros de la Comisión, si bien con algunas pequeñas imprecisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado. Esto, por cierto, no ha creado una menor carga procesal, pero sí ha ordenado nuestro panorama de defensa de los derechos fundamentales.

Continuando con nuestras labores, en mayo de 1996 se tiene un primer proyecto general. Se mantiene lo de “jurisprudencia obligatoria” que pasa a ser el art. VIII del Título Preliminar. El proyecto tiene un total de 90 artículos y varios más de disposiciones finales.

Una reunión de trabajo con Néstor P. Sagüés, Vladimiro Naranjo y Francisco Fernández Segado, entonces en Lima, lleva a elaborar un nuevo proyecto general y revisado en julio de 1996. Se mantiene el artículo VIII del Título Preliminar, con la sumilla siguiente: “Vinculación del precedente jurisprudencial”.

En julio de 1996, el que entonces llamamos “Anteproyecto de ley reguladora de los procesos constitucionales” mantiene el artículo VIII en los términos antes expuestos y cubre todo el espectro.

En enero de 1997 se presenta un nuevo “Anteproyecto” con innovaciones. El artículo sobre el precedente pasa a ser el número VI del Título Preliminar. El proyecto circuló entre manos amigas y mereció una nota, meramente informativa, en el diario oficial **El Peruano** de 25 de febrero de 1997.

Luego de algunos meses de reuniones distanciadas, se arriba a un nuevo proyecto que recoge lo anterior y queda consagrado el artículo VIII del Título Preliminar, como desarrollo del anterior art. 13.

Tras intercambios telefónicos y por carta - fax y email - se envía la versión final a todos los miembros de la Comisión para sus comentarios y propuestas y poder tener listo un nuevo texto a mediados de 1998. Entre los comentarios recibidos destaca una larga y detallada carta de nueve páginas que envía Juan Monroy Gálvez el 30 de julio de 1998, en donde repasa críticamente todo el proyecto, señala ligeras diferencias con lo acordado y hace diversas sugerencias, pero no objeta el uso de “jurisprudencia obligatoria” ni el de “precedente” que entonces se manejaba. Una versión de 2001 circula sin mayores cuestionamientos y es publicada por Aníbal Quiroga León, con una nota de presentación, en la **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, núm. 1, enero-junio 2004, pp. 251-282, editada en México y que tendrá una gran circulación.

242

La última y definitiva revisión del proyecto se aprobó a mediados de 2003, en donde se hizo una revisión total y quedó firme el 23 de septiembre 2003. Aquí vemos en el Título Preliminar:

- i) La parte final del artículo VI que establece la obligación de los jueces de seguir las resoluciones del Tribunal Constitucional y
- ii) El artículo VII que es el precedente propiamente dicho.

El trabajo de la Comisión prácticamente finaliza en 2000 y entramos en un compás de espera, con reuniones eventuales en el período 2000-2003. A fines de 1998, Alfredo Quispe Correa, entonces Ministro de Justicia de Fujimori, me buscó para pedirme el texto de nuestro proyecto para publicarlo en el diario oficial **El Peruano**, como paso previo para pedirle al presidente Fujimori su debate en el Congreso. Conversé el tema con mis colegas y se opusieron y todo quedó ahí. Se lo informé a Quispe Correa y me entendió.

El cambio político nos ayudó. Fujimori participó en el proceso electoral para un tercer período, lo cual fue su gran error. Inició uno nuevo en julio de 2000 y en noviembre renunció al cargo desde el Japón y por fax. Un gobierno presidido por Valentín Paniagua, entonces presidente del Congreso, asumió la transición hasta julio de 2001. Un nuevo período constitucional lo inauguró

Alejandro Toledo que cubre el quinquenio 2001-2006. Se presentaba así una nueva posibilidad para hacer realidad nuestro proyecto.

De la correspondencia cursada y recibida entonces —ya que habíamos enviado nuestro proyecto final a diversas autoridades y colegas pidiéndoles su opinión— rescato aquí el email de Luis A. Huerta de 26 de mayo de 2003 que nos hizo atenciones interesantes sobre el precedente. Por la misma época e incidiendo en lo mismo, lo hizo Nelson Ramírez. Recibimos comentarios de algunas cortes superiores del país que nos sugerían, muy cordialmente, algunos cambios en nuestro proyecto. Lamentablemente las encontramos, casi todas, muy voluntariosas, pero sin mayor comprensión del tema. Algunos fiscales nos solicitaron no eliminar el dictamen fiscal en los procesos de Habeas Corpus, pues al parecer se sentían incómodos de que les quitásemos “trabajo”. La verdad es que, por consenso, todos optamos por quitar al Ministerio Público toda intervención, pues la experiencia había demostrado que este era, precisamente, el cuello de botella que retrasaba los procesos constitucionales y que además no aportaba gran cosa. Lamentablemente, en este punto y en lo referente a los municipios (art. 15 del Código Procesal Constitucional), el Congreso durante la discusión del proyecto, introdujo una excepción que aún se mantiene.

243

La versión final del proyecto, debidamente revisado y corregido, fue aprobado el 23 de septiembre de 2003. Ahí se mantiene, en sustancia, el artículo VII del Título Preliminar, pero la sumilla se ha acertado: dice solo “Precedente”.

El último párrafo del artículo VI del Título Preliminar señala la obligación de los jueces y tribunales de interpretar de acuerdo a las resoluciones del Tribunal Constitucional, que venía desde antes, y que es simplemente una deducción del artículo VII sobre el precedente, pero puesto en forma aislada. Esto ha dado pie a una creación heroica del Tribunal Constitucional distinguiendo el “precedente” de la “doctrina jurisprudencial”, lo cual es una curiosidad innecesaria.

Por iniciativa de Pedro P. Grández y de su editorial Palestra, editamos nuestro anteproyecto, previamente revisado en septiembre de 2003. Preparamos una exposición de motivos fechada en octubre de 2003 y el libro salió en noviembre de 2003 y tiene la siguiente ficha:

Samuel Abad Yupanqui- Jorge Danós Ordóñez-
Francisco J. Eguiguren Praeli

Domingo García Belaunde-Juan Monroy

Gálvez- Arsenio Oré Guardia

Código Procesal Constitucional

Anteproyecto y legislación vigente

Palestra Editores, Lima 2003, 184 pp.

El artículo VI del Título Preliminar se mantuvo tal cual. Y también el siguiente artículo VII, cuyo texto final es así:

Artículo VII.- Precedente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos en los que sustenta tal decisión.

Este proyecto circuló ampliamente y apoyado por la editorial Palestra se difundió en provincias, a través de seminarios a los que viajamos varios de nosotros en esos días. A mí me tocó participar en un evento en Piura, en donde tuve el gusto de conocer personalmente a Luis Castillo Córdova, de quien tenía importantes referencias. Otros colegas lo hicieron en Lima y algunos en Arequipa, con el apoyo del Tribunal Constitucional.

244

Todo esto fue debatido en el parlamento durante el año 2003 y aprobado a inicios del 2004. Fue promulgado en mayo de 2004 por el presidente Toledo en una ceremonia especial en la sede del Tribunal Constitucional en el jirón Ancash, en la conocida como “Casa de Pilatos” - con la intervención mía por parte de la Comisión de profesores y la de Javier Alva Orlandini, como presidente del Tribunal Constitucional - y publicado en el diario oficial **El Peruano** de 31 de mayo de 2004. La parte final de nuevo Código preveía una *vacatio legis* y por tanto el nuevo Código entró en vigencia solo el 1 de diciembre de 2004. La idea que tuvimos en mente era que en ese período de seis meses, hubiese un plan ordenado de capacitación para los jueces, en quienes estaría la responsabilidad del manejo de los procesos constitucionales. Y efectivamente, la Academia de la Magistratura convocó en ese período a diversos profesores de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, para impartir cursillos específicos sobre el nuevo Código, con materiales de enseñanza, del cual salieron diversos ensayos que se publicaron luego.

Se encargaron de esos cursos, entre otros, los siguientes profesores: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Modulo I: Alcance, Título Preliminar y Disposiciones Generales del Código Procesal Constitucional; Luis Sáenz Dávalos (Módulo II: Procesos Constitucionales y Órganos Competentes); Susana Castañeda Otsu (Módulo III: Interpretación de los Derechos a la luz de los Tratados Internacionales); Edgar Carpio Marcos (Modulo IV: Control Difuso e Interpretación Constitucional. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes y el Código Procesal Constitucional) y José F. Palomino Manchego (Modulo VI: El Efecto Vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional).

En la actualidad y hasta donde alcanza mi información, este interés ha decaído y se ha dado preferencia a otro tipo de materias. Por lo demás, la capacitación de los jueces por parte de la Academia de la Magistratura ha venido a menos en los últimos años. En parte, por carecer de recursos para otorgar becas integrales a los jueces, que reemplacen los cursos nocturnos o de fin de semana, que no son una buena opción pedagógica.

6. La versión final promulgada

245

Finalmente, el Código Procesal Constitucional trajo la siguiente redacción:

Artículo VII.- Precedente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Como puede apreciarse, este texto es básicamente el que se planteó y aprobó en la primera reunión de 1995, con los ajustes y afinamientos que se dieron en las sesiones posteriores, en especial en la versión de 2003. Y además con la reiteración de la palabra “precedente” para que no quede la menor duda.

El artículo VI destinado al control difuso e interpretación constitucional, consagra este párrafo final:

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 Tribunal Constitucional.

Conforme es fácil apreciar, es una versión básicamente igual al del originario artículo 13 aprobado por la Comisión en 1995, pero que ahora forma parte de otro artículo dedicado al “control difuso y a la interpretación”. Esto, por cierto, fue fruto de una revisión hecha por nosotros con fines de redacción y confirma que al final el Congreso respaldó el anteproyecto en sus líneas fundamentales. No obstante, esta separación ha originado una interpretación del Tribunal Constitucional mediante la cual ha dicho - como debía ser - que uno era el precedente, o sea el artículo VII, y el otro “doctrina” jurisprudencial, sobre cuyos alcances no existe todavía un criterio uniforme. Por lo pronto, es demasiada vanidad pensar que nuestro Tribunal Constitucional “crea” doctrina. Y por otro, el enunciado del artículo VI, parte final, es genérico, de carácter orientador y no tiene necesariamente efecto vinculante, como la experiencia lo ha demostrado. Este enunciado se parece a las tendencias o líneas jurisprudenciales que tenía la Corte Suprema de Justicia antes de los años ochenta del siglo pasado, en donde a una resolución determinada, la seguían otras de igual sentido y pasado el tiempo la propia Corte Suprema sentía que ataba sus decisiones, sin que esto significase que no podían modificar esa tendencia en el futuro. La pretensión fatua de hacer inamovible sus decisiones ha llevado a esta “creación” del Tribunal Constitucional, que la veo totalmente innecesaria. En efecto, uno es un precedente con todas sus letras, y la otra es una directiva en todos los procesos que es eso y nada más, porque es obvio que ambos textos no son iguales (y si lo fuesen, uno sobraría y estaría de más). Con el agravante de que la experiencia de la llamada “doctrina” jurisprudencial ha sido irrelevante, pues no ha sido respetada ni siquiera por el mismo Tribunal Constitucional, que ha hecho caso omiso de ella en infinidad de veces, con lo que, en los hechos, la ha terminado desautorizando. Pero se trata de un tema sobre el cual no hay la última palabra y conviene ser abordado en otra ocasión (véase de Luis Sáenz Dávalos, **La doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional**, en “Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional”, tomo 118, octubre de 2017).

7. Debates en torno al nuevo Código Procesal Constitucional

A diferencia del enunciado normativo de 1982 que pasó casi inadvertido, el de 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente seguido en otras aéreas

del ordenamiento peruano (el primero fue la modificatoria del artículo 301-A del entonces Código de Procedimientos Penales promulgado mediante Decreto Legislativo núm.959 de agosto de 2004, meses más tarde y del cual prácticamente es una copia). Y al que siguieron otros más.

La jurisprudencia con calidad de precedente vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa (son 52 casos hasta marzo de 2020) pero no ha sido ni firme ni coherente: no ha tenido un norte definido y en veces ha sido errática. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado “ex nihilo” un precedente en el caso “Vásquez Romero” (STC 00987-2014-PA/TC) que ha yugulado la actividad del Tribunal Constitucional, con tendencia al abandono del garantismo y con manifiesta inconstitucionalidad.

Sobre el tema del precedente hay mucho escrito, tanto a nivel general como constitucional, del cual hemos dado cuenta en otra oportunidad. Son planteos doctrinarios de fuste, que hay que tener presente. Aquí nos limitamos a un punto muy simple, casi un dato casero, cuál es su origen dentro de nuestra legislación. Y en este campo llama la atención lo que hemos leído recientemente - o mejor dicho revisado - en el importante libro de Edward Dyer (cf. Edward Dyer Cruzado, **El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho**, Ara Editores, Lima 2015, pp.346-353). Ahí hace una investigación muy seria, incluyendo entrevistas personales a Juan Monroy Gálvez y a mí, que son de interés, aun cuando no veo que hayan sido revisadas por los entrevistados que seguramente hubieran hecho algunas precisiones. Con todo, es inequívoca la declaración de Juan Monroy Gálvez, quien ha manifestado que la introducción del “precedente” en el Código Procesal Constitucional es una contribución suya - preparada y redactada por él - y que la tomó de su experiencia académica y profesional en el Brasil que tiene, como se sabe, las “súmulas” (la palabra “súmula” viene del latín - *summula* - y significa “sumario” o “resumen”). Esta declaración - que por lo demás expuso con mucha precisión en una conferencia de 2015 en la Academia de la Magistratura - me ha llamado la atención, pues no solo no la recordaba, sino que no existe ningún dato en los debates ni en los proyectos que así lo confirme. Aún más, preocupado por esta afirmación de la que supe hace algún tiempo, me puse a buscar en mi biblioteca mi file sobre la Comisión ad-hoc y que tenía por perdido en alguna mudanza, pero que he podido recuperar para este artículo y que es el respaldo de lo que aquí sostengo. Pero ahí no consta nada de las súmulas ni en la correspondencia ni en los proyectos cruzados entre sus miembros ni menos

su temprana propuesta sobre el precedente. Monroy ha sido un eficazísimo e insustituible colaborador de este Código, que en gran parte contribuyó a hacerlo realidad y no veo porque pretende, seguramente por una transcordación de datos, hacerse de una paternidad que no le corresponde. En mis archivos no consta nada de esa supuesta colaboración y solo he podido obtener en fecha reciente un proyecto sin firma y que se le atribuye a él, en donde hace algunas atingencias sobre un proyecto de 2001 y en donde por vez primera incursiona en el texto del precedente (art.VII del Título Preliminar) sugiriendo usar en forma preferente la sumilla “sentencia normativa” en lugar de “precedente” que, puesto a discusión, nadie aceptó. Esto es, algo presentó, pero muy tarde y sin eco alguno. Y sin olvidar que antes de 2004 no existía en el Brasil la “súmula” vinculante. Lo que hubo desde un primer momento entre nosotros, es una aceptación preliminar del artículo 9 de la ley 23506 promulgada en 1982, que luego de debates, ajustes y afinamientos llegó al actual artículo VII del Código Procesal Constitucional, como consecuencia de un diálogo transparente y sin ninguna propuesta ajena. La tesis de la “súmula” y de su carácter inspirador del precedente, no se compadece con los hechos y esto por tres razones:

248

- i) El precedente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene su origen en el artículo 9 de la ley 23506 de 1982 y fue planteado por mí en la primera sesión de trabajo de la Comisión de profesores en 1995. Y luego discutido y perfilado en el transcurso del tiempo, hasta llegar al texto actual.
- ii) La “súmula” existente desde 1963 en el derecho brasileño, era un diseño pensado con fines de facilitar el manejo de los procesos. Dicha “súmula” era lo mismo que las “sumillas” que aquí preparaba la Corte Suprema de Justicia de los juicios que resolvía. Solo cuando en diciembre de 2004 se crea la “súmula vinculante” en el Brasil, la que será reglamentada por ley de 2006, podemos decir que estamos ante un precedente, por lo menos en sus aspectos centrales.
- iii) La “súmula” que realmente importa en el derecho brasileño, es la “súmula clásica” que es una directriz genérica, orientadora, sin carácter vinculante y como facilidad para el litigio. Eran resúmenes que antecedian a los casos con fines de orientación y nada más. Tan solo mediante expresa reforma constitucional de diciembre de 2004(EC-045) que así lo estableció en el artículo 103A de la Constitución de 1988, se crea la “súmula vinculante” a cargo

exclusivo del Supremo Tribunal Federal y que fue reglamentada recién en diciembre de 2006(cf. Mónica Sifuentes, **Súmula Vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**, Editora São Paulo 2015, pp.228-244; Andrés Ramos Tavares, **Nova ley da Súmula Vinculante**, Editora Método, São Paulo 2009). Imposible pues pensar, que la “súmula vinculante” brasileña haya influenciado en el Perú, pues fue aprobada en diciembre de 2004, cuando el Código Procesal Constitucional estaba listo y promulgado en mayo de 2004. Y con el proyecto circulando tres años antes entre la comunidad jurídica y editado en 2003 por la editorial Palestra.

8. A manera de conclusión

El propósito de estas líneas es precisar cuándo y bajo qué circunstancias, se introdujo el precedente en el derecho positivo peruano. Y el contexto en el cual esto se dio. Cómo se ha desarrollado y cómo se aplica, es un problema aparte. Soy consciente de los problemas que ha afrontado el precedente en los últimos años y las críticas, algunas no muy benévolas, que se le han dirigido. Y lo mismo podría decirse de la manera como lo utiliza el Tribunal Constitucional, que es muy debatible. Pero entiendo que es algo que no va a desaparecer, pues la idea que está detrás de todo esto, es la predictibilidad de los procesos, tanto en sede judicial como constitucional, que contribuye, sin lugar a dudas, a crear seguridad jurídica en el sistema, que no es nada fácil. Y sin descartar el principio de igualdad del justiciable que esto conlleva, así como la coherencia del sistema. Y además saber por dónde andamos. Y eso amerita bregar en ese sentido. Entiendo, pues, que el precedente llegó y pese a todo, ha venido para quedarse.

249

9. Un escolio: el precedente en los Estados Unidos

Hemos visto, aun cuando tangencialmente, la importancia de las decisiones y las políticas que lleva a cabo la Corte Suprema federal de los Estados Unidos, que es ejemplar en muchos sentidos. Y que ha tenido una gran influencia en nosotros y en nuestro entorno. Y, por cierto, en lo relativo al precedente, que es parte central del funcionamiento del sistema. Y lo más importante, sin lugar a dudas, es su enfoque sobre lo que ella debe hacer y no hacer y que se ejerce en lo que la doctrina conoce como *self-restraint*, o sea, “autocontención”, muy alejado del activismo, en veces desenfrenado, que tienen muchos de nuestros tribunales o cortes constitucionales. Tan solo como referencia, mencionemos lo que señala

Henry J. Abraham (Cf. **The judicial process**, 7ma edic., Oxford University Press, N.Y. 1998, pp.386-410) que desarrolla un conjunto de dieciséis normas de las que señalamos por su importancia, solo las tres siguientes:

- i) La Corte Suprema no se aferra a sus precedentes; los mantiene, pero se adecua al presente y puede apartarse de ellos.
- ii) Una norma aprobada puede no ser sabia ni agradable, pero en principio debe ser constitucional a los ojos de la Corte.
- iii) La incompetencia de los legisladores en temas políticos, no es asunto de la Corte Suprema, es problema del electorado.

El precedente tal como opera en el mundo judicial norteamericano, es peculiar, incluso en la manera como se construye y conforma. Pero, aun así, la idea básica que lo anima, es lo que más ha trascendido en los sistemas jurídicos romanistas. O del “civil law”, que es como en la literatura sajona se les denomina.

10. Bibliografía

250

Adicionalmente a lo señalado en nota al pie en la primera página de este texto, tenemos: **Justicia Constitucional**, núm 5, 2007 (número especial sobre el precedente constitucional que ha tenido gran repercusión; el texto de César Landa sobre **Los precedentes vinculantes** ha sido reproducido en el colectivo “El control del poder. Libro-homenaje a Diego Valadés”, Cuadernos del Rectorado. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, tomo II, Lima 2012; el trabajo de Christian Donayre Montesinos ahí incluido ha sido actualizado: **Alcances generales del precedente constitucional vinculante en el Perú** en “Diálogo con la jurisprudencia”, núm. 177, junio de 2013; Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, **El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, los riesgos de no respetarlo o de usarse en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana**, en “Estudios Constitucionales” Universidad de Talca, núm. 1, año 4, 2006; Aníbal Quiroga León y Ma. Cristina Chiabra Valera, **El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional**, APECC, Lima 2009 (en su artículo **La judicial review en el Perú** publicado en el diario “El Comercio” de 13 de septiembre de 1996, Aníbal Quiroga propone pioneramente un Código Procesal Constitucional para el Perú); Luis R. Sáenz Dávalos, **El camino del precedente constitucional vinculante**, en “Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional”, núm. 83, noviembre de 2014; Edward Dyer Cruzado, **El precedente constitucional. Análisis**

cultural del Derecho, Ara Editores, Lima 2015; Francisco Morales Saravia, **Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC**, Edic. Gaceta Jurídica, Lima 2017 (un gran panorama con datos muy útiles) y la conferencia de Juan Monroy Gálvez, **Presente y futuro de la doctrina del precedente en el Derecho Peruano**, Lima, 5 de octubre de 2015 impartida en la Academia de la Magistratura (archivada en la videoteca de la institución). Y finalmente de José Humberto Ruiz Riquero, **La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia**, Edit. Grijley, Lima 2021, (magnífico trabajo que he utilizado muy poco, pues entró en circulación cuando este artículo mío ya estaba terminado). De interés es el libro de Samuel B. Abad Yupanqui, **El proceso constitucional de Amparo**, Gaceta Jurídica, 3ra edición, Lima 2017, esp. pp. 619-642 en donde analiza la distinción entre precedente vinculante y “doctrina jurisprudencial”. Para la reconstrucción del debate al interior de la Comisión nombrada en 1981, he recurrido a mis archivos y al testimonio de Alberto Borea Odría y Walter Rivera Vílchez, este último funcionario del Ministerio de Justicia adscrito a nuestra Comisión en aquel entonces. Lamentablemente, no hay actas de esas sesiones, al igual que de la posterior, con la ventaja para esta última de que hay correspondencia y proyectos en cantidad.

Alberto Borea Odría tiene publicado un importante libro: **El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy**, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima 1985, con prólogo mío. Hay ediciones posteriores de las que destaco la muy ampliada y con título distinto: **Evolución de las garantías constitucionales**, Editorial Grijley, Lima 1996 (es un análisis detallado de la ley 23506 e incluye la exposición de motivos, el anteproyecto, la ley finalmente promulgada y leyes complementarias). Igualmente de utilidad son los trabajos de Gerardo Eto Cruz, **Régimen legal del Habeas Corpus y Amparo**, Edic. Gaceta Jurídica, Lima 1999; Gustavo Gutiérrez Ticse, **Los procesos constitucionales de la libertad**, Editora Rao, Lima 2003, Edgar Carpio Marcos, **Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Jurista Editores, Lima 2002 y Carlos Torres Caro, Francisco Carruitero Lecca, Hugo Soza Mesta y María Luz Mansilla Rojas, **Hábeas Corpus y Amparo. Ley 23506**, Jurista Editores, Lima 2003 (dedicado básicamente a la jurisprudencia hasta ese momento) y para no alargar la lista menciono, sin ánimo exhaustivo, otros trabajos meritorios de Víctor Julio Ortecho Villena, Alejandro Ranilla Collado, Roberto Alfaro Pinillos, Hermilio Vigo Zevallos, Edwin Figueroa Gutarra, Samuel B. Abad Yupanqui, quien preparó una valiosa selección de jurisprudencia, Walter Díaz Zegarra, Luis Castillo Córdova,

Fernando Zubiato, Augusto Balbín Guadalupe, entre otros.). Para la Comisión posterior que preparó el anteproyecto de Código Procesal Constitucional, he rescatado mi file con los antecedentes, proyectos, propuestas, correspondencia y sucesivos textos que me han servido para corregir y/o rescatar algunos datos, especialmente de fechas, que por error se deslizaron en textos míos anteriores. Me he beneficiado igualmente de la información, sugerencias y comentarios que me han proporcionado Arsenio Oré Guardia, Gerardo Eto Cruz, Francisco Morales Saravia, Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Aníbal Quiroga León, Edgar Carpio Marcos y Luis Saénz Dávalos, sin que esto signifique que tengan responsabilidad alguna en lo que aquí sostengo. En el debate parlamentario de la ley, fue de inestimable ayuda Natale Amprimo Plá, entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

El más completo volumen sobre los antecedentes del Código Procesal Constitucional es el siguiente: Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, **Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico** (incluye debate parlamentario), Tribunal Constitucional del Perú, al cuidado de Gerardo Eto Cruz, tercera edición, Lima 2008 (la primera edición es de 2004, la segunda, revisada y corregida, es de 2005 y es la definitiva. De esta proviene la tercera y última, que ha circulado ampliamente). En esta labor de difusión fue decisivo el apoyo que brindó la editora Palestra.

252

La bibliografía sobre el Código Procesal Constitucional es interminable y en continuo crecimiento. Una visión general con buena bibliografía de referencia, cf. Samuel B. Abad Yupanqui, **Manual de Derecho Procesal Constitucional** Palestra Editores, Lima 2019. Con amplitud y especial énfasis en la interpretación jurisprudencial, véase de Gerardo Eto Cruz, **Derecho Procesal Constitucional**, 6ta edic., Edit. Grijley, 3 tomos, Lima 2019 (el tema del precedente se encuentra en el tomo II, pp. 597-608).

Un problema aparte que merece ser considerado, son los desencuentros entre el Poder Judicial - en especial a través de la Corte Suprema de Justicia - y el Tribunal Constitucional. Y que tiene varias aristas, una de ellas es la eventual interferencia del Tribunal Constitucional en lo decidido por el Poder Judicial, de lo que es clara muestra el caso de los casinos y tragamonedas (cf. AA.VV. **¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo**

y el Poder Judicial, Domingo García Belaunde, coordinador, Palestra Editores, Lima 2008 y Nelson Ramírez Jiménez, **Jurisdicción constitucional. Guerra de cortes** en “Diálogo con la jurisprudencia”, núm. 178, junio de 2013, con una propuesta interesante para evitar estos roces; en el mismo sentido y más crítico, cf. Víctor Malpartida Castillo, **Tribunal Constitucional vs. Poder Judicial (A propósito de un proceso competencial)** en “Revista Oficial del Poder Judicial”, num-6-7;2010-2011). En fecha posterior, la Corte Suprema de Justicia emite un pronunciamiento a propósito de la STC 03116-2012-PHC/TC de 4 de septiembre de 2013, en la cual critica acerbamente lo que llama la “intromisión” del Tribunal Constitucional en temas que no le corresponden y dice así, entre otras afirmaciones: “...El Tribunal Constitucional durante los últimos años y en forma sistemática y a veces contradictoria, ha emitido resoluciones invasivas en contra de otros órganos constitucionales autónomos y poderes del Estado, como el propio Poder Judicial, bajo un supuesto ejercicio del control constitucional, con lo que se llega a afectar gravemente las competencias, equilibrios y atribuciones propias que la Constitución asigna; y por tanto, vulnera el Estado de Derecho y debilita el sistema democrático” (**Poder Judicial. Pronunciamiento**. Aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 3 de octubre de 2013. Publicado a página completa en el diario **El Comercio** de Lima, 6 de octubre de 2013). El tema no es nuevo, pues se origina en Italia y se presenta en otros países como Colombia, en donde este fenómeno se conoce como “choque de trenes” (cf. Carlos Mario Molina Betancur, editor, **Corte Constitucional. 10 años. Balance y perspectivas**, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2003) y lo mismo podemos decir de España (cf. Rafael de Mendizábal Allende, **La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional**, Edit. Dykinson, Madrid 2012).

Otro aspecto de actualidad y vinculado a aquél, pues se nota con más frecuencia, es la observancia que deben tener los jueces frente a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (como simple muestra, véase el “Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010 de la Corte Superior de Justicia de Lima” que acordó dejar en libertad a los jueces para que mediando buenas razones, puedan desvincularse de los precedentes fijados en conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, basándose, precisamente, en la autonomía que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones). Este factor de la “autonomía” y además el empleo del “distinguishing”, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia apartarse no solo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino incluso de los precedentes vinculantes que

emite este último. Esto se aprecia, sobre todo, en el precedente “Huatuco” (STC 02899-2016-PA/TC) del que se han desligado varios casos resueltos desde mediados de 2016, sin que ello causara problema alguno.

En la actualidad, el concepto de “precedente” se ha ampliado grandemente, a tal extremo que el diario oficial “El Peruano” publica con cierta regularidad una separata titulada “Precedentes vinculantes”, en los que incluye los constitucionales, los judiciales y los administrativos.

En lo referente a Alemania, tal como señala Robert Alexy, la situación es más simple: todas las decisiones del Tribunal Constitucional Federal tienen las características de un precedente y por tanto son vinculantes y deben ser observadas. Pero tratándose de casos distintos, cabe el apartamiento mediante una adecuada argumentación (cf. **Teoría de los derechos fundamentales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 535-540). Una solución similar, y al parecer inspirada por ella, lo ofrece el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica (cf. Rubén Hernández Valle, **Derecho Procesal Constitucional**, Editorial Juricentro, San José 2009, pp.223-252).

254

Finalmente quiero señalar un dato interesante en relación con el concepto de “precedente”. Y es que hasta donde alcanza mi información, no existe en nuestro medio ensayos, monografías o libros sobre el tema en cuestión, no empece que hay estudios, no siempre de primera mano, sobre el sistema jurídico y constitucional de los Estados Unidos de América. De excepción es el libro del jurista inglés H.H.A. Cooper, quien estuvo en Lima como profesor visitante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y publicó **Diez ensayos sobre el “common law”**, Edit. Universo, Lima 1967, en donde el tema se toca en forma marginal (publicó igualmente un interesante estudio buscando un paralelismo entre el juez inglés y el pretor romano; cf. **Evolución del pensamiento jurídico**, Edit. Universo, Lima 1967). Y en fecha más reciente el importante ensayo de Robert S. Barker **El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos**, Edit. Grijley, Lima 2014, especialmente preparado para su edición en el Perú. Lo que existe sobre el “precedente”, es lo que se publica a partir de 1982 y sobre todo desde 2004, con la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional y existiendo un Tribunal Constitucional activo y que incursiona, no sin audacia, en el concepto en cuestión.

Lima, mayo de 2020-2021

Reflexiones constitucionales sobre el bicentenario de nuestra independencia

A propósito de la labor del Tribunal Constitucional
en la defensa de los derechos fundamentales

✎ MANUEL JESÚS MIRANDA CANALES*

Nuestra historia republicana ha tenido altibajos, que hemos podido sobrellevar, en buena medida, por la consolidación de algunas instituciones en diversas materias. Uno de estos ámbitos, sin duda, lo constituye el Derecho Constitucional, pues, al celebrar los 200 años de nuestra independencia, es justo decir que, tanto, las instituciones como los derechos fundamentales, han mostrado un avance insoslayable.

255

Precisamente, el objetivo de estas breves líneas será subrayar la importancia del Tribunal Constitucional y los derechos fundamentales en el marco del bicentenario. En efecto, no existe discusión sobre el rol que tiene el Tribunal Constitucional, para coadyuvar a que se consoliden los principios democráticos, ya que ese es uno de sus deberes como supremo intérprete de la Constitución.

Ahora bien, la creación del Tribunal Constitucional, es por mandato de la Constitución de 1993, que en su artículo 201 señala expresamente: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años (...)”.

Asimismo, establece que tiene competencia para resolver en única y definitiva instancia el proceso de inconstitucionalidad y competencial; así como en última y definitiva instancia los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.

* Magistrado. Ex Presidente del Tribunal Constitucional.

Anteriormente a ello, ninguna de nuestras Constituciones había recogido un órgano que ejerza jurisdicción constitucional, ya sea de orden concentrado o difuso. La única excepción es la Constitución de 1979, que reguló al extinto Tribunal de Garantías Constitucionales. Al respecto, dicho documento normativo regulaba en su artículo 298 que era competente para:

1. Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo y;
2. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y acción de amparo agotada la vía judicial.

Como se puede ver, las diferencias entre un órgano y otro, saltan a la luz. Ello, además, se puede verificar en la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a diferencia de su antecesor, tiene a su cargo seis procesos constitucionales, además, de dictar precedentes vinculantes cuando así lo amerite el proceso.

256

En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano tiene, en materia de conflictos entre derechos fundamentales, la última palabra interpretativa, en la medida que lo resuelto por este Colegiado, agota la jurisdicción interna. Desde esta perspectiva, la búsqueda de efectivizar la vigencia de los derechos fundamentales es una de las finalidades de la jurisdicción constitucional, para lo cual es necesario desarrollar dichos preceptos a través de la jurisprudencia constitucional, que como se sabe, opera como una fuente de nuestro ordenamiento jurídico.

Así vistas las cosas, llegamos al bicentenario de nuestra independencia con un órgano constitucional, dotado de autonomía e independencia, garante de la democracia y los derechos fundamentales.

Otro asunto, indesligable al que hemos comentado, es el referido a la separación de poderes y los límites que cada órgano constitucional u órgano constitucionalmente autónomo debe tener. Ello es así, porque el marco que recordaremos estos 200 años de independencia, en el contexto de una pandemia, la cual todavía no logramos superar.

Como es por todos conocido, el covid-19 ha puesto en evidencia que nos falta aún mucho camino por recorrer, no sólo en el ámbito de la salud, sino, también, en todas las instituciones que conforman el Estado. Uno de estos aspectos es el referido a las adecuaciones que cada entidad estatal ha realizado para enfrentar la pandemia y no frenar sus funciones. Así, el Tribunal Constitucional, ha realizado un proceso de digitalización de expedientes que ha permitido resolver con celeridad las causas que teníamos antes de la pandemia y las que están llegando durante la misma.

Lo hasta aquí argumentado, también, nos lleva a analizar cómo las instituciones estatales han respondido a la pandemia y si no se han excedido en sus competencias. El Tribunal Constitucional, no es ajeno a ello, en tanto, muchas veces, ha sido objeto de crítica por presuntamente excederse de sus competencias.

Lo anteriormente anotado, puede verse desde una doble perspectiva. Por un lado, el Tribunal Constitucional tiene la competencia para resolver los conflictos constitucionales que ocurran entre los órganos estatales, así como los procesos de inconstitucionalidad contra los documentos normativos con rango de ley que se interponga; pues, si se han excedido de sus competencias el Alto Tribunal, deberá así declararlo, mientras que en los procesos de inconstitucionalidad deberá expulsar definitivamente dicha norma del ordenamiento jurídico. Por otro lado, el Tribunal Constitucional, también, debe examinar si en el ejercicio de sus competencias, no se está extralimitando.

257

En esta breve reflexión, nos interesa este último punto, referido a los límites del Tribunal Constitucional. Uno de los cuestionamientos que se le hace a las Cortes Constitucionales, es su competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes emitidas por el Congreso. Ello se debe a que el Congreso tiene una representación directa de la ciudadanía, mientras que el Tribunal Constitucional ostenta una representación indirecta; en tanto, su elección, es por parte del Congreso, al menos ello opera para el caso peruano. Así, no sería posible que un órgano constitucional de siete miembros expulse del ordenamiento un documento normativo emitido por un órgano constitucional de 130 miembros.

Asimismo, existe una posición que señala la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda revisar las resoluciones emitidas por el Poder Judicial, siempre que se constate la vulneración de los derechos fundamentales. Aquí, también,

existen diferentes alternativas, pues, se podrían referir a derechos fundamentales de orden estrictamente procesal o, por el contrario, a todos los derechos fundamentales. En cualquier supuesto, esta tesis se sustenta en que no existen zonas exentas de control constitucional, por lo que es denominada una tesis garantista de los derechos fundamentales.

Por el contrario, también, existe una posición donde el Tribunal Constitucional se encuentra impedido de revisar cualquier decisión que emita el Poder Judicial, en tanto, sean expedidas respetando el debido proceso y las demás garantías constitucionales. Aquí el Tribunal Constitucional debería restringir sus competencias.

A nuestro juicio, es importante trazar una línea divisoria entre lo que puede y no puede hacer un juez constitucional. En efecto, no somos de la opinión de adoptar alguna de las tesis enunciadas, puesto que cada caso determinará si es necesario adoptar una postura u otra.

Esto se ve reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo, cuando se analizan derechos sociales. En este tipo de derechos, se requiere una Corte más activista que pueda tutelar este tipo de derechos, más aún cuando son grupos históricamente discriminados los que piden su tutela.

258

Esta afirmación se condice con el derecho social fundamental a la salud, que en épocas de pandemia tiene una importancia indiscutible. Es así, que este Alto Tribunal, muchas veces debe adecuar algunos formalismos para tutelar efectivamente derechos como el de la salud. Esta argumentación no hace que sea más activista o un poder descontrolado; por el contrario, lo único que hace es brindar tutela efectiva a los derechos fundamentales, como ha ocurrido en el caso de aquellas personas que padecen de VIH y requieren de antiretrovirales, pues, de no tenerlos, estarían condenados a muerte.

Definitivamente, el esquema de separación de poderes ha cambiado, ya no se puede predicar que cada poder se encuentra dentro de sus competencias, sin coordinaciones. Por el contrario, es necesario el diálogo constante entre todos los Poderes del Estado. En efecto, mediante la discusión constante se pueden lograr varias metas, a saber:

1. La separación de poderes debería entenderse como la coordinación entre todas las entidades estatales, ya que sólo por medio de la comunicación constante se logrará impedir y superar los posibles conflictos de competencias.

2. Los órganos jurisdiccionales, en general, y el Tribunal Constitucional, en particular, pueden incorporar a los procesos constitucionales que resuelva, a todas las personas que directa o indirectamente puedan ser objeto de los efectos de sus sentencias. Esta es una manera en la que puede legitimarse el accionar del Tribunal Constitucional y, también, operar como un límite de sus competencias, pues, se actúa de acuerdo a la razón pública.

Así las cosas, la Constitución es un proyecto en constante desarrollo, que debe hacer frente a los más novedosos problemas, como la pandemia del COVID-19. La llegada del bicentenario, debe servir para detectar los errores cometidos, obtener la información necesaria para enmendarlos, para así, reflexionar sobre nuestras propias posturas y mejorarlas en aras de consolidar la democracia y los derechos fundamentales.

Lima, abril de 2021.

La vacancia presidencial por incapacidad moral permanente

Una mirada constitucional

✎ ANÍBAL QUIROGA LEÓN*

1. Introducción

El tema de la vacancia presidencial –a ser declarada por el Congreso de la República– ha regresado con fuerza al debate público, político y constitucional en los últimos tiempos, producto de nuestros recientes avatares políticos y constitucionales tan acuciantes.

La posibilidad de que se declare –por parte del Congreso– la vacancia del Presidente de la República por la causal de incapacidad moral permanente prevista en el Inc. 2do. del Art. 113° de la Constitución, es de larga data (1835) y ha sido utilizada muy pocas veces en nuestra historia republicana y constitucional del Siglo XX (1914 con Guillermo Billinghurst, 2000 con Alberto Fujimori y 2020 con Martín Vizcarra) ha cobrado notorio auge en el reciente sexenio, desde la elección de Pedro Pablo Kuczynski con una pobre bancada en el Congreso

261

* Profesor Principal y ex Director de la Revista *Derecho-PUC* de la Facultad de Derecho de la PUCP. Bachiller en Derecho, Abogado y Magíster en Investigación Jurídica por la Escuela de Posgrado de la PUCP. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR del Perú. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

2016-2020, y que le llevó a enfrentar dos procesos de *impeachment* por la indicada causal y que, habiéndolos librado a duras penas, gatilló su renuncia irrevocable a la presidencia de la República dando lugar a la sucesión presidencial prevista constitucionalmente para el Primer Vicepresidente Martín Vizcarra, el actual mandatario.

Pero, como consecuencia de la muy discutible disolución del Congreso el pasado 30 de septiembre de 2019, se dio paso a la elección en enero de 2020 de un *Congreso Complementario*, el actual, en donde el Presidente Vizcarra tampoco tenía mayoría alguna, ni tan siquiera una bancada o uno sólo Congresista que le respalde oficialmente (más allá de los pocos oficiosos que nunca faltan), lo que volvió a gatillar que, ante el escándalo político-farandulero mejor conocido como el “*Caso Swing*” en actual desarrollo fiscal-judicial, y su evidente involucramiento ante los hechos que audios grabados subrepticamente en el mismo Despacho presidencial al propio Presidente de la República, se volvería a gatillar un nuevo *impeachment* muy recientemente, dado ahora contra el mandatario sucesor en funciones, dando la cifra récord de haber sido tres en un solo periodo constitucional. Lo que en el Siglo pasado fueron dos en cien años, en el Siglo XXI da la cifra de tres en un mismo quinquenio de gobierno. Sin lugar a dudas, algo significativo -constitucionalmente- indica esto. Finalmente, luego de un primer intento fallido, el Congreso de la República decidió con 105 (de los 87 requeridos) el pasado 9 de noviembre de 2020 la tercera vacancia presidencial de la historia de nuestra República, la del ex presidente Martín Vizcarra, para el oprobio de su corta vida política, dándose la sucesión presidencial hacia el entonces Presidente del Congreso Manuel Merino y, a la semana, ante su renuncia, a la del nuevo Presidente del Congreso Francisco Sagasti, quien se hizo así de la Presidencia de la república para un periodo menor a un año, ya con las elecciones generales convocadas para el recambio de poder que se produjo en julio del presente año, y en medio de una grave crisis de salubridad producto de la pandemia y una severísima crisis económica, laboral y de seguridad ciudadana.

Muchas han sido las opiniones vertidas al respecto de estos últimos procesos políticos de vacancia presidencial, sobre todo del último, muchas las que se han expresado en los últimos tiempos, y muchas las interpretaciones por demás dispares, no siempre bien informadas o correctamente formuladas, cuando no interesadas de parte y parte: vacadores y vacado. Y es que alrededor de la causal de permanente incapacidad moral del presidente de la República, a ser declarada por

el Congreso, parecería que se extiende una bruma conceptual que impide muchas veces entender con facilidad su contenido y alcances, al punto que no han faltado quienes, urgidos por la realidad y su prisa, han solicitado su exclusión del texto constitucional. Otros, los más estridentes, han pedido la intervención de la OEA y la activación de la Carta Democrática llamándole sin ambages **“Golpe de Estado disfrazado”**; otros han ido por el sinuoso y siempre misterioso camino de la **“teoría del complot”**; y otros han exigido exámenes médicos y declaraciones de entereza mental en el supuesto entendido de que la aludida causal solo se refiere a casos de **“enfermedad mental”**, como el caso del último intento de reforma constitucional presentado ante el Congreso y recientemente sustentado al alimón por la Premier y por el Ministro de Justicia, con la finalidad, no cabe duda, de mediatizar su interpretación y aplicación.

En un sentido genérico, según el Diccionario de la Real Academia Española, la condición de vacante quiere decir únicamente que algo está sin ocupar. En lo que los cargos, empleos o dignidades quiere decir que tales están todavía sin proveer.

263

Por regla general, sabemos que, a tenor de lo dispuesto por el Art. 112° de la Constitución Política del Estado, **“el mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro periodo constitucional como mínimo, el expresidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones”**.

Vale decir, en circunstancias normales, al término del periodo constitucional de cinco (5) años fijado para el mandato del presidente de la República, asumirá el mando quien hubiese sido elegido para el periodo siguiente, y así sucesivamente. Mientras que esto suceda, no podría hablarse de vacancia del cargo presidencial en los términos a los que hace referencia la noción **a priori** de cargo vacante, puesto que siempre habrá una persona ocupándolo.

Así, la vacancia presidencial regulada por el Inc. 2do. del Art. 113° de nuestra actual Carta Magna constituye una excepción a la duración del periodo de cinco (5) años constitucionalmente previstos para el mandato presidencial. Esta excepción constitucional obedece a una necesidad institucional de que, en circunstancias especialmente graves para la comunidad política, pueda declararse el

impedimento para que el presidente de la República continúe en el ejercicio del cargo hasta el término del mandato para el que se le eligió.

El Art. 113° de la Constitución Política del Estado regula como supuestos de vacancia presidencial los siguientes:

- i) **Muerte**, circunstancia que no amerita mayores explicaciones, ya que resulta obvio que, al morir el presidente, la presidencia de la República se encontrará vacante, al no haber una persona que lo ocupe.
- ii) **Permanente incapacidad moral o física declarada por el Congreso**, sobre el cual no abundaremos en esta parte, toda vez que será desarrollada en los siguientes acápite.
- iii) **Aceptación de su renuncia por el Congreso**, sobre lo cual, se debe resaltar que tal renuncia no es un acto unilateral del presidente de la República. No basta, pues, su sola manifestación de voluntad de no continuar ejerciendo la más alta magistratura de la Nación, sino que, además, esta renuncia debe ser aprobada por el Parlamento. De lo contrario, el presidente de la República deberá continuar con el periodo para el que fue elegido hasta culminarlo.
- (iv) **Salida del territorio nacional sin permiso del Congreso**. Al respecto, debemos señalar que, conforme lo previsto en el Art. 102°, Inc. 9, de la Constitución Política del Estado, constituye una atribución del Congreso *“autorizar al presidente de la República para salir del país”*. Como contrapartida, toda salida no autorizada del presidente constituye una causal de vacancia de la presidencia de la República.
- (v) **Destitución por las causales reguladas por el Art. 117° de nuestra Carta Magna**, correspondientes a los únicos casos por los cuales el presidente de la República puede ser acusado durante su mandato y que consisten en: (a) Traición a la Patria; (b) Impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; (c) Disolver el Congreso fuera de los casos establecidos en el Art. 114° de la Constitución Política del Estado; y (d) Impedir la reunión o funcionamiento del Congreso, del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del Sistema Electoral.

Para la cabal comprensión de esta causal de vacancia presidencial, es necesario recordar que el Art. 99° de la Constitución Política del Estado establece

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

La infracción de nuestra Carta Magna como causal de acusación constitucional ha sido objeto de numerosas críticas, especialmente, por la carencia de una tipificación previa y claramente determinada, sin la cual “no debería haber procedimiento de acusación constitucional que implique la subsiguiente destitución o inhabilitación de los funcionarios; pues lo contrario es atentatorio del derecho a un debido proceso, máxime cuando el procedimiento concluye en sede parlamentaria”¹.

El procedimiento de acusación constitucional se encuentra regulado en el Art. 89° del Reglamento del Congreso. Cabe destacar aquí que, una vez elevada al pleno del Congreso, la acusación constitucional al pleno del Congreso debe ser aprobada por la mitad más uno del número de congresistas, sin la participación de los miembros de la Comisión Permanente. El expediente con la acusación constitucional es enviado al Fiscal de la Nación, para que proceda conforme a sus atribuciones y a lo que dispone nuestra Carta Magna.

Adicionalmente, el Art. 100° de la Constitución Política del Estado faculta al Congreso para que, sin la participación de la Comisión Permanente, suspenda o no al funcionario acusado, lo inhabilite para el ejercicio de la función pública hasta por diez (10) años o lo destituya de su función, sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. Tal como lo prevé el Art. 89° del Reglamento del Congreso, el acuerdo aprobatorio de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional se adopta con el voto favorable de las dos terceras partes del número de congresistas, sin la participación de la Comisión de la Comisión Permanente, y acorde con los cánones exigidos por el principio de razonabilidad.

¹ GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. En: *Pensamiento Constitucional* N.º 18, 2013. p. 396.

En lo que respecta al presidente de la República, es la aplicación de dichas medidas, en adición a una acusación constitucional remitida al Ministerio Público, lo que nos colocaría en puridad frente a la aplicación de una figura de vacancia presidencial. Pero, a diferencia de los otros altos funcionarios que gozan del privilegio de antejuicio político, el presidente de la República no podrá ser acusado durante su mandato por la comisión de cualquier delito o infracción en el ejercicio de sus funciones, sino únicamente por aquellas que se encuentran taxativamente establecidas en el Art. 117° de la Constitución Política del Estado. A esto último es a lo que la doctrina denomina, inmunidad especial del presidente de la República.

De todas las causales de vacancia de la presidencia de la República previstas en el Art. 113° de nuestra Carta Magna, es posible advertir que, contrariamente a lo que suele sostenerse, excepto el caso de la muerte del presidente de la República, ninguna de estas causales es del todo objetiva y, por el contrario, todas se sujetan a la discrecionalidad del Parlamento, si tenemos en cuenta que:

- a) Es el Congreso quien decide si declara o no la vacancia por permanente incapacidad moral o física;
- b) Es el Congreso quien decide si acepta la renuncia del presidente de la República o lo obliga a continuar en el ejercicio del cargo hasta la conclusión del mandato para el que fue elegido;
- c) Es el Congreso quien decide si autoriza o no al presidente de la República para que se ausente del territorio nacional y, por tanto, es su decisión denegatoria la que pondría eventualmente al presidente de la República en la disyuntiva de aceptar la decisión de permanecer en el territorio nacional y continuar en el ejercicio del cargo o salir de él e incurrir en causal de vacancia presidencial; y,
- d) Es el Congreso quien decide si acusa o no al presidente de la República por incurrir en alguna de las causales previstas en el Art. 117° de nuestra Carta Magna y, eventualmente, impone la destitución y/o inhabilitación para el ejercicio de la función pública, tornando en vacante la presidencia de la República.

En todos estos casos, la atribución del Congreso de la República de declarar la vacancia presidencial obedece a una necesidad institucional, considerada como relevante por el Constituyente, de que *“en determinadas circunstancias especialmente graves para la comunidad política, exista un órgano que*

oficialmente declare la existencia de un impedimento para que el presidente de la República siga ejerciendo el cargo con idoneidad². En tal sentido, cuando la Constitución Política del Estado otorga esa facultad al Congreso con la intención de establecer ***“la atribución de un contrapoder, sino [por] la necesidad de legitimidad que debe de reconocerse al órgano al que le encarga esta delicadísima responsabilidad debido a la especial trascendencia que para la comunidad política tiene una tal declaración”***³.

No podría, pues, válidamente sostenerse que la aplicación de cualesquiera de ellas represente una interferencia o un menoscabo de las funciones constitucionales y legales propias del presidente de la República; especialmente si tenemos en cuenta que:

- i) El objeto de la vacancia de la presidencia de la República recae en la persona que ocupa el cargo y no el ejercicio de todas o algunas de sus funciones. Es decir, si declara vacante el cargo de presidente de la República, quien lo suceda pasa a ejercer las mismas atribuciones constitucionales y legales propias de la más alta magistratura de la Nación, sin ningún tipo de restricción o menoscabo de estas.
- ii) Salvo por la muerte, en todos los demás supuestos la vacancia de la presidencia de la República resulta de una decisión adoptada en el ejercicio de facultades constitucionales exclusivas y excluyentes del Parlamento. Dicha decisión recae, además, sobre la necesidad de declarar vacante el cargo de presidente de la República y no sobre la determinación de responsabilidades de otra naturaleza, cuya determinación y eventual imposición de sanciones corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional.
- iii) La percepción de una mayor o menor “objetividad” en la regulación de las causales de vacancia obedece solo al establecimiento de grados de discrecionalidad constitucionalmente regulados en cuanto a la interpretación de las causales y, consecuentemente, en modo alguno puede ser tenida como un criterio válido para determinar una mayor o menor legitimidad entre ellas.

2 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Delimitación del concepto de incapacidad moral en el Perú”. Conferencia dictada el 18 de septiembre de 2020, organizada por la *Revista de Estudiantes ITA IUS ESTO*.

3 Ibid.

Por el contrario, “no existe ninguna razón material que obligue al Constituyente a recoger solo enunciados cerrados o solo enunciados abiertos en una lista de causales o condiciones, ni que le obligue a recoger solo enunciados cuya constatación no requiera de inferencias”⁴. Por ello es que resulta de todo falaz, por tanto, la interpretación constitucional que sostiene que la vacancia por salida no autorizada del territorio de la República tiene una mayor validez que la vacancia por destitución por cualesquiera de las causales previstas en el Art. 117° de nuestra Carta Magna. Y que esta última es más legítima que la vacancia por permanente incapacidad moral o física porque en esta última exista una indeterminación en cuanto lo que debe entenderse por tal. En todas, como hemos visto, existe un nivel discrecionalidad que, incluso, ha sido materia de pronunciamiento por parte del TC, como se verá en los siguientes acápite.

- iv) La vacancia de la presidencia de la República forma parte de la Constitución histórica de nuestro país, siendo recogida por todas las constituciones a partir de la Carta Magna de 1839. Y, como hemos visto, ha sido aplicado en circunstancias extremas plenamente justificadas, sin que ahora se discuta su legitimidad o idoneidad.

268

Ahora bien, respecto a la incapacidad moral como causal de vacancia de la Presidencia de la República, su correcta interpretación es aquella que la identifica con ***“la falta de aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo, [por] haberse acreditado objetivamente una conducta pública o social gravemente venal, corrupta, licenciosa u ofensiva a las convicciones ética de la ciudadanía, [que]... deja constancia de una atrofia de las nociones de corrección e integridad de ánimo”***⁵.

Acorde a ello y si tenemos en cuenta que la finalidad de la vacancia presidencial es impedir que el presidente de la República continúe en el ejercicio del cargo debido a circunstancias valoradas como especialmente graves, según la tipología establecida en el Art. 113° de nuestra Carta Magna, la incapacidad moral como causal debe interpretarse en el sentido de un quebrantamiento de

4 Ibid.

5 GARCÍA TOMA, Víctor. “La vacancia presidencial por incapacidad moral”. En: *Extramuros, Blog Oficial de Palestra Editores e Instituto Palestra*. Publicado el 16 de septiembre de 2020.

los parámetros de conducta admitidos en una época y por una sociedad determinadas que afectan gravemente la dignidad del cargo y, además, son fuente de potenciales o concretos conflictos políticos que pueden hacer inviable el normal desenvolvimiento de la comunidad política.

Históricamente, la vacancia por incapacidad moral ha formado parte de la tradición constitucional de los países presidencialistas desde su propio advenimiento. Concretamente, fue parte de la institución del *impeachment* establecido en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787; que distinguía las siguientes situaciones: *treason* (traición), *bribery* (cohecho o simplemente soborno), *high crimes* (delitos graves), y *misdemeanors* (faltas o conductas indecorosas). De esta última, habría adoptado el legislador peruano el marco de referencia de esta causal de vacancia⁶.

Respecto a Perú, más adelante haremos una breve reseña de los presidentes de la República que fueron objeto de procesos de vacancia presidencial como José de la Riva Agüero, Guillermo Billinghurst, Alberto Fujimori y Martín Vizcarra, cuyos procesos fueron consideraciones de orden político relacionadas con su idoneidad moral para el ejercicio del cargo, las que determinaron su cese del poder. En ninguno de estos casos se aludió, en el sentido civilista del término, que dichos presidentes tuviesen un impedimento de orden psíquico o mental, sino que sus acciones estaban reñidas con el orden moral, según era concebido en la época en que cada uno de ellos gobernó. Esto, por tanto, requiere de una apropiada interpretación constitucional de la causal expresamente prevista en el texto literal de la Carta Constitucional⁷.

2. Actual procedimiento de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral

Es indispensable destacar previamente que la doctrina jurisprudencial del TC no ha cuestionado en ningún momento la constitucionalidad y legalidad

6 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “El juicio político en la encrucijada. Vacancia y renuncia presidencial en el Perú”. En: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinadores). *La vacancia por incapacidad moral*. Universidad Católica de Santa María: Arequipa. Cfr. GARCÍA TOMA. Ob. Cit.

7 QUIROGA LEON, Aníbal. “La Interpretación Constitucional”. En: AAVV *Interpretación Constitucional*, Eduardo Ferrer MG-Coordinador; T. II, Ed. Porrúa SA, México 2005.

de la atribución del Parlamento de declarar la vacancia de la presidencia de la República por la causal de permanente incapacidad moral, en cuanto sea respetuosa del debido procedimiento y no se encuentre sujeta a la aprobación de una mayoría simple. Así, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC el Supremo Intérprete de la Constitución exhortó al Parlamento a legislar un procedimiento que introduzca una votación calificada para declarar la vacancia de la presidencia de la República por la causal prevista en el Art. 113º, Inc. 2, de la Constitución Política del Estado, a efectos de **“no incurrir en aplicaciones irrazonables”**.

En cumplimiento del requerimiento normativo formulado por la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, mediante Resolución Legislativa N.º 030-2003-CG, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2004, se incorporó al Reglamento del Congreso el Art. 89-Aº el procedimiento para el pedido de vacancia previsto en el Art. 113º, Inc. 2, de la Constitución Política del Estado. A continuación, pasaremos a exponer los principales aspectos de dicho procedimiento de vacancia.

270

Petición de vacancia (Art. 89-Aº, Inc. “a”, del Reglamento del Congreso)

El pedido de vacancia se formula mediante moción de orden del día, firmada por no menos de veinte por ciento del número legal de miembros del Congreso de la República, que equivale a veintiséis (26) congresistas.

En la moción de orden del día deben precisar los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta, así como de los documentos que lo acrediten o, en su defecto, la indicación de lugar donde dichos documentos se encuentren. Esta moción tiene preferencia en el orden del día.

Recibido el pedido, copia de este se remite, a la mayor brevedad, al presidente de la República.

Admisión del pedido de vacancia (Art. 89-Aº, Inc. “b”, del Reglamento del Congreso)

Para la admisión del pedido de vacancia, se requiere el voto de, por lo menos, el cuarenta por ciento de miembros hábiles del Congreso de la República, que equivale a cincuenta y dos (54) congresistas.

La votación debe efectuarse indefectiblemente en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la correspondiente moción.

Debate y aprobación de la vacancia presidencial (Art. 89-A°, Inc. “c”, del Reglamento del Congreso)

El Pleno del Congreso acuerda día y hora para el debate y votación del pedido de vacancia; sesión que no se puede realizar antes el tercer día siguiente a la votación de la admisión del pedido ni después del décimo, salvo que cuatro quintas partes del número legal de miembros del Congreso –ciento cuatro (104) congresistas– acuerden un plazo menor o su debate y votación inmediata. Si fuera necesario se cita, para tal efecto, a una sesión especial.

El presidente de la República cuya vacancia es materia de solicitud, puede ejercer personalmente su derecho de defensa o ser asistido por letrado hasta por sesenta (60) minutos.

El acuerdo de vacancia presidencial por incurrir en la causal prevista en el Art. 113°, Inc. 2, de nuestra Carta Magna requiere de la votación calificada de no menos de las dos terceras partes del número legal de miembros del Congreso de la República, equivalente a ochenta y siete (87) congresistas, y consta en Resolución del Congreso.

271

Publicación y vigencia de la vacancia presidencial (Art. 89-A°, Incs. “d” y “e”, del Reglamento del Congreso)

La resolución que declara la vacancia se publica en el Diario Oficial dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al de la recepción de la transmisión remitida por el Congreso de la República.

En su defecto, el presidente del Congreso ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

La resolución que declara la vacancia rige desde que se comunica al vacado, al presidente del Consejo de Ministros o se efectúa su publicación, lo que ocurra primero.

Sucesión presidencial

La declaración de vacancia exige, a su vez, la determinación de la persona que sucederá en el cargo al presidente de la República cesado en el ejercicio de

sus funciones. De conformidad, con el Art. 115° de la Constitución Política del Estado, en tal caso, asume el mando el primer vicepresidente y, en defecto de este, el segundo vicepresidente a fin de completar el periodo presidencial ordinario. Por impedimento permanente de ambos, el Presidente del Congreso, a título de Presidente Transitorio e interrumpiendo el periodo presidencial si fuera este mayor, convoca de inmediato a elecciones generales para definir su remplazo, tal como ocurrió en el 2000⁸.

3. Antecedentes normativos

La causal de vacancia del presidente de la República por permanente incapacidad moral no es una novedad en nuestra realidad constitucional y, más bien, ha sido una constante a lo largo de toda nuestra historia constitucional a partir de nuestra Carta Magna de 1839, conforme se desarrolla a renglón seguido.

La Constitución de 1839

La Constitución de 1839, dada por el Congreso General el 10 de noviembre de dicho año (también denominada la *Constitución de Huancayo*) fue la Carta Magna que rigió luego de la disolución de la Confederación Perú-Boliviana. Fue la primera constitución que reguló expresamente la figura de la vacancia presidencial por incapacidad moral en los siguientes términos:

CONSTITUCIÓN DE 1839

“Art. 81°.- La Presidencia de la República vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad e independencia nacional; y de derecho por admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física o moral, y término de su período constitucional”.

[Resaltado nuestro]

La Constitución de 1856

La Constitución de la República Peruana de 1856, llamada la Constitución Liberal de Castilla, fue elaborada y aprobada por una asamblea constituyente

8 Cfr. DELGADO GUEMBES, César. - “Imputabilidad y vacancia presidencial puestas a prueba”. En: *Extramuros, Blog Oficial de Palestra Editores e Instituto Palestra*. Publicado el 19 de diciembre de 2017.

denominada Convención Nacional. Fue promulgada el 19 de octubre de ese año por presidente Ramón Castilla y Marquesado. Esta constitución también previó la vacancia presidencial por incapacidad moral del siguiente modo:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA PERUANA DE 1856

“Art. 83º. - La Presidencia de la República vaca de hecho:

- 1. Por muerte.***
- 2. Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad nacional.***
- 3. Por atentar contra la forma de Gobierno.***
- 4. Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.***

Vaca de derecho:

- 1. Por admisión de su renuncia.***
- 2. Por incapacidad moral o física.***
- 3. Por destitución legal.***
- 4. Por haber terminado su período”.***

Constitución de 1860

La Constitución de 1856 tuvo corta vida, y prontamente fue reemplazada por la Constitución Política del Perú de 1860, también denominada la Constitución Conservadora de Castilla, fue discutida y aprobada por el Congreso de la República en dicho año. Fue promulgada por el presidente Castilla y Marquesado el 13 de noviembre de 1860. Al igual que las anteriores, preveía la figura de la vacancia presidencial por incapacidad moral en los términos siguientes:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1860

“Art. 88º.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1. Por perpetua incapacidad, física o moral del Presidente.***
- 2. Por la admisión de su renuncia.***

3. *Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 65.*
4. *Por terminar el período para que fue elegido*". [Resaltado nuestro]

La Constitución de 1867

La Constitución Política del Perú de 1867, se discutió y aprobó por el Congreso Constituyente reunido en dicho año. Fue promulgada por el Presidente Mariano Ignacio Prado el 29 de agosto de 1867. Reguló, al igual que las anteriores, la vacancia presidencial por incapacidad moral, conforme se recoge a renglón seguido:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1867

“Art. 80º. - [El Presidente de la República] vaca de derecho:

1. *Por admisión de su renuncia.*
2. *Por incapacidad moral o física.*
3. *Por haber terminado su período.*
4. *Por sentencia judicial que lo declare reo del delito que motivó su suspensión conforme al artículo 79º, incisos 2º, 3º y 4º*". [Resaltado nuestro]

La Constitución de 1920

La Constitución para la República del Perú de 1920, la primera del Siglo XX, fue discutida y aprobada el 27 de noviembre de 1919 por la Asamblea Nacional y, promulgada el 18 de enero de 1920 por el presidente Augusto Bernardino Leguía y Salcedo. Esta Carta Magna previó también la vacancia presidencial por incapacidad moral de esta forma:

CONSTITUCIÓN PARA LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1920

“Art. 115º.- La presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. *Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;*

2. *Por admisión de su renuncia;*
3. *Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 96*". [Resaltado nuestro]

La Constitución de 1933

La Constitución Política del Perú de 1933, discutida y aprobada por el Congreso Constituyente de 1931, fue promulgada el 9 de abril de 1933 por el presidente Luis Miguel Sánchez Cerro. Esta constitución previó también la vacancia presidencial por incapacidad moral en estos términos:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1933

"Art. 144°. - La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. **Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;**
2. *Por la aceptación de su renuncia;*
3. *Por sentencia judicial que lo condene por los delitos enumerados en el artículo 150°;*
4. *Por salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y*
5. *Por no reincorporarse al territorio de la República vencido el permiso que le hubiere concedido el Congreso*". [Resaltado nuestro]

275

La Constitución de 1979

La Constitución para la República del Perú, dada por la Asamblea Constituyente de 1978, fue aprobada el 12 de julio de 1979 y entró en vigencia el 28 de julio de 1980, al inicio del gobierno del presidente Fernando Belaúnde Terry. Como las otras que se reseñaron hasta acá, también reguló la vacancia presidencial por la causal de incapacidad moral del siguiente modo:

CONSTITUCIÓN PARA LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1979

"Art. 206°. - La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte por:

1. *Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso.*
2. *Aceptación de la renuncia por el Congreso.*
3. *Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de este, y 4.- Destitución al haber sido sentenciado por alguno de los delitos mencionados en el Artículo 210”.* [Resaltado nuestro]

La Constitución de 1993

Finalmente, la actual Constitución Política del Perú, redactada por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1992 instalado luego del Golpe de Estado dado desde la propia presidencia de la República por Alberto Fujimori Fujimori, fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. Esta constitución, actualmente vigente, recogió también la figura de la vacancia presidencial por incapacidad moral de este modo:

276

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

“Art. 113°. - La Presidencia de la República vaca por:

1. *Muerte del Presidente de la República.*
 2. *Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.*
 3. *Aceptación de su renuncia por el Congreso.*
 4. *Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y*
 5. *Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117° de la Constitución”.* [Resaltado nuestro]
4. **Aplicación de la vacancia presidencial por incapacidad moral en nuestra historia republicana**

Como hemos expuesto, la institución vacancia por incapacidad a través de sus diferentes denominaciones ha sido recogida por todos los textos

constitucionales a partir de la Constitución de 1839. Interesa, entonces, pasar revista a los casos de los presidentes que, según la doctrina más difundida, fueron vacados por el Congreso de la República por esta causa.

José Mariano de la Riva Agüero y Sánchez Boquete

José de la Riva Agüero, el primer presidente de la República del Perú, fue elegido por el Congreso Constituyente como resultado de la crisis política originada por el “Motín de Balconcillo”. Gobernó solo algunos meses, entre el 28 de febrero y el 23 de junio de 1823, cuando todavía no estaba en vigencia la Constitución de 1823, nuestra primera Carta Magna, ya que esta fue promulgada el 12 de noviembre de 1823. Sobre esto último, la vigencia de dicha Constitución fue suspendida un día antes y fue restituida recién el 11 de junio de 1827.

El texto de la Constitución de 1823 no contemplaba la vacancia presidencial por incapacidad moral, aunque sí preveía como limitaciones del Poder Ejecutivo dos (2) supuestos que, posteriormente, se incorporaron como causales específicas de esta figura: (a) La prohibición de salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y (b) La prohibición de diferir o suspender en ninguna circunstancia las sesiones del Congreso⁹.

277

En el contexto de la grave crisis provocada por los reveses en la Guerra de la Independencia, el Congreso Constituyente invistió al general Antonio José de Sucre como Supremo Jefe Militar de la República. Todos entendían que esto solo era el paso previo para preparar la venida del libertador Simón Bolívar al Perú y, mucho más, el presidente Riva Agüero, cuya autoridad estaba en entredicho.

Por esta situación, José de la Riva Agüero expresó su anuencia en dejar el cargo a dos (2) diputados, asegurándoles que: “estaba llano a dimitir el mando y retirarse al punto que la Representación Nacional designase”. Y, en efecto, mediante decreto promulgado el 23 de junio de 1823, se declaró exonerarlo del gobierno y encargar el despacho del gobierno al Sr. Francisco Valdivieso, ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores.

9 GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. En: *Pensamiento Constitucional* N.º 18, 2013. p. 385.

Con el salvoconducto que se le otorgó, José de la Riva Agüero se trasladó a Trujillo con algunos ministros y diputados afines y luego, ante la agudización de las pugnas por el poder, se autoproclamó como presidente con la aprobación de un Senado que le era adicto, lo que ocasionó que fuera declarado como “reo de alta traición y sujeto al rigor de las leyes” por decreto emitido por el Congreso Constituyente del Perú del 8 de agosto de 1823¹⁰.

Por consiguiente, la exoneración del cargo de la cual fue objeto José de la Riva Agüero constituye el primer caso de nuestra historia de un presidente de la República cesado en el pleno ejercicio de sus funciones por el Parlamento.

Guillermo Enrique Billinghurst Angulo

Guillermo Billinghurst fue elegido presidente de la República del Perú como resultado de las elecciones de 1912. Gobernó poco menos de un año, entre el 24 de septiembre de 1912 y el 4 de febrero de 1914. Por entonces, estaba vigente la Constitución Política del Perú de 1867, que sí contemplaba expresamente la figura de la “*vacancia de derecho por incapacidad moral o física*” en su Art. 80°, Inc. 2.

278

Como parte de un gravísimo conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, con amenaza de cierre del Congreso, de un lado, y, del otro, en conspiración con sectores militares, ocho (8) parlamentarios reunidos el 21 de noviembre de 1913 en el domicilio del también diputado Sr. Arturo Osores, acordaron redactar un manifiesto contra el plan de disolución del Parlamento y declarar la vacancia de la presidencia de la República. Aunque este manifiesto llegó a ser suscrito por un considerable número de diputados, la mayoría prefería esperar a que se concrete el intento de disolución del Congreso por parte de Guillermo Billinghurst y recurrir a la acción de las fuerzas armadas. Al cabo de algunos meses, los acontecimientos se desbordaron. La madrugada del 4 de febrero de 1914 se produjo un golpe de Estado, que dio paso al coronel Oscar Benavides quién se convirtió en presidente de la República.

10 Cfr. BASADRE GROHMANN, Jorge. - *Historia de la República del Perú*. Empresa Editora El Comercio S.A.: Lima, 2005. pp. 55-72.

Luego, mediante Resolución Legislativa N.º 1958 promulgada el 15 de mayo de 1914 se encargó al coronel Oscar Benavides la presidencia provisoria de la República, cargo que ejerció hasta el 18 de agosto de 1915¹¹.

En el caso de Guillermo Billinghurst es importante resaltar que la vacancia por incapacidad moral que se planteó en su contra no estaba basada en una situación personal del presidente, sino en la evaluación política de la intensa confrontación que tuvo con el Parlamento y su ánimo más o menos expreso de disolverlo para contar con diputados más afines a las reformas que pretendía emprender. Como en el caso de José de la Riva Agüero, fue la muy mala relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo la que determinó, en definitiva, la destitución presidencial de Guillermo Billinghurst¹² aunque en el contexto de un Golpe de Estado.

Alberto Kenya Fujimori Fujimori

Alberto Fujimori Fujimori fue elegido presidente de la República del Perú como resultado de las elecciones de 1990, bajo la vigencia de la Constitución de 1979. Sin embargo, el 5 de abril de 1992 se produjo el autogolpe de Estado desde la propia Presidencia de la República con el apoyo explícito de las Fuerzas Armadas y, de inmediato, entre otros, se disolvió el Parlamento. Posteriormente, el llamado Congreso Constituyente Democrático redactó y aprobó la Constitución Política del Perú que fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y entró en vigor a partir del 1 de enero de 1994 y es la Constitución que actualmente rige.

Como hemos señalado en los párrafos precedentes, el Art. 113º, Inc. 2, de la Constitución Política del Estado faculta al Congreso de la República para declarar la vacancia de la presidencia de la República por la causal de permanente incapacidad moral imputada al Presidente de la República.

En medio de una grave crisis institucional provocada por uno de los escándalos de corrupción más grave de nuestra historia republicana, luego de un viaje oficial de representación en el Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) realizada en Brunéi los días 15 y 16 de noviembre de 2000, Alberto

11 Cfr. BASADRE GROHMANN, Jorge. - *Historia de la República del Perú*. Tomo XIII. Empresa Editora El Comercio S.A.: Lima, 2005. pp. 56-118.

12 GARCÍA CHÁVARRI. *Ob. Cit.* p. 390.

Fujimori viajó al Japón y, desde Tokio, el 19 de noviembre de 2000 comunicó por fax su renuncia al cargo de Presidente de la República al Presidente del Congreso de la República.

Ante estos hechos, el primer y el segundo vicepresidentes de la República también fueron forzados a presentar su renuncia al cargo a vicepresidentes de la República, renunciando así a la línea de sucesión presidencial que les correspondía por mandato de la Constitución. Ante ello, en sesión del Parlamento realizada el 21 de noviembre de 2000, se rechazó la renuncia de Alberto Fujimori al cargo de presidente de la República y, en cambio, se adoptaron las siguientes decisiones: (a) Se aprobó la renuncia a la primera vicepresidencia de la República de Francisco Antonio Gregorio Tudela van Breugel-Douglas con ciento cuatro (104) votos a favor, tres (3) en contra y una (1) abstención; (b) Se aprobó la renuncia a la segunda vicepresidencia de la República de Ricardo Márquez Flores con noventa y nueve (99) votos a favor, cero (0) en contra y cero (0) abstenciones; y (c) Se aprobó la moción de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral presentada por los congresistas Xavier Barrón Cebreros y Manuel Masías Oyanguren con sesenta y dos (62) votos a favor, nueve (9) en contra y nueve (9) abstenciones. Treinta y uno (31) congresistas del partido de gobierno, Perú 2000, se retiraron del hemiciclo antes de la votación.

Con relación a ello, es necesario efectuar algunas aclaraciones:

- (i) El texto del Art. 90° de la Constitución Política del Estado entonces vigente contemplaba que el número de congresistas era de ciento veinte (120).
- (ii) Ni la Constitución Política del Estado ni el Reglamento del Congreso preveían una mayoría cualificada para la declaración de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, por lo cual, podía ser aprobada por mayoría absoluta de la mitad más uno del número legal de congresistas, vale decir, con sesenta y uno (61) votos.
- (iii) La moción de vacancia por permanente incapacidad moral presentada por los congresistas Barrón Cebreros y Masías Oyanguren se sustentó en las mismas razones que sustentaron la Denuncia Constitucional N.º 43, correspondiente a actos ilícitos en que había incurrido el entonces presidente de la República, Alberto Fujimori.

Consecuentemente, mediante Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, promulgada el 21 de noviembre de 2000, se declaró: ***“la permanente incapacidad moral del Presidente de la República, ciudadano Alberto Fujimori Fujimori, según lo establecido en el inciso 2) del artículo 113º de la Constitución Política del Perú”***. Y, por tanto, al no haber vicepresidentes habilitados para sucederle, la presidencia de la República fue sucedida por el entonces presidente del Congreso, Valentín Demetrio Paniagua Corazao, que recientemente había sido designado para ello, ya que la presidencia del Congreso había estado a cargo de la Congresista Martha Hildebrandt, a quien se retiró del cargo mediante una moción de censura, a fin de elegir para el mismo al entonces Congresista Valentín Paniagua Corazao.

Nadie en el Congreso de la República de entonces discutió esa declaración, ni la contradujo, ni se controvertió, ni se judicializó en forma alguna.

De este modo, tenemos que Alberto Fujimori fue el tercer presidente de la República en ser destituido por acción del Parlamento en toda nuestra historia republicana, y el segundo en todo el Siglo XX. Como sucedió con Guillermo Billinghurst, las razones que sustentaron la vacancia por permanente incapacidad moral estuvieron basadas en consideraciones de orden político relacionadas con los sucesos de corrupción y, especialmente, en el profundo descrédito que ocasionó su salida del país en medio de una profunda crisis política y social.

Del mismo modo, es particularmente relevante que quienes ese mismo día, sin más trámite, hicieron la defensa de Alberto Fujimori en dicha Sesión del Pleno, centraron su argumentación en razones de la misma índole, especialmente, los méritos políticos de su gobierno. Desestimaron, asimismo, la existencia de una incapacidad moral permanente y resaltaron que la renuncia era un hecho nuevo que debía ser meritulado como tal¹³.

Martín Alberto Vizcarra Cornejo

Finalmente, la inicial pretendida vacancia de Martín Vizcarra se originó el pasado 10 de septiembre de 2020, cuando un grupo de treinta y un (31) Congresistas de diversas bancadas presentaron la Moción de Orden del Día N.º

13 *Diario de Debates del Congreso de la República*; Segunda Legislatura Ordinaria de 2000, Cuarta Sesión, de 21 de noviembre.

12090 mediante la cual se solicitó al Congreso de la República la adopción de los siguientes acuerdos:

- i) Que se declare la permanente incapacidad moral del presidente de la República, ciudadano Martín Alberto Vizcarra Cornejo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 113°, Inc. 2, de la Constitución Política del Estado; y,
- ii) Que se declare la vacancia de la Presidencia de la República y, consecuentemente, se aplique el régimen de sucesión establecido en el Art. 115° de la Constitución Política del Estado.

En sesión llevada a cabo el 11 de septiembre de 2020, el Pleno de Congreso de la República admitió a trámite la moción de vacancia del presidente de la República, siendo aprobada con sesenta y cinco (65) votos a favor, treinta y seis (36) en contra y veinticuatro (24) abstenciones. Asimismo, se fijó como fecha para el debate y decisión sobre la declaración de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral el 18 de septiembre de 2020.

282

El 14 de septiembre de 2020, el procurador público en temas constitucionales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, presentó ante el Tribunal Constitucional, una **Demanda Competencial** contra el Congreso de la República, teniendo como petitorio que el Tribunal Constitucional (TC) *“a partir de la precisión sobre los alcances constitucionales de la competencia del Congreso para declarar una vacancia por permanente incapacidad moral, garantice el ejercicio de las competencias que la Constitución Política de 1993 le otorga al Poder Ejecutivo durante el periodo de cinco años para el cual ha sido elegido, evitando a su vez que sea empleada de forma arbitraria como mecanismo de control político y sanción para dar por concluido de forma anticipada un mandato presidencial”*.

Conjuntamente con la Demanda Competencial, el Procurador Público en materia constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos solicitó una medida cautelar con la finalidad de que el TC disponga la suspensión de los efectos de la admisión a trámite de la moción de vacancia contra el Presidente de la República por permanente incapacidad moral que fueron materia de la Moción de Orden del Día N.º 12090, así como la suspensión del desarrollo del procedimiento de vacancia previsto en el Art. 89-A° del Reglamento del Congreso, hasta que el TC emita un pronunciamiento sobre el fondo.

El 17 de septiembre de 2020, el TC admitió a trámite dicha Demanda Competencial, pero rechazó al mismo tiempo de plano la medida cautelar solicitada por el procurador público del Poder Ejecutivo, con evidente desaire para este, resultando fuera de toda duda que en la sesión del Pleno del Congreso que se realizaría al día siguiente debía discutirse y votarse el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral presentado contra el Sr. Martín Vizcarra.

De este modo, el 18 de septiembre de 2020, luego de las presentaciones del Presidente de la República y de su abogado defensor, el Congreso debatió y votó la declaración de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, siendo rechazada la moción y petición por **setenta y ocho (78) votos en contra**, treinta y dos (32) a favor, quince (15) abstenciones. A este respecto, se debe señalar que cinco (5) congresistas no votaron. La demanda competencial fue finalmente desestimada por la mayoría del Tribunal Constitucional por una evidente “sustracción de la materia”, siendo además que la demanda confundía de manera evidente los derechos y atribuciones de la “Presidencia de la República” -titular de la acción de Contienda de Competencia o Proceso Competencial- con la acusación a título personal que recibía, en este impeachment o juicio político que determinaría su vacancia en el cargo, sin afectar ni menoscabar las competencias o facultades de la Presidencia de la República. Grave error.

283

Finalmente, puesta a votación una nueva moción de vacancia, y efectuado los descargos correspondientes, el expresidente Martín Vizcarra terminó realmente vacado, y por 105 votos como ya se dijo, la tarde del 9 de noviembre de 2020, allí donde sólo se requerían 87 votos (una decisión más que mayoritaria y realmente abrumadora) y tuvo que dejar la presidencia de la República bajo el oprobioso cargo de “permanente incapacidad moral” para el ejercicio de dicho encargo, siendo sucedido a título de presidente transitorio designado por la Constitución -en este caso ante la ausencia de un o una Vicepresidente habilitado(a)- por quien entonces ejercía el cargo de Presidente del Congreso. De ese modo, Martín Vizcarra ingresó en el ranking histórico de ser el tercer presidente vacado en 200 años de nuestra historia republicana, compartiendo ese triste récord junto con Guillermo Billinghurst y Alberto Fujimori.

5. Consideraciones finales

En necesario estimar que cualquier intento de tipificar o especificar situaciones reñidas con la moral en que pueda incurrir el presidente de la República

estará, de antemano, condenado al fracaso, puesto que, son múltiples los factores que pueden configurar. Además, sin negar su pretensión de universalidad, el propio orden moral está inevitablemente imbricado con la contingencia histórica de cada sociedad.

Por tanto, siguiendo una tradición histórica constitucional en nuestra República, el Constituyente ha confiado al Congreso de la República, como intérprete de la comunidad política, la determinación de la existencia o no de una situación de incapacidad moral del presidente suficientemente grave como para justificar la vacancia de la presidencia de la República frente a hechos que, a juicio del Congreso, ameriten tal determinación. Esta es una determinación política, que se gesta y configura con el número de votos requerido y precedida de un evidente juicio político (“impeachment”) ante el propio Congreso.

Que tales conductas, hechos o circunstancias puedan configurar, a su vez, responsabilidades penales o de cualquier otra índole no constituye un óbice para la aplicación de la vacancia presidencial por incapacidad moral, toda vez que esta última tiene como único efecto poner término a un mandato presidencial en concreto. Para la determinación de una responsabilidad penal es necesario pasar por un procedimiento de antejuicio político que, adicionalmente, puede dar lugar a la destitución del presidente de la República y/o su inhabilitación para el ejercicio de la función pública. Ambos procedimientos no son contradictorios ni necesariamente contingentes, puesto que los mismos hechos que motivaron la vacancia de la presidencia de la República pueden servir de sustento a un procedimiento de antejuicio político con la finalidad de que el órgano jurisdiccional determine la existencia de responsabilidades penales en que habría incurrido el expresidente de la República y aplique las sanciones a que hubiere lugar, incluyendo en ellas la sanción política de la inhabilitación para el ejercicio de un cargo público, tal como ocurrió el 200 con Alberto Fujimori, y como ocurrió en el 2020 con Marín Vizcarra, a quien por ello se le ha impedido constitucionalmente el acceso a una curul en el propio seno del Congreso de la República (2021-2026) en mérito de esta inhabilitación política.

El control jurisdiccional del juicio político

Apuntes sobre las infracciones constitucionales

✉ PEDRO A. HERNÁNDEZ CHÁVEZ*

1. A modo de introducción

El juicio político consagrado en el Perú tiene su antecedente en el “*impeachment*” de origen británico y raigambre norteamericana, que ha sido recogido en los diversos regímenes de gobierno del mundo, tanto los de tipo parlamentario como los de base presidencial, incluyendo obviamente los denominados presidenciales “racionalizados” o “parlamentarizados”.

Se trata, pues, de un acto de control político que realiza el Congreso de naturaleza “*materialmente jurisdiccional*”, en la medida que produce la afectación de los derechos del Alto Funcionario del Estado acusado, en la medida que –en caso de declararse la responsabilidad política- finalmente se ve privado de sus derechos políticos, por medio de la destitución, suspensión o inhabilitación, que –más allá de una sanción punitiva o penal- procura *proteger la dignidad del cargo* cuando quien lo ejerce es considerado “indigno” por los representantes del pueblo.

285

* Abogado y Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres (USMP), con estudios de Maestría en Ciencia Política en la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Candidato a Doctor en Derecho (USMP). Diplomado en Derechos Humanos de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Washington College of Law de la American University (Estados Unidos) (2010). Profesor de la USMP, en las áreas de Ciencia Política y Derecho Constitucional (desde 2008). Profesor Asociado de la AMAG (desde 2012). Profesor de la Maestría en Derecho Constitucional de la UPAO (2019). Miembro fundador y actual Presidente del Centro de Estudios en Derecho Constitucional (CEDC) de la Facultad de Derecho USMP (desde 2018). Profesor de las Maestrías en Derecho Constitucional y Derecho Procesal de la USMP (2020). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Correos: phernandezc@usmp.pe; phernandez@hernandez.pe

En sede internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha abordado el tema en los siguientes casos:

- En el **Caso Tribunal Constitucional vs. Perú** (1999)¹ del 31.01.2001, se analizó todo lo relacionado con la acusación constitucional y posterior juicio político y destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional, señores Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. En la sentencia, la Corte IDH definió al *juicio político* como “una forma de control que ejerce el Poder Legislativo con respecto a los funcionarios superiores tanto del Poder Ejecutivo como de otros órganos estatales” sin que ello signifique que “exista una relación de subordinación entre el órgano controlado -en este caso el Poder Legislativo- y el controlado (...)”, sino que la finalidad de esta institución “es someter a los altos funcionarios a un examen y decisión sobre sus actuaciones por parte de la representación popular” (párr. 63). En dicho proceso, cualquier persona “deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete” (párr. 77).

286

En el caso concreto, la Corte IDH observó que el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional, sosteniendo que en dicho proceso no se les aseguró las garantías del debido proceso legal (párr. 81 y 83).

- En el **Caso Castañeda Gutman vs. México** (2008)², se cuestionó la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones del año 2006. En la sentencia, el Corte IDH realizó un análisis de los términos “exclusivamente” y “condena, por juez competente, en proceso penal” contenidas en el Art.

1 Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31.01.2001.

2 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06.08.2008.

23.2 de la CADH, a fin de determinar si con ello se excluye totalmente la posibilidad de que se impongan limitaciones para ejercer cargos públicos por vías judiciales distintas a la penal o por vías administrativas o a través de otros mecanismos, a partir una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica y de los instrumentos preparatorios de la CADH. De manera específica señaló:

“166. El sistema interamericano (no) impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a su necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”.

Dichas limitaciones deben cumplir con las condiciones y requisitos siguientes: i.) legalidad de la medida restrictiva, ii.) finalidad de la medida restrictiva, y iii.) necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva (párr. 175-205).

- En el **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela** (2009)³, se cuestionó el proceso penal mediante el cual el señor Oscar Enrique Barreto Leiva fue condenado a un año y dos meses de prisión por los delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de su gestión en el año 1989 como Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. En la respectiva sentencia, la Corte IDH se pronuncia sobre la figura de los fueros especiales, señalando:

“74. (...) El fuero ha sido establecido para proteger la integridad de la función estatal que compete a las personas a las que alcanza esta forma de inmunidad y evitar; así, que se altere el normal desarrollo de la función pública. No constituye un derecho personal de los funcionarios.

3 Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17.11.2009.

Sirve al interés público. Entendido en esos términos, el fuero persigue un fin compatible con la Convención (...).

(...)

90. (...) El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de Altos Funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio (...).”

- En el **Caso López Mendoza vs. Venezuela** (2011)⁴, se cuestionó la inhabilitación del señor Leopoldo López Mendoza para el ejercicio de la función pública por vía administrativa, mediante decisión del Contralor General de la República y, en revisión, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, impidiéndose así que el afectado -en ese entonces Alcalde del Municipio de Chacao- pudiera postular a la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas. En la sentencia, la Corte IDH señaló que el Art. 23.2 de la CADH determina cuáles con las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el Art. 23.1 (participación en asuntos públicos, votar y ser elegido, y acceder a funciones públicas), así como los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción (párr. 107).
- En el **Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador** (2013)⁵ se cuestionó el cese de ocho (08) vocales del Tribunal Constitucional de Ecuador mediante una Resolución del Congreso Nacional de 25.11.2004 por razones asociadas a su designación, y con la tramitación de dos juicios políticos contra algunos de los vocales relacionadas a dos decisiones adoptadas por dicho Tribunal. En la sentencia de fondo del 28.08.2013, la Corte IDH ratificó los criterios generales del Caso Tribunal Constitucional vs. Perú (párr. 1), y observó que conforme al Art. 130.9 de la Constitución ecuatoriana de 1998, se contempla el juicio político por “infracciones legales o constitucionales en el ejercicio de su cargo” contra

4 Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01.09.2011.

5 Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28.08.2013.

diversos altos funcionarios del Estado, entre ellos, lo vocales del Tribunal Constitucional.

Sobre el juicio político -llevado a cabo el 01.12.2004- la Corte IDH sostuvo que el Congreso no tenía competencia para cesar a los vocales del Tribunal Constitucional (párr. 180); el Congreso no aseguró a los vocales destituidos la garantía de la imparcialidad (párr. 220); los vocales fueron separados sin contar con la posibilidad de comparecer ante el Congreso para responder por las acusaciones formuladas (párr. 183); en un enjuiciamiento político “debe existir claridad respecto a cuándo se inicia y finaliza” (párr.185), por lo que no puede “reabrirse” un proceso de juicio político que culminó con la votación denegatoria de la sanción, en tanto la reapertura de votación implica “un nuevo enjuiciamiento y la vulneración de la garantía de *“ne bis in idem”*” (párr. 186, *in fine*), surgiendo así “el deber de escuchar a las presuntas víctimas en lo pertinente” (párr. 187).

- En el **Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador** (2019)⁶, la Corte IDH examinó las dos destituciones del señor Eduardo Benjamín Colindres Schonenberg en el ejercicio de su cargo de magistrado propietario del Tribunal Supremo Electoral, al haber sido removido por un órgano incompetente y sin que existiera un procedimiento previamente establecido. La Corte IDH señaló que no se encontraba clara la naturaleza del proceso seguido contra el señor Colindres Schonenberg (de control político, disciplinario o disciplinario sancionador), al no encontrarse establecido en la legislación (párr. 70) el órgano competente para ello ni tampoco los motivos de destitución ni el procedimiento respectivo; razón por la cual la Sala Constitucional de El Salvador interpretó que la Asamblea Legislativa podía destituirlo al haber sido nombrado por aquella⁷.

6 Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04.02.2019.

7 La Sala Constitucional de El Salvador reconoció que “la normativa constitucional e infra constitucional no establecen procedimiento expreso para la destitución de los magistrados” del Tribunal Supremo Electoral (TSE), pero indicó que si la Asamblea Legislativa era el órgano competente para nombrar a los magistrados del TSE “puede perfectamente interpretarse -en atención al origen político del nombramiento- que (era competente) para decidir sobre su destitución” (Resolución de la Sala de los Constitucional de 04.11.1997 (Exp. De prueba, folio 369).

De esta manera, la Corte IDH señala que se afectaron dos derechos del señor Colindres Schonenberg: i.) el derecho a ser juzgado por un “tribunal competente” (Art. 8.1 CADH), al no haberse establecido la competencia de un tribunal explícitamente en una ley de carácter general y en forma previa, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos (párr. 85-86); y ii.) el derecho a ser juzgado con arreglo a procedimientos previos y legalmente establecidos, puesto que la legislación salvadoreña no establecía un procedimiento expreso para la destitución de los magistrados del supremo órgano electoral, habiendo interpretado la Sala Constitucional que podía ordenar la destitución siempre que se garantice el “derecho de audiencia”.

- En el **Caso Petro Urrego vs. Colombia** (2020)⁸, se examinó el caso de destitución e inhabilitación del señor Gustavo Francisco Petro Urrego del cargo como Alcalde Mayor de Bogotá, luego de un proceso disciplinario aperturado por la Procuraduría General y encargado a la Sala Disciplinaria de dicha institución, por “presuntas irregularidades relacionadas a la prestación del servicio público aseo”, en un típico caso de análisis de gestión donde los cargos fueron suscribir contratos con empresas privadas y expedir Decretos orientados a garantizar la continuidad del servicio, que culminó con la sanción de destitución como Alcalde de Bogotá e inhabilitación general para ocupar cualquier cargo público por el término de 15 años. En la Sentencia del 08.07.2020, la Corte IDH señaló que el Art. 23.2 de la CADH no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción a una persona por su conducta social (en ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido, ya que sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal (párr. 96). De manera específica, señala:

“(…) La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene como objeto determinar criterios

8 Corte IDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08.07.2020.

claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del instrumento mismo” (párr. 98).

Por tal razón, la Corte IDH considera que las sanciones así como las normas que facultan a la Procuraduría a imponer sanciones de inhabilitación o destitución a funcionarios democráticamente electos previstas en el ordenamiento jurídico, constituyen un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno (párr. 136).

Comentario especial merece la **solicitud de Opinión Consultiva formulada por la Comisión IDH** de fecha 13.10.2017, con fundamento en el Art. 64.1 de la CADH⁹, para que la Corte IDH emita un pronunciamiento expreso sobre las implicancias de las garantías del debido proceso y del principio de legalidad en el contexto de juicios políticos contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos, y sobre las implicaciones en el ejercicio de los derechos humanos que pueden tener el uso arbitrario de dicha figura; debiéndose tener en cuenta que, si bien la Corte ha indicado, en términos generales, que deben aplicar las garantías del debido proceso, dichos pronunciamientos son “acotados a las circunstancias de cada caso y, específicamente, asociados al principio de independencia judicial, tomando en cuenta que los funcionarios sometidos a juicios políticos en tales asuntos, eran funcionarios judiciales de Altas Cortes” (num. 54).

9 El Art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala:

“64.1 Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

En la Resolución del 29.05.2018, la Corte IDH señaló que la solicitud de la Comisión IDH hace referencia a tres (03) peticiones individuales que se encuentran pendientes de resolver: el caso de Manuel Zelaya y los acontecimientos en Honduras (2009), de Fernando Lugo en Paraguay (2012) y la salida de Dilma Rousseff en Brasil (2016); por lo que al resolver los interrogantes planteados la Corte podría correr el riesgo de adelantar su criterio sobre casos que luego podría llegar a conocer en ejercicio de su competencia contenciosa (párr. 8); en forma adicional a lo cual, a nuestro modo de ver, las preguntas formuladas por la Comisión IDH a la Corte IDH ⁽¹⁰⁾ constituyen aspectos que no pueden ser objeto

10 En el acápite VII del documento, se formulan consultas generales y específicas sobre juicios políticos “contra presidentes democrática y constitucionalmente electos”, siendo las preguntas específicas:

1. ¿Qué garantías específicas del debido proceso, previstas en el Art. 8 de la CADH resultan exigibles en el contextos de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes?
2. ¿De qué manera aplica el derecho a la protección judicial previsto en el Art. 25 de la CADH a juicios políticos realizados por el Poder Legislativos contra Presidentes?
 - 2.1. ¿Exige el Art. 25 de la CADH y con qué alcance un control judicial sobre el procedimiento mediante el cual se realizó un juicio político por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?
 - 2.2. ¿Exige el Art. 25 de la CADH y con qué alcance un control judicial sobre el resultado de un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes democrática y constitucionalmente electos?
 - 2.3. De qué manera se puede asegurar que el alcance y la implementación en la práctica del control judicial referido en las preguntas anteriores, no implique un riesgo respecto del principio de separación de poderes y sistema de pesos y contrapesos en una democracia?
3. ¿De qué manera aplica el principio de legalidad establecido en el Art. 9 de la CADH a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes?
4. ¿Exige el principio de legalidad establecido en el Art. 9 de la CADH que existan causales previamente establecidas y claramente delimitadas para activas juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes?
5. A la luz del principio de legalidad establecido en el Art. 9 de la CADH, ¿de qué naturaleza deben ser las causales que fundamenten un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes? ¿Se trata de causales relacionadas con la responsabilidad política, disciplinaria o de otra naturaleza?
6. ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes, ser violatorio de los derechos políticos de la persona enjuiciada a la luz del Art. 23 de la CADH?
7. ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes, ser violatorio, desde una dimensión colectiva, de los derechos políticos de las personas que votaron por la persona enjuiciada a la luz del Art. 23 de la CADH?
8. ¿Qué salvaguardas deben existir, tanto en la regulación como en la práctica, para prevenir el uso de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes como forma de golpe de Estado encubierto?

de una consulta a un órgano internacional, puesto que muchos de los aspectos consultados son aspectos que configuran la estructura del poder en las Constituciones de cada Estado y, por ende, serían objeto de interpretación y precisión por la jurisdicción constitucional de cada país y la concepción de cada modelo de gobierno en particular.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: la originaria perspectiva constitucional

En sede interna, el Tribunal Constitucional peruano no ha tenido una línea jurisprudencia coherente y mucho menos continuada sobre las sanciones políticas (infracciones constitucionales) que puede determinar el Parlamento a través del juicio político, materia de comentario.

Como criterios generales, nuestro máximo intérprete de la Constitución desarrolló dos sentencias importantes. En la **STC N° 00340-1998-AA/TC** (Caso Rey Terry) del 10.07.1998, el Tribunal Constitucional hizo referencia a la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* como objeto de control en el juicio político, cuando señala:

“11. Que a este respecto y si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el de Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado si puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional”.

Por su parte, en la **STC N° 03760-2004-AA/TC** (Caso Alberto Fujimori Fujimori) del 18.02.2005 -emitida en el proceso de amparo interpuesto por el ciudadano Gastón Ortiz Acha en favor de Alberto Fujimori Fujimori contra el Congreso de la República, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido expresamente:

“24. (...) la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible sólo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

25. De ahí que, como ningún poder constituido está por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales”.

Un segundo grupo de fallos, está conformado por dos fallos de trascendental importancia y, además, respetuosas de los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución. Así, en la **STC N° 00006-2003-AI/TC** (Caso 65 Congresistas de la República) del 01.12.2003, el Tribunal Constitucional señaló que para acusar constitucionalmente en los casos de antejuicios políticos es necesario contar con la votación favorable de más de la mitad del número de congresistas (66 votos); mientras que para decidir la suspensión, inhabilitación o destitución de los Altos Funcionarios del Estado se requiere votación no menor de dos tercios del número legal de congresistas (87 votos).

En lo referido al juicio político, nuestro máximo intérprete de la Constitución señaló en los fundamentos 18, 19, 20 y 21 de la sentencia aludida:

“18. (...) el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder

Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón jurídica”), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón política”) no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

19. Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99, en razón de las “faltas políticas” cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de “retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que (...) pueda ser reinvestido de poder en el futuro” (Broussard, Paulo. *O impeachment*. Editora Saraiva. 2da. Ed., 1992. p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que “se lo denomina juicio “político” porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado (Manual de Derecho constitucional argentino. Ediar, 1986. p. 612).

295

20. Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por “infracción de la Constitución”. Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene un origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

21. De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas”.

(Los subrayados son nuestros).

Siendo claro que el principal problema de la *infraccion constitucional* es su atipicidad o indeterminación, puesto que sólo es enunciada por la Constitución y el Reglamento del Congreso como “*categoría infractora*” -sin que se

detallen, o mencionen siquiera, la tipología que la debieran constituir-; es unánime su concepción general como “*faltas políticas*” cometidas en el ejercicio de la función que compromete seria y gravemente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal, cuyo propósito no es castigar sino separar del poder (o cargo) a quien hace mal uso de él.

En tal sentido, Landa Arroyo (2004: 613-614) entiende a la infracción constitucional como “toda violación de los bienes jurídicos –sociales, políticos y económicos– establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción en caso de su incumplimiento por norma legal alguna”; mientras que para Eguiguren Praeli (2007: XV) se trata de una noción amplia, difusa e imprecisa que alude a aquella conducta u omisión que es contraria a la norma fundamental.

Refiriéndose al *juicio político*, Santisteban de Noriega (2005) señala que éste lleva a cabo una:

“(...) evaluación de la responsabilidad de un alto funcionario –en sede exclusivamente parlamentaria- con un pronunciamiento final de carácter político destinado a separar del cargo al infractor de la Constitución; el objeto buscado es proteger al Estado de los malos funcionarios y preservar la confianza pública depositada en ellos, por lo que cumple una función político-punitiva sobre la base de la razón política” (p. 128).

En la **STC N° 03593-2006-AA/TC** (Caso Luz Salgado Rubianes de Paredes y Carmen Lozada de Gamboa) del 04.12.2006, se conoce el caso de las dos congresistas mencionadas que fueron sometidas a juicio político por haber planeado y concertado -el día 03.04.1998, con Vladimiro Montesinos Torres, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional- acciones destinadas al control, compamiento y manipulación de poderes del Estado (Poder Judicial) y órganos constitucionales autónomo (Ministerio Público, ex Consejo Nacional de la Magistratura, y Jurado Nacional de Elecciones), con la finalidad de que tales órganos constitucionales designaran representantes afines al gobierno de turno ante el JNE, con miras a permitir el control de dicho organismos electoral con miras a las Elecciones Generales del año 2000. Luego del procedimiento respectivo, el Congreso de la República -con fecha 16.08.2001- sancionó a las demandantes y a otros funcionarios públicos involucrados con la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por cinco (05) años, por infracción de los artículos 43, 150, 158 y 177 de la Constitución Política de 1993.

Como principal argumento de defensa, las demandantes sostuvieron que la sanción impuesta vulnera el principio de legalidad consagrado en el Art. 2 inciso 24 literal “d” de la Constitución ⁽¹¹⁾, en la medida que las infracciones constitucionales mencionadas en el Art. 99 de la Constitución de 1993 no se encuentran tipificadas y, por lo tanto, las infracciones no están tasadas; señalando además que el Art. 100 del Texto Fundamental establece distintas sanciones (inhabilitación, suspensión y destitución) pero no precisa a cuál o cuáles circunstancias resulta aplicable cada una de ellas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional expresamente señaló:

“8. (...) como ya se señaló, nuestra Constitución reconoce la existencia de un juicio político destinado a sancionar las infracciones a la Constitución. Es decir, todas aquellas violaciones a los bienes jurídicos-constitucionales establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción -en caso de incumplimiento- por norma legal alguna. Con esto, se busca proteger la Constitución evitando la impunidad de quienes la violen por medio no previstos ni sancionados en la ley. Ello es así en la medida que el carácter normativa de la Constitución determina que las infracciones a su texto sean proscritas en todos los ámbitos, y en especial en el público. Para ello, la propia Constitución ha diseñado un mecanismo de sanción política para los más altos funcionarios de la República por infracción constitucional.

Por consiguiente, es posible advertir en nuestra Carta Fundamental diversos supuestos prohibidos por el constituyente y que son pasibles de generar -en caso de ser violados por los funcionarios señalados en el artículo 99 de la Constitución- un juicio político por infracción constitucional. En esa línea, con ánimo ilustrativo, podemos considerar como conductas generadoras de infracción constitucional las siguientes:

11 El literal “d” del inciso 24 del Art. 2 de la Constitución de 1993, señala:

“Art. 2.- ...

(...)

24. ...

(...)

d. *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.*

(...).”

En el ámbito de los deberes hacia el Estado y la Nación (Título II, Capítulo I de la Constitución)

- La rebelión o sedición cometida por determinada autoridad al arrogarse el poder del Estado que emana del pueblo (artículo 45 de la Constitución).
- La obediencia a un gobierno usurpador y la obediencia a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes (Artículo 46 de la Constitución).

En el ámbito del régimen tributario y presupuestal (Título III, Capítulo IV de la Constitución).

- La expedición de un Decreto de Urgencia que contenga materia tributaria (artículo 74 de la Constitución).
- La aprobación de operaciones de endeudamiento interno o externo del Estado, fuera del marco de la ley (artículo 75 de la Constitución).
- La aprobación de la Ley Anual de Presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública (artículo 78 de la Constitución).
- La aprobación de tributos referidos a beneficios o exoneraciones sin haberse recibido el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 79 de la Constitución).
- La negativa de remisión de la Cuenta General de la República dentro el plazo señalado en el artículo 81 de la Constitución (conducta que también se encuentra tipificada como delito en el artículo 377 del Código Penal).

En el ámbito de la estructura del Estado: Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I de la Constitución)

- El desempeño de un parlamentario como miembro de una comisión parlamentaria de carácter internacional, sin la previa autorización del Congreso (artículo 92 de la Constitución).
- Las disposición del ingreso de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional en el recinto del Congreso, sin la autorización del presidente del Congreso (artículo 98 de la Constitución).

En el ámbito de la estructura del Estado: Consejo de Ministros (Título IV, Capítulo V de la Constitución)

- La gestión, por parte de un ministro, de intereses propio o de terceros, así como el ejercicio de actividad lucrativa, o de intervención en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas (artículo 126 de la Constitución).
- El desempeño del encargo de un despacho ministerial, fuera del plazo señalado (artículo 127 de la Constitución).
- La no concurrencia, por parte de todos o alguno de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos (artículo 131 de la Constitución).
- La renuncia de dimisión en el cargo de ministro, a pesar de haberse aprobado el voto de censura o no haberse obtenido el voto de confianza (artículo 132 de la Constitución).

En el ámbito de un régimen de excepción (Título IV, Capítulo VII de la Constitución)

- El decretamiento del estado de emergencia o del estado de sitio por un plazo indeterminado, o fuera del plazo establecido en la Constitución (artículo 137 de la Constitución).

9. En el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, la propia Constitución es el parámetro normativo para evaluar si alguno de los altos funcionarios, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución, ha cometido o no una infracción contra ella. En efecto, la tarea del Congreso de la República consiste en determinar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si los hechos denunciados en un juicio político constituyen o no una infracción de la Constitución. Tal atribución no solo le ha sido conferida al Congreso de la República, por los artículo 99 y 100 de la Constitución, sino también por el artículo 102 inciso 2 de la misma norma suprema que le impone el deber de velar por el respeto de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Para el caso particular del juicio político tal responsabilidad no es otra que la política. Por tanto, así como en el caso de un delito el juez penal debe

hacer una tarea de subsunción de los hechos en el tipo penal establecido en la ley, en el caso del juicio político el Congreso de la República tiene la tarea de encuadrar los hechos y establecer su relación directa con la norma constitucional pertinente, a fin de configurar la infracción constitucional, según el caso.

10. En el mismo sentido, cabe señalar que la propia Constitución es la que prevé expresamente las sanciones que puede imponer el Congreso de la República por infracción de la Constitución, pudiendo suspender, inhabilitar y destituir a los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución. Pero la propia Norma Fundamental ha previsto ciertos parámetros para la imposición de las sanciones (...) Es claro que bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y atendiendo a la gravedad, circunstancias y otros factores, el Congreso de la República determinará la sanción a imponer y de ser el caso la duración de la suspensión o inhabilitación. **Por tanto, el Tribunal Constitucional no encuentra violación al principio de legalidad.**

300

(...)

20. Ahora bien, es cierto que el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, órgano político por excelencia, muchas veces, se fundamenta en razones de oportunidad política; pero es cierto también que ello es limitado por la exigencia constitucional de determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los hechos que configuran la infracción constitucional, la calificación de la infracción y la sanción a imponer, lo cual debe estar debidamente fundamentado y motivado. Asimismo, con relación a la sanción a imponer esta deberá estar sujeta a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De no proceder como se ha señalado corresponderá el control jurisdiccional sobre tales actos (Exp. N° 3760-2004-AI, fundamentos 23 a 25). En el presente caso, tales condiciones fueron cumplidas de modo que este Colegiado estima que no se ha producido la vulneración a la garantía de la imparcialidad”.

(Los subrayados y resaltados son nuestros).

Así las cosas, es fácil colegir que en la última sentencia aludida el máximo intérprete de la Constitución dejó claramente sentada su posición de que las

infracciones constitucionales no requieren ningún tipo de desarrollo legislativo, ante un indebido intento de aplicación del principio de legalidad a esta figura de sanción política de clara e histórica raigambre constitucional.

3. La indebida juridización penal de las infracciones constitucionales

Sin embargo, luego de la aludida STC N° 03593-2006-AA/TC del año 2006, la nueva conformación del Tribunal Constitucional inició una *indebida juridización penal de las infracciones constitucionales* que significó un cambio en la hasta entonces jurisprudencia establecida por el máximo intérprete de nuestro país.

En la **STC N° 00156-2012-PHC/TC** (Caso Tineo Cabrera) del 08.08.2012, de manera *extra petita*, señaló que la infracción debe encontrarse calificada “en la ley” de manera expresa inequívoca, asumiendo así la inadecuada postura doctrinal desarrollada por Paniagua Corazao según la cual la infracción constitucional, al no tener un desarrollo expreso ni legal o reglamentario, afecta el principio de legalidad penal consagrado en el Art. 2 inciso 24 literal “d” de la Constitución de 1993; señalando de manera expresa en el fundamento 13:

“13. La taxatividad no sólo se exige a los delitos. También le alcanza a las infracciones constitucionales previstas por el artículo 99 de la Constitución, tal como sucedía en la Ley de Acusación Constitucional de junio de 1834. Es decir, que exista una clara tipificación de la conducta (acción u omisión) que genere responsabilidad política por infracción constitucional (juicio político), porque si bien es verdad que la infracción constitucional se sanciona por motivos estrictamente políticos, también lo es, en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, que dichas infracciones tienen que estar previamente tipificadas”.

En esta última sentencia, el Tribunal Constitucional varía radicalmente su posición inicial sobre la supuesta necesidad de tipificación de las infracciones constitucionales, contenida en la aludida STC N° 03593-2006-AA/TC del 04.12.2006; debiendo sumarse a esta sentencia polémica toda la jurisprudencia en materia de principio de legalidad punitiva que, lejos de acotarse a materia jurídico-penal, lo extienden a “todo ámbito de actuación del Estado” contribuyendo a la mayor confusión; posición jurisprudencial que tiene como sustento el parecer de un sector de la doctrina nacional.

En una postura bastante antigua en nuestro constitucionalismo, Villarán (1899) sostiene:

“(…) los actos infractorios de la Constitución y de las leyes, que en sí mismos no son delitos previstos en el Código Penal, no pueden ser castigados, por la sencilla razón que la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios Públicos ha omitido lo que debía ser su principal objeto, esto es, establecer penas para las infracciones no previstas en el Código Penal” (p. 239).

Por su parte, Bernales Ballesteros (1999) afirma:

“(…) (l)a Constitución de 1993 no menciona nada al respecto ni existe una relación de hechos que puedan ser calificados como infracciones constitucionales. Cualquier intento de aplicar una sanción bajo el argumento de cometerse una infracción constitucional, cuando no hay precisión legal que establezca los alcances de la figura, se encuentra en contradicción con principios constitucionales, como el que establece que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (art. 2, inc. 24-d de la Constitución). Principios como éste buscan evitar la arbitrariedad en materia de sanciones” (p. 465).

De igual modo, Quispe Correa (2003) señala:

“Es un dogma sostener que no hay delito (o falta) sin una ley previa. No hay leyes *ex post facto*. La ley debe preexistir al acto estimado ilícito. Y las “penas” deben estar claramente establecidas, como una manera de imponer criterios racionales y civilizados sobre las pasiones. La racionalidad debe guiar la conducta humana. Y esa racionalidad se traduce en una ley que, en el caso de la infracción constitucional, no existe. Y hay que darla, porque es urgente evitar injusticias futuras. Las arbitrariedades no deben volver a producirse. Una ley que diga, por un lado, cuales son los actos infractorios de la Constitución que merecen sanción. Y por otro, las penas que cada uno de esos actos merecen” (p. 66).

Como abogado de los miembros del Tribunal Constitucional peruano destituidos por el Congreso de la República en 1997, el profesor Paniagua Cora-zo (1997: 455 y ss) sostuvo que no puede haber un proceso más violador de

los principios básicos de la justicia democrática, que procesar y sancionar a los magistrados por infracción de la Constitución, sin que ninguna norma haya establecido qué es, cómo se produce, en qué supuestos se aplica, quiénes pueden cometerla y cómo se debe procesar una infracción constitucional. En esa misma postura académica, años después, el mismo autor ha señalado:

“(...) el Congreso no puede, pues, procesar o sancionar a los infractores de la Constitución. No hay procedimiento para ello (...) no cabe -bajo ningún supuesto- el procesamiento y sanción de infracciones constitucionales no tipificadas” (1995: 132-133).

“La Constitución de 1993 (Art. 100, primer párrafo) ha creado, sin embargo, alguna confusión. El Congreso -tal como lo establecían, en el pasado, las Constituciones- solo declaraba “haber o no lugar a formación de causa” sin prejuzgar y, menos aún, juzgar, la conducta del encausado. Ahora el Pleno del Congreso puede imponer, como penas, la suspensión, destitución o inhabilitación del alto funcionario, hasta por diez años, por supuesto, “sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad”. A juicio de algunos, tal norma habría creado una especie de “juicio político” que permitiría procesar, precisamente, las infracciones constitucionales no tipificadas. En otras palabras, haría posible formular acusaciones “sin contenido penal” y expedir sentencia no justiciables por la Corte Suprema. En el fondo, se intenta legitimar que el Congreso, por sí y ante sí, es decir, sin sujeción a norma alguna, determine: (i) qué actos son infracciones constitucionales punibles sin ley previa que las tipifique, ni genérica ni específicamente; (ii) imponer, discrecionalmente, las penas de separación, destitución, o inhabilitación; (iii) denunciar, acusar y penar las infracciones constitucionales, por procedimiento determinado también de modo arbitrario, ya que ni la Constitución -proliza al regular el procedimiento de acusación por delitos de función- ni el Reglamento del Congreso lo han hecho: y (iv), como si todo ello fuera poco, imponer tales penas, sin previa declaración de “haber lugar a formación de causa”, a fin de impedir su revisión jurisdiccional” (1999: 188).

“La Constitución no permite acusar y sancionar infracciones constitucionales no tipificadas legalmente. Hay formal reserva de ley al respecto (Art. 2 Inc. 24, d) de la Constitución. Existe, además, norma legal vigente (Art. 2 de la Ley de Responsabilidad de los funcionarios públicos de 1868) que,

implícitamente, excluye las infracciones de la Constitución como causales de responsabilidad de los altos funcionarios del Estado. No bastaría, en consecuencia, una simple resolución acusatoria del Congreso para tipificar y sancionar, como infracción punible, una infracción constitucional cualquiera. Implicaría la violación del principio de legalidad a que el Congreso también está sujeto en todos sus actos” (1999: 190).

“(l)a Constitución no permite acusar y sancionar infracciones constitucionales no tipificadas legalmente. Dice: Artículo 2, inciso 24 d) Nadie (y, por ende, tampoco los altos funcionarios del Estado) será *procesado ni condenado* por acto u omisión que al tiempo de cometerse *no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible*; ni sancionado con pena no prevista en la ley. El procesamiento por infracciones constitucionales requiere, pues, la dación de una ley específica que tipifique las infracciones constitucionales como infracciones punibles (...) Mientras ello no ocurra no procede el juicio político, porque lo impide la falta de tipicidad de las infracciones constitucionales” (2004, pp. 126-127).

304

En similar parecer, Montoya Chávez (2005) sostiene que la infracción constitucional debe articularse y concebirse bajo una óptica de corte fundamentalmente *penalista*, señalando expresamente:

“(e)n esencia, la infracción incluye toda acción subsumible en una norma constitucional que busca evitar cualquier afectación al Estado democrático de derecho, y que estipula sanciones determinadas. Basándose en dos aforismos como son el *nullum crime sine lege* y el *nullum poena sine lege*, se deberá definir con rigor y especificidad qué acciones han de ser calificadas como tales” (p. 170).

“(r)equisito esencial para el procedimiento de responsabilidad constitucional es que los altos representantes del Estado tengan conocimiento y conciencia previamente de qué se les puede acusar y qué consecuencias tendrán cada una de las acciones que realicen” (p. 171).

“(...) las infracciones deben estar signadas bajo una característica de exactitud y precisión, para entender finalmente la necesidad de hacer un listado cerrado de los tipos que ella incluye” (p. 179).

En forma complementaria a su posición, el mismo Montoya Chávez (2005) señala que el concepto “infracción constitucional” debe basarse en la triple característica de la juridicidad: principio de legalidad aplicado al ámbito constitucional, precisión para evitar una figura abierta- y tipicidad –con tipos claramente establecidos-. Al respecto, sostiene:

“(d)erivado de la juridicidad, todo mandato y disposición deberá hacerse normativa en la Constitución, estando en la búsqueda de un ‘estado de precisión razonable’. Esta exigencia se presenta a la luz de lo que siempre se ha buscado a través de la constitucionalización del principio de legalidad, que ha sido evitar toda ‘tentación de creación jurisprudencial’ de tipos y penas, así como el consecuente riesgo de arbitrariedad o lesión del principio de igualdad. Y justamente para que su contenido pueda ser entendido con claridad tanto por el acusado como por los órganos participantes del procedimiento, se precisa que su determinación se realice siguiendo la precisión exigible en su determinación (...), siguiendo por la calidad del tipo (...) y concluyendo en la importancia de expresar claramente una tipología adecuada (...)” (p. 238).

“(...) los tipos abiertos deberán desaparecer de la Constitución, aun cuando no puede negarse que concretizar los tipos es asaz complicado (...). Porque proponer la existencia de figuras oscuras, vagas e indefinidas incluirá la capacidad en el procedimiento de responsabilidad constitucional para resolver con un exceso de libertad, algo contradictorio con el fin de justicia y rectitud del mismo. Sólo una definición jurídico-formal adecuada y delimitada será capaz de proporcionar seguridad sobre la extensión y el contenido de la infracción constitucional vigente para cada caso” (p. 590).

“La previsibilidad (...) indica que los tipos de infracciones constitucionales deberán estar ordenados con la conveniente exactitud como para que se haya adoptado una conducta adecuada a las mismas y prever los efectos de su incumplimiento, y viene dado por la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas y la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley” (p. 590).

“También existe incongruencia normativa cuando las normas constitucionales materia de una infracción constitucional no configuren claramente una norma de estricto cumplimiento. Mostrarse inexacto sobre su aptitud

de exigencia hace que el procedimiento verse sobre supuestos harto imprecisos o normas abiertas (...). Por ende, se ha de requerir una tipificación exacta con el objeto de decidir cuáles son los supuestos en que es viable que se produzca esta afectación. Así, se salvará el problema de indeterminación de una norma aplicable al caso concreto” (pp. 592-593)

Al respecto, García Chávarri (2018) señala:

“(...) Si no existe en el ordenamiento jurídico, como es el caso, una norma que describa y detalle las conductas u omisiones infractoras de la Constitución, la discrecionalidad del Congreso en un procedimiento de acusación constitucional puede devenir en una no querida arbitrariedad, lejana de todo Estado constitucional y contraria a él.

(...)

(...) La infracción de la Constitución adolece de este problema ya que solo está enunciada por la Constitución y el Reglamento del Congreso, sin que se detallen, o mencionen siquiera, los tipos que la debieran constituir.

306

Si no hay tipificación previa y claramente determinada, ninguna persona (alto funcionario, en este caso) deber ser procesada y condenada, ya que no hay ninguna certeza de cuál es la infracción reprimible. Sin una necesaria especificación de las conductas que podrían comprender la infracción de la Constitución no debería haber procedimiento de acusación constitucional que implique la subsiguiente destitución o inhabilitación de los funcionarios (...)” (pp. 444-445).

“(...) aún cuando es valorable el intento de establecer una tipología para la siempre abierta causal de infracción de la Constitución, discrepo de esta propuesta porque estimo que la conducta propuesta presenta también ese grado de amplitud y falta de adecuada concisión que se esgrimen en contra de la primera. En ese sentido, considero que, en el supuesto de detallarse en un cuerpo normativo las conductas u omisiones constitutivas de infracción constitucional -uno adecuado sería el CP-, estas deben revestir los requisitos de adecuada determinación que se exigen para los tipos penales” (p. 445).

A lo señalado, en un trabajo anterior, García Chávarri (2008) adiciona una interpretación errada a nuestro modo de ver, según el cual la regulación del juicio

político permite revertir el efecto generado por la sanción del Congreso, en caso exista una sentencia absolutoria de la Corte Suprema, devolviendo así los derechos políticos al sujeto procesado, según el Art. 100 de la Constitución Política de 1993, *in fine*; con lo cual -en opinión del autor- se confirma la posibilidad de una revisión de las decisiones del órgano legislativo en casos restringidos, posición que no compartimos.

4. Nuestra posición crítica a la indebida juridización penal de las infracciones constitucionales

En nuestra opinión, el yerro de la “juridización penal” (o “penalización”) de las infracciones constitucionales consiste en concebir a la *infracción constitucional* como una manifestación más de la *infracción penal*, tal y como lo serían el delito y la falta (en el Derecho Penal), la infracción administrativa (del Derecho Administrativo Sancionador) y la infracción disciplinaria (del Derecho Administrativo Disciplinario); afirmación frente a la cual cabe plantear las siguientes interrogantes: ***¿es posible sostener que la identidad sustancial entre delito, falta, infracción administrativa e infracción disciplinaria, como manifestaciones de la potestad punitiva del Estado (ius puniendi), puede hacerse extensiva al caso de la infracción constitucional? o, en todo caso, ¿existe la misma homogeneidad entre el ilícito penal, el ilícito administrativo –en sus modalidades general y disciplinaria- y el ilícito constitucional?***

Una primera respuesta pasa por afirmar que tal asimilación sí es correcta, tomando como referencia la diversificación que ha experimentado la *potestad punitiva del Estado*, la misma que ha significado que la Dogmática sancionatoria penal se haya ampliado para las infracciones administrativas. Sin embargo, en nuestra perspectiva, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Administrativo Disciplinario –por derivar de la misma *potestad punitiva del Estado* (el “*ius puniendi*”)- se encuentran en la misma jerarquía a nivel conceptual, teórico y normativo, lo que de ninguna manera puede llevar a desconocer el mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha merecido el primero de los mencionados, sin que ello de ninguna manera se asuma como una supremacía respecto de los otros dos. Por ello, se debe tener claro que si bien muchos de los principios del Derecho Penal –desarrollados con mayor antigüedad por la doctrina jurídica y la jurisprudencia- se asumen como válidos para el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Administrativo Disciplinario, no es

porque exista una mayor jerarquía del primero respecto de los segundos, sino porque los tres tienen un “tronco jurídico” común: la *potestad punitiva del Estado*, entendida como atribución sancionatoria.

Pero, sin perjuicio de este entroncamiento jurídico común, es importante destacar que las *función punitiva del Estado* admite una clasificación necesaria de advertir. En primer momento, se tiene a la *función punitivo-jurisdiccional* –de naturaleza jurídico-penal- que tiene como destinatario a todo ciudadano sujeto a la soberanía del Estado, que puede ser sancionado sobre la base de la “*razón jurídica*”, que es una atribución privativa del Poder Judicial; mientras que en el caso de las responsabilidades jurídicas de altos funcionarios del Estado, se contemplan los denominados *delitos en el ejercicio de la función* que pueden derivar en la institución del *antejuicio* que debe versar sobre materia estrictamente jurídica –es decir, conductas previamente fijadas como jurídicamente punibles- y en virtud de los cuales el Congreso solo puede acusar ante los órganos competentes –el Ministerio Público y el Poder Judicial-, autorizando el levantamiento de la prerrogativa funcional, pero no estando autorizado –en ningún caso- para sancionar.

308

Sobre el principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional peruano tiene señalado:

“(…) los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (STC N° 00010-2002-AI/TC, f. 22).

El principio de taxatividad o de tipicidad representa “una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal” (STC N° 02192-2004-AA/TC, f. 5).

Por su parte, la *función político-punitiva* es aquella que tiene como destinatarios exclusivos -y excluyentes- a los altos funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, y permite acusar, procesar y sancionar

por comprometer peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal al afectar la confianza depositada por el pueblo en aquellos, encontrándose estrechamente ligada al cargo que ostenta. En estos casos, la sanción no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas de carácter político denominadas “*infracciones constitucionales*”, que dan lugar al procedimiento de *juicio político*, cuyo objeto es definir si el acusado debe permanecer o no en el cargo, o si debe ser inhabilitado o no para ocupar cargos públicos a futuro, siendo competencia exclusiva y excluyente del máximo órgano político que es el Congreso, aquél donde confluyen los representantes del pueblo, máximo titular de la soberanía del Estado moderno.

Un segundo aspecto a destacar, nos lleva a afirmar que la *infracción de índole constitucional* –*infracción constitucional* stricto sensu- es absolutamente diferente, en cuanto a naturaleza, fines y alcances, a la infracción de índole penal –*infracción penal*-, que –en nuestro sistema normativo- admite las modalidades de *faltas* o *delitos*. Así, mientras la infracción penal, como concretización del *ius puniendi* del Estado, supone aquella conducta que vulnera o quebranta la normatividad penal, teniendo como requisitos de su configuración las nociones de *tipicidad* (consagración en la ley penal), *antijuridicidad* (contrariedad con el derecho positivo) y *culpabilidad* (consciencia, voluntad y conocimiento de la antijuridicidad del hecho), conforme al derecho penal moderno; la infracción constitucional alude a toda “falta política” en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, y que puede derivar -a través del proceso de juicio político- en el despojo del cargo por la comisión de faltas que aminoran la confianza depositada en el funcionario (STC N° 00006-2003-AI/TC, f. 19). Es claro, pues, que la noción *infracción constitucional* se encuentra estrechamente ligada a la finalidad garantista del constitucionalismo en sí, cual es evitar el abuso de poder en que pudieran incurrir los altos funcionarios públicos.

Así las cosas, no se puede admitir que la *responsabilidad política-constitucional* que se exige a través de las *infracciones constitucionales*, y se sancionan por el Congreso como expresión de la aludida *función político-punitiva* que, a su vez, es una modalidad de la *potestad punitiva del Estado*, sea asimilable o equivalente a la *responsabilidad jurídica-penal* -o inclusive a la jurídica-administrativa sancionadora-, como lo hacen quienes entienden que la utilización del término “*infracción*” los autoriza a “*penalizar*” una institución de raigambre constitucional, olvidando que nos encontramos a un término genérico que, más que incidir en el carácter

sancionatorio-penal de la expresión, alude a una vulneración o transgresión que *infringe* un precepto constitucional.

Un aspecto estrechamente vinculado a esta indebida asimilación, pero que normalmente ha pasado desapercibido al abordar este tema, es que el procedimiento de acusación constitucional contemplado en los Arts. 99 y 100 de la Constitución de 1993, y desarrollado en el Art. 89 del Reglamento del Congreso contempla como causales tanto a la “*infracción constitucional*” -en tanto “falta política” sancionable por la *función político-punitiva*- como al “*delito cometido en el ejercicio de la función*” -que constituye un conducta antijurídica sancionable también por la aludida *función punitiva-jurisdiccional* a cargo de la judicatura, pero en una segunda modalidad especializada que solo recae en altos funcionarios del Estado-.

Al respecto, Eguiguren Praeli (2002) señala:

“Resulta claro que en la acusación por delitos de función se requiera que la conducta ilícita y la sanción estén tipificada en el Código Penal o en una ley específica, para dar cumplimiento a los principios de legalidad y tipicidad que son fundamentales en el Estado de Derecho y en materia penal. En cambio, la infracción de la Constitución no tiene por qué estar necesariamente catalogada también como un delito o ilícito penal y puede no ser susceptible de merecer una pena impuesta por el órgano jurisdiccional” (p. 455).

“(...) el hecho de que la acusación constitucional y el antejuicio político procedan tanto cuando se atribuye la comisión de una infracción constitucional como de un delito cometido en el ejercicio de la función, no implica que ambos supuestos estén sometidos a los mismos requisitos para la imputación de responsabilidad y la eventual procedencia de una sanción” (p. 462).

La consagración de las figuras de “*infracción constitucional*” y de “*delito en el ejercicio de la función*” como causales del procedimiento de Acusación Constitucional consagrado en el Art. 99 y 100 de la Constitución de 1993, que derivan en el juicio político y el antejuicio, respectivamente, advierte que nos encontramos ante dos categorías sancionatorias de distinta *naturaleza* (una política, otra jurídica), *alcances* (una se configura por contravenir la Constitución, y la otra

necesariamente tipificada en el Código Penal, norma de rango legal) y *efectos* (una permite una decisión del Congreso, la otra autoriza el juzgamiento por el Poder Judicial), a pesar de que se encuentran consagradas en el mismo procedimiento parlamentario de control político. Y es que, esta diferenciación resulta de suma importancia cuando la interpretamos en función de los principios hermenéuticos de unidad y sistematicidad, de fuerza normativa de la Constitución, de corrección funcional y de eficacia integradora, los que nos permiten sostener que, en el procedimiento de acusación constitucional, el *principio de legalidad* se aplica como una “*exigencia de doble nivel*”: i.) en el caso de los *delitos cometidos en el ejercicio de la función*, de naturaleza jurídica y sancionados en virtud de la función punitiva-jurisdiccional, la exigencia de legalidad y taxatividad se cumple con el estándar establecido en la normatividad penal contenida en el Código respectivo, en la lógica del clásico “*principio de legalidad sancionatoria*”; y ii.) en el caso de las *infracciones constitucionales*, categoría de naturaleza política y sancionada por la función política-punitiva, la exigencia de legalidad se concretiza en las disposiciones contenidas en el Texto Fundamental que se convierte así en el parámetro jurídico de contrastación de las conductas involucradas, dando origen al denominado “*principio de juridicidad sancionatoria*” que comprendería -además de las disposiciones legales aplicables- a la Constitución.

En forma adicional, tenemos la particularidad del Derecho Constitucional como fuente normativa general del Estado, con sus *dispositivos genéricos* que -como resultado de los acuerdos incompletos que inspiran los pactos constitucionales (Carl Sunstein)- derivan en la existencia de *normas de carácter abierto e impreciso*, caracterizadas por un contenido absolutamente general, variado y diverso (“normas-principio”), que ponen en evidencia las dimensiones *axiológica* (valores) y *teleológica* (fines) que presenta todo Texto Fundamental; aspecto éste que tiene una directa incidencia en la particular interpretación de las Constituciones modernas.

Por tal razón, cualquier intento por reducir la particular nota principialista de las Constituciones modernas a fórmulas de típica estructura “normas-regla” que son propias de la regulación legal o reglamentaria, resultan distorsionantes -cuando no insuficientes- para comprender la totalidad de la riqueza normativa (positiva, axiológica y finalista) que caracteriza al Texto Constitucional como pacto fundamental de la comunidad; afectando así el principio de fuerza normativa que es propio del moderno Estado Constitucional de Derecho post Segunda

Guerra Mundial, en dos sentidos muy claros: i.) la ***efectividad de la Constitución estaría supeditada a la existencia -o no- de una norma legal que detalle, en forma expresa, un “catálogo” de infracciones constitucionales***, retornando a la concepción propia del antiguo ***Estado Legal de Derecho*** donde la Constitución era, básicamente, un *pacto o acuerdo “político”* que establecía los grandes lineamientos de acción, pero que necesitaba de la ley -como más importante parámetro jurídico- para operativizar sus mandatos; y ii.) al exigirse un desarrollo legislativo para efectivizar las infracciones constitucionales, ***se genera el riesgo que -en tal propósito de típica raigambre racional-normativa- el legislador no pueda contemplar (entiéndase “positivizar”) todos los supuestos razonablemente deducibles del Texto Fundamental, por vía de interpretación***, teniendo en cuenta la característica principialista y las dimensiones axiológica y teleológica de los dispositivos constitucionales (“*normas-principio*”), que no siempre pueden ser “acotados” a dispositivos legales de típica estructura “*normas-reglas*”, generando así un posible vaciamiento de los alcances normativos de los dispositivos constitucionales que relativiza el sentido de juridicidad de la Constitución.

312

En este contexto, es importante entender que el principio de legalidad constituye una figura decimonónica propia del Estado Legal de Derecho, donde la Constitución era concebida como un mero pacto político y el parámetro de juridicidad venía establecido por la norma legal que se convertía, así, en el referente de toda la organización socio-político, condicionando -incluso- la propia vigencia del Texto Fundamental al desarrollo de sus preceptos por mandato legal. A partir de 1945, con el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho, este panorama jurídico varió sustantivamente obligando a replantear diversos conceptos, instituciones, mecanismos y teorías jurídicas, siendo precisamente expresión de ellos la redefinición de los alcances del clásico principio de legalidad que pasa ahora a ser entendido como *criterio de “juridicidad”* que tiene en la norma Constitucional su principal referente.

Por tal razón, antes de asumir al principio de legalidad contenido en el Art. 2 inciso 24 literal “d” de la Constitución como aquel que únicamente supone las clásicas exigencias en materia sancionatoria de i.) la existencia de una ley (*lex scripta*), ii.) que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y iii.) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); *resulta necesario redefinir e interpretar, en clave constitucional, dicho principio a fin de determinar adecuadamente su nivel de aplicación y exigibilidad*, y no cometer el error

de asumirlo como un límite y, menos aún, como un condicionante de la fuerza normativa de la propia Constitución. Y es que, habiendo generado el advenimiento del Estado Constitucional un replanteamiento de la jerarquía normativa de la Ley, como consecuencia del encumbramiento del Texto Fundamental en la cúspide de la pirámide normativa; mal podría entenderse que el principio de legalidad puede convertirse en un parámetro limitativo y condicionante de la *fuerza normativa de la Constitución*, pues ello significaría dejar la vigencia efectiva del Texto Fundamental en la libre decisión del legislador, situación que precisamente es la que se buscó superar con el tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional de derecho.

Y es que, en virtud del ***principio de fuerza normativa de la Constitución*** que inspira el constitucionalismo moderno y se concreta en su supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes —según los Arts. 51 y 138 de la Constitución de 1993—, no queda otra opción que admitir que el Texto Fundamental no requiere del desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante, por lo que aquellos preceptos constitucionales que sean relevantes en un proceso cualquiera exigen una aplicación directa y obligatoria, por lo que toda interpretación que condicione la aplicación de las infracciones constitucionales a su tipificación legal, vacía de contenido a todos los preceptos constitucionales involucrados, sin excepción, permitiendo la vulneración de los mismos por parte de quienes precisamente están obligados a defenderlos, al impedir la exigencia de responsabilidades a los funcionarios públicos a quienes la propia Constitución otorga las competencias y atribuciones que ejercen. De esta manera, al no permitir la aplicación de la consecuencia jurídica que es la *“infracción constitucional”* ante un caso de incumplimiento por el funcionario responsable, se vacía de contenido la cláusula que establece la responsabilidad constitucional genérica de los titulares del poder político consagrada en el Art. 45 de la Constitución de 1993 cuando señala que *quienes ejercen el poder lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen*.

En tal perspectiva, pensamos que el principio de legalidad en materia sancionatoria -y sus “subprincipios” inherentes- deben entenderse como una garantía de orden material que exige la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, encontrándose estrechamente vinculada con el *principio de seguridad jurídica*; sin que pueda pretender extenderse dicha exigencia a comportamientos infractores de naturaleza distinta a las

propriadamente jurídicas -en los ámbitos penal y administrativo sancionador-, como podría ser el caso de las infracciones de tipo “político” (infracciones constitucionales), que precisamente no tienen como parámetro jurídico de contrastación a la Ley sino a la propia Constitución.

Este es el sentido en que el Tribunal Constitucional español ha asumido los alcances del principio de legalidad, conforme se advierte cuando señala:

“Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como...” ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990).

314

(El subrayado es nuestro).

De igual forma, nuestro Tribunal Constitucional también ha entendido que este principio de legalidad en materia sancionatoria consagrado en el Art. 2, inciso 24, literal “d” de la Constitución, se encuentra acotado únicamente a la *función punitivo-jurisdiccional* antes aludida, de naturaleza jurídico-penal (derecho penal) y jurídico-administrativo sancionatorio (derecho administrativo sancionador), cuando señala:

“(...)”

Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la *ley*.

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.º 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

(...)” (STC N.º 02050-2002-AA/TC, f. 8).

“Este Colegiado también ha establecido que: “(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)” (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC-Fundamento Jurídico N.º 9).

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal” (STC N.º 02192-2004-AA/TC, f. 5).

(Los subrayados son nuestros).

Esta misma perspectiva, es la asumida expresamente por el Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra el principio de legalidad en los siguientes términos:

“Artículo 9.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran *delictivas* según el derecho aplicable”. Tampoco se puede imponer *pena* más grave que la aplicable en el momento de la comisión del *delito*. Si con posterioridad a la comisión del *delito* la ley dispone la imposición de una *pena* más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

(Los subrayados son nuestros).

A nivel jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Sentencia de 02.02.2001. Fondo, reparaciones y costas).

“106. (...) conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”

316

“107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”.

Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (Sentencia de 25.11.2005).

“206. Al respecto la Corte considera (...) que en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que

se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste (...).

(Los subrayados son nuestros).

En este contexto, analizando los tan mentados antecedentes legislativos nacionales, es importante advertir que la muchas veces referida **Ley de Responsabilidad de los Funcionarios** del 28.09.1868, que estableció el modo y la forma de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos al amparo del Art. 11 de la Constitución de 1867, *no resulta aplicable al supuesto de las infracciones constitucionales; en la medidas que -según se aprecia de los Arts. 1 y 2- el denominado “juicio de responsabilidad” ahí contemplado alude a dos (02) tipos de responsabilidad de índole jurídica: i.) la responsabilidad civil (si ha infringido sus deberes por ignorancia o descuido), ii.) la responsabilidad mixta (si los ha infringido por prevariato, soborno u otra causa criminal), en cuyo caso pagaba el resarcimiento de daños y perjuicios y asumía la penas previstas en el Código Penal. Como parte de la tramitación de este juicio, el juez o tribunal respectivo mandaba la suspensión del enjuiciado, si estuviese en ejercicio (Art. 24).*

En honor a la verdad, en el inciso 4 del Art. 29, se contempla a “*los artículos de la Constitución, relativos a la administración de justicia*” como el parámetro de contrastación para establecer la responsabilidad de los empleados judiciales; debiendo advertir en este caso que no nos encontramos ante “infracciones constitucionales” en el sentido moderno del término, sino ante una responsabilidad también de tipo jurídico pero que define el parámetro de contrastación en los dispositivos constitucionales sobre la administración de justicia contemplados en la Constitución de 1867.

Al respecto, Gutiérrez Ticse (2008: 63, nota 2) afirma que, desde la fecha de dación de la aludida Ley, se inició en el Perú la indebida tradición de que no cabe acusación constitucional por infracciones constitucionales no tipificadas. Sin embargo, a nuestro modo de ver, tal afirmación -al igual que las forzadas semejanzas argumentadas por quienes ven en esta ley una norma que tipifica “infracciones

constitucionales” - es absolutamente errónea, ya que ella regula un juicio de exigencia de responsabilidad de naturaleza jurídica (civil o mixta), sin ninguna referencia a la noción “infracción constitucional” concebida como “falta política” que, por ende, debe derivar en una responsabilidad de tipo político también; por lo que resulta indispensable recordar que *la infracción constitucional* y el *procedimiento para responsabilizar a quienes la cometen* (el moderno “juicio político”, contemplado como parte de la acusación constitucional actual), son parte de un **control de naturaleza política**, no jurídica como el materia de la ley comentada.

Por ello, consideramos que la doctrina constitucional no debe cometer el error de insistir en la elaboración de un *listado* o *catálogo* de infracciones constitucionales, puesto que la propia Constitución –y, específicamente, sus disposiciones orgánicas, aunque no sólo ellas- se convierten en el “*parámetro de contrastación*” previamente establecido, que consagra las posibles *conductas infractoras –activas u omisivas-* de los mandatos constitucionales; tal y como lo sostiene acertadamente un sector de la doctrina constitucional nacional. Así, el profesor Eguiguren Praeli señala:

318

“Se producirá una infracción de la Constitución cuando una determinada conducta transgrede un precepto constitucional específico, siendo el texto de la Carta Política el “catálogo” que delimita qué actos u omisiones configuran tal infracción al implicar su realización una colisión o vulneración de los principios y mandatos contenidos en la Constitución (...)” (2001: 2-4).

“(...) el contenido expreso del primer párrafo del artículo 100 de nuestra vigente Carta Política hace innecesaria la existencia de una norma adicional donde se regule o reglamente la tipificación de la conducta como infractora de la Constitución y la estipulación de la sanción” (2002: 457).

“(...) Existen quienes sostienen que para que las infracciones constitucionales puedan ser sancionadas, en el marco de un procedimiento de acusación constitucional, se requiere previamente que éstas sean tipificadas y se señale la pena que les corresponde a cada una. Considero que ello constituye un error y revela una confusión, pues pretende dar a las infracciones constitucionales un tratamiento similar o equiparable al que corresponde a las conductas tipificadas penalmente como delitos, que ameritan la acusación constitucional por la imputación de delitos cometidos en el ejercicio de la función o el cargo.

Considero que la infracción constitucional se produce cuando el alto funcionario viola o transgrede cualquier precepto o mandato contenido en la

Constitución. En algunos casos, tal conducta puede también encontrarse tipificada como delito en el Código Penal, lo que hará aplicable el supuesto de delito cometido en el ejercicio de la función. En cambio, la imputación de una infracción constitucional tiene una naturaleza distinta, pues se presenta cuando la conducta arbitraria e indebida, que vulnera la Constitución y amerita no quedar impune, no está tipificada como delito, lo que impide su sanción penal, por lo que solo resulta pasible de sanción en el plano político y moral, mediante la destitución del cargo o la inhabilitación temporal para el desempeño de toda función pública” (2008: 20).

En similar postura, Gutiérrez Ticse (2008) señala:

“De consuno, tampoco estamos de acuerdo con aquellas voces que proponen tipificar las infracciones constitucionales. En efecto, nuestra creencia que un juicio político es una expresión de la autonomía parlamentaria (*interna corporis acta*), y que por tanto está exento a todo control, antes bien, es una atribución absolutamente discrecional del legislador como el caso del “juicio por mal desempeño” argentino que es en sí un juicio político. En ese sentido, consideramos que este instituto debe reformarse para precisar su carácter eminentemente protector del decoro de la administración pública y no de ese matiz sancionatorio que al final da cabida para penetrar en los estamentos legislativos sin justificación alguna” (p. 67).

319

De igual modo, Cairo Roldán (2012) sostiene:

“(…) si es necesario o no que, para efectos del juicio político por infracción a la Constitución, estén tipificadas las infracciones constitucionales, yo creo que no. Creo que sería muy complicado establecer un código de infracciones constitucionales con sus correspondientes sanciones porque es muy difícil prever. ¿Cómo se puede agravar a la Constitución y qué dimensión va a tener ese agravio cuando puede ser formalmente idéntico en dos supuestos distintos, pero con consecuencias diversas?

Un Presidente puede agravar la Constitución expidiendo un decreto de urgencia, que no sea de materia económico financiero, porque está agrediendo la Constitución, habrá un juicio político para sancionarlo. Pero si la consecuencia de ese agravio fuese distinta, entonces merecerá en este caso destitución, en otro suspensión y en otro inhabilitación. Hay un ejemplo que permite comprender esta idea.

Bill Clinton fue sometido a juicio político, no porque tuviera conducta impropia con Mónica Lewinsky, eso es intrascendente, lo trascendente es que él le mintió a la justicia, y esa mentira a la justicia es una conducta idéntica a la que pudo haber tenido Richard Nixon en 1973. Para la entidad, el tamaño del agravio es distinta por eso es que los senadores norteamericanos dijeron, han mentido pero para proteger una esfera íntima, no es tan grave, no hay que sacarlo, pero si hubiera mentido para proteger un soborno tenían que sacarlo, como sucedió con Nixon a quien lo iban a sacar y antes que suceda renunció.

Por eso creo que es importante tener en cuenta que aquí estamos ante hipótesis variables por lo tanto no puede haber un código, lo que hay que hacer es ver cómo se protege la dignidad del cargo en el momento en que esto ocurre, y eso no puede estar tipificado. Lo que hay que salvaguardar es la dignidad del ordenamiento, la dignidad de la institucionalidad y eso depende del momento y de las circunstancias” (p. 201).

320

A los argumentos doctrinales señalados, debe añadirse el hecho real -pero no por ende baladí- que el Congreso de la República ha venido ejerciendo la facultad de sanción política sin necesidad de tipificación de las infracciones constitucionales, tal y como ha sucedido con las Resoluciones Legislativas N° 018-2000-CR (inhabilitación en el ejercicio de la función pública hasta por 10 años del ex presidente de la República, señor Alberto Fujimori Fujimori), N° 002-2013-2014-CR (destitución del cargo de congresista al señor Wilson Michael Urtecho Medina) y N° 0020-2020-2021-CR (inhabilitación por 10 años para el ejercicio de la función pública al ex presidente de la República, señor Martín Alberto Vizcarra Cornejo); por mencionar algunos ejemplos.

5. Epílogo: un intento de clasificación de las infracciones constitucionales como sanción política

Aunque el esfuerzo de Montoya Chávez sea loable bajo todo punto de vista¹², somos de la opinión que no es posible –y mucho menos conveniente- *enlistar*

12 Montoya Chávez (2005: 258-311) propone un catálogo de seis infracciones: i) *infracciones atentatorias de la soberanía nacional* (encontrarse en situación de traición al Estado, para socavar o destruir la soberanía), ii) *infracciones por inobservancia de compromisos públicos* (incumplimiento reincidente de las funciones encomendadas, y que cause un grave daño al funcionamiento

todas las posibles *infracciones constitucionales* cual catálogo de inconductas que no deben ser cometidas por los altos funcionarios del Estado -aquellos comprendidos en el Art. 99 de la Constitución de 1993-; y esto por dos consideraciones importantes cuya exigencia se desprende del propio Texto Fundamental: i.) **el carácter abierto de las normas constitucionales**, debido a la naturaleza de los “acuerdos” constitucionales -acuerdos “incompletos”, según el prof. Carl Sunstein- y a la frecuente recurrencia a *conceptos jurídicos indeterminados* (valores, principios y otros bienes constitucionales); y ii.) la presencia del **principio de razonabilidad**, a fin de evitar considerar como infracción constitucional actos de la menor trascendencia (tales como no cantar el himno en una ceremonia oficial, o no presentar una declaración jurada de bienes y rentas por estar consagrado en forma expresa en el Art. 41 del Texto Fundamental, entre otros), utilizando para ello a los procesos constitucionales como mecanismos de garantía de la adecuada aplicación en caso se considere vulnerado algún derecho fundamental.

En esta misma lógica, vale la pena destacar la muy interesante propuesta realizada por el profesor Landa Arroyo (2004: 608-609) cuando –a partir del *principio de proporcionalidad*- considera que es posible establecer un “*baremo de tres tipos de intensidad de la infracción*” que él relaciona con la proporcionalidad que debe tener la sanción de la infracción: i) **leve**, cuando se afecte un mandato constitucional abierto o principio constitucional de optimización (ej.: deber primordial del Estado de promover el bienestar general)¹³; ii) **intermedia**, cuando se infringe un mandato constitucional expreso y directo (ej.: la prioridad para aprobación de las normas de descentralización)¹⁴; y iii) **grave**, cuando se atenta contra un mandato claro y vinculante (ej.: la duración del mandato presidencial establecido en 5 años sin que exista posibilidad de reelección inmediata)¹⁵.

del sistema estatal), iii) **infracciones por menoscabo presupuestario** (poner en riesgo u obstaculizar la economía del país, afectando en forma plausible el presupuesto nacional), iv) **infracciones por usurpación absoluta del poder** (ligadas al mantenimiento del orden democrático y al respeto de la elección popular de todos los poderes del Estado), v) **infracciones por intervención en otros poderes del Estado** (vulneración del principio de separación de poderes) y vi) **infracciones por desestabilización interna** (menoscabar la seguridad interior del Estado).

13 Art. 44 de la Constitución Política de 1993.

14 Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

15 Art. 112 de la Constitución Política de 1993.

En forma complementaria a lo señalado, es necesario añadir como criterio de análisis de la problemática analizada la *existencia de distintas clases de infracciones constitucionales* a partir de distintos criterios taxonómicos como positivización, simultaneidad con la condición delictiva, parámetro de control constitucional y modalidad de la infracción, según el siguiente detalle:

5.1. Según el criterio de positivización

A partir del carácter normativo de la Constitución, de la superación del racionalismo-normativo y de la importancia adquirida por la función interpretativa en el constitucionalismo moderno, es posible sostener que existen las siguientes tipologías:

- a) ***Infracción constitucional expresa.***- aquellas expresamente consagradas en el articulado positivo del Texto Fundamental, tal y como ocurre con las contenidas en el Art. 117 de la Constitución de 1993, donde se contemplan como infracción del Presidente de la República los actos de traición a la Patria; impedimento de las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolución del Congreso fuera de los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, e impedimento de reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y los otros organismos del sistema electoral¹⁶.
- b) ***Infracción constitucional implícita (o tácita).***- son aquellas infracciones que pueden desprenderse del conjunto de atribuciones, facultades, funciones, prohibiciones e incompatibilidades a que se encuentran sujetos los funcionarios públicos; pudiéndose mencionar, a modo de ejemplos, el caso de los Congresistas de la República (Arts. 92 y 93 de la Constitución Política

16 El inciso 5 del Art. 113 y el Art. 117 de la Constitución de 1993, señalan:

“Art. 113.- La Presidencia de la República vaca por:

(...)

5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución”.

(El subrayado es nuestro).

“Art. 117.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral”.

(El subrayado es nuestro).

de 1993), donde bien se puede contemplar la prohibición de desempeño de cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso (Art. 92 de la CP), la incompatibilidad con el ejercicio de cualquier otra función pública (salvo Ministro de Estado) (Art. 92 de la CP), y la incompatibilidad con cargos en empresas con concesiones del Estado o empresas del sistema crediticio-financiero (Art. 92 de la CP).

- c) ***Infracción constitucional hermenéutica.***- es aquella falta política que se deriva de la interpretación de las normas constitucionales, a partir de los valores, principios, fines y demás bienes constitucionales protegidos que inspiran al constitucionalismo moderno y a una determinada Constitución en particular.

Siendo este un aspecto no del todo abordado en esta materia, me permitiré plantear una suerte de *listado de temas* susceptibles de ser infraccionados constitucionalmente por los actores políticos, solo a manera enunciativa:

i. *Atentatorias contra el Estado:*

- Contra su integridad, independencia, elementos, forma, fines y deberes: el ingreso a una institución supranacional que pone en riesgo las decisiones del país o permitir la vulneración de la soberanía nacional por una institución supranacional.
 - Contra la forma republicana de gobierno: rebelión ante un gobierno formalmente constituido.
 - Contra el modelo democrático: autogolpe; golpes de Estado.
 - Contra la separación de poderes: actos que vulneren la independencia de los congresistas; impedimento en el cumplimiento de las funciones congresales.
- ii. *Atentatorias contra los derechos y libertades fundamentales consagradas en la Parte Dogmática*¹⁷.

17 Al respecto debe recordarse lo preceptuado en el tercer párrafo, *in fine*, del Art. 8 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), que a la letra decía:

*“Art. 8.- Responsabilidad del agresor.
(...)”*

iii. *Atentatorias contra la Parte Orgánica:*

- Contra el orden competencial establecido a favor del Poder Ejecutivo:
 - Contra la obligación de cumplimiento de las normas jurídicas (Art. 118 inc.1 de la CP).
 - Mala utilización de la potestad reglamentaria: la desnaturalización de una ley vía su reglamentación (Art. 118 inc. 8 de la CP).
 - La gestión de intereses propios o de terceros por parte de un ministro (Art. 126 de la CP).
 - La expedición de un Decreto de Urgencia que no contenga materia económica-financiera o no amerite un carácter extraordinario (Art. 118 inciso 19 de la CP).
 - La gestión de intereses propios o de terceros por parte de un ministro, así como el ejercicio de actividad lucrativa o intervención en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas (tercer párrafo del Art. 126 de la CP) (Caso Raúl Diez Canseco).
- Contra el orden competencial establecido a favor del Poder Legislativo:
 - El ingreso de las FF.AA. y P.N.P. en el recinto del Congreso sin la autorización del Presidente de dicha entidad (Art. 98).
 - Contra el procedimiento legislativo:
 - ✓ La forma de delegación de la facultad legislativa al Poder Ejecutivo.
 - ✓ La delegación de facultades indelegables a la Comisión Permanente.
 - ✓ El irrespeto de la reserva de ley orgánica.

(...) Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99 de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente para los fines consiguientes”.

(El subrayado es nuestro).

Similar disposición se encuentra consagrada en el tercer párrafo, *in fine*, del Art. 17 del nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307).

- ✓ La utilización de la fe de erratas para desnaturalizar o cambiar de sentido una norma legal aprobada.
- ✓ La utilización de decretos de urgencia para evitar el procedimiento legislativo.
- El desempeño de un congresista como miembro de una comisión extraordinaria de carácter internacional, sin la previa autorización del Congreso (Art. 92).
- Contra las relaciones Poder Ejecutivo-Poder Legislativo:
 - El presidente no dirija al Congreso un mensaje anual para dar cuenta de su gestión (Art. 118 inc. 8).
 - Desempeño del cargo de Ministros fuera de las condiciones establecidas (Art. 124).
 - Lo no concurrencia de Ministros al Congreso para ser interpelados (art. 131).
 - La negación de dimisión de un ministro luego de aprobado el voto de censura (Art. 132).
 - Volver a nombrar a alguno de los Ministros conformantes del Consejo de Ministros que ha sido censurado, luego de la crisis total del Gabinete (Art. 133).
 - La disolución del Congreso fuera de los supuestos del Art. 134.
 - El decretamiento de estado de excepción fuera de los plazos o con plazo indeterminado (Art. 137).
 - Atentar contra la voluntad popular promoviendo el “transfugismo” para lograr mayorías parlamentarias no ganadas en las urnas.
- Contra el orden competencial establecido a favor del Poder Judicial:
 - Intervención y control del Poder Judicial (Arts. 138 y 143).
 - Contra la administración de justicia: administrar justicia sin estar propuesto para ello; la realización de proceso judicial por comisión o delegación; el juzgamiento por órgano judicial de excepción o comisiones especiales creadas *ad hoc*; la interferencia judicial.

- Contra los magistrados del Poder Judicial: la injerencia en la actividad de los magistrados (Art. 146 inc. 1), o atentar contra la inamovilidad y permanencia de los magistrados, o sus remuneraciones (Art. 146 inc. 2, 3 y 4).
 - Contra el Poder Judicial: atentar contra la independencia de funciones del Poder Judicial (Arts. 139 inc. 2).
 - Contra el orden competencial establecido a favor de los Organismos Constitucionales Autónomos:
 - Violación de la autonomía del Ministerio Público (Arts. 43 y 158).
 - Violación de la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones (Arts. 43 y 177).
 - Violación de la autonomía del Consejo Nacional de la Magistratura (Arts. 43 y 150).
 - No remisión de la Cuenta General de la República (Art. 81).
- iv. *Atentatorias contra la Parte Económica:*
- Referido a la forma de creación de la potestad tributaria estatal (Art. 74).
 - La aprobación de tributos con fines predeterminados.
 - La expedición de leyes de presupuesto o decretos de urgencia con contenido tributario (Art. 74).
 - La aprobación de operaciones de endeudamiento interno o externo fuera del marco de la ley (Art. 75).
 - La inobservancia del procedimiento de contratación estatal (Art. 76).
 - Omitir la remisión del proyecto de Ley de Presupuesto (Art. 78).
 - La aprobación de tributos referidos a beneficios o exoneraciones sin haberse recibido el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas (Art. 79).
- v. *Atentatorias contra la Fórmula de Revisión:*

- Promover, viabilizar, ejercitar o aprobar una reforma de la Constitución que altere la fórmula política de la misma (ejercicio del poder constituyente originario refundacional) (STC N° 00014-2002-AI/TC).

Siendo evidente el riesgo de que por vía de interpretación se puedan cometer abusos al momento de argumentar la configuración de una infracción constitucional, consideramos que es necesario establecer algunas *pautas* o *criterios* de aplicación de este tipo de infracciones hermenéuticas, entre los que tenemos:

- a) **Criterio de coherencia**, entre la *inconducta política* imputada y el dispositivo constitucional presuntamente infringido, incluyendo sus sentidos interpretativos, con el propósito de evitar decisiones carentes de congruencia¹⁸.
- b) **Criterio de trascendencia pública**, que exige tener en cuenta la grave y real afectación al Estado Democrático de Derecho generada por la infracción.

5.2. Según el parámetro de control constitucional afectado

- a) **Infracción constitucional directa**.- aquella que se genera por una conducta de contraviene algún dispositivo consagrado en la propia Constitución.
- b) **Infracción constitucional indirecta**.- la que tiene lugar por contravenir algún dispositivo consagrado en las normas de desarrollo constitucional y que, por tanto, forman parte del denominado “*bloque de constitucionalidad*”; como por ejemplo sucede con el Art. 82 del Reglamento del Congreso, que precisa que el plazo de treinta (30) días de haber asumido funciones a que se refiere para la presentación del Presidente del Consejo de Ministros y los demás Ministros, debe entenderse que son “días naturales”, por lo que se configura infracción constitucional si se exceden de dicho plazo.

18 En estricto sentido técnico, nos parece que este criterio no fue respetado en el caso de la inhabilitación dispuesta por el Congreso de la República contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por su “fuga al Japón” en el año 2001, conducta política que bien pudo haber encajado en la conducta de “abandono de cargo”. Sin embargo, el argumento esgrimido para decidir su inhabilitación fue la trasgresión de dos normas constitucionales: el Art. 38 (“*Todos los peruanos tiene el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir, defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*”) y el inciso 1 del Art. 118 (“*Corresponde al Presidente de la República... Cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados, leyes y demás dispositivos legales*); que nos parecen poco coherentes con la *inconducta política* imputada.

- c) ***Infracción por vaciamiento de la Constitución.***- es aquella en la que el vicio de inconstitucionalidad no se advierte directamente por una conducta o norma que es constitucional o interpretada constitucionalmente, sino que se hace latente cuando se vincula o conecta con otros comportamientos o normas, articulando así lo que Landa Arroyo ha definido como un *complejo normativo inconstitucional* que vacía de contenido la Constitución. En nuestro país, un caso típico de vaciamiento constitucional está dado, a nivel normativo, por las disposiciones que han regulado de manera individual la reforma del Poder Judicial, pero que en conjunto implican una intervención indebida del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en la autonomía constitucionalmente consagrada del Poder Judicial.

5.3. Según su simultánea condición delictual

- a) ***Infracción constitucional con carácter delictual.***- es aquella que en forma paralela a considerarse una falta político-constitucional, constituye también actos ilícitos a nivel penal; pudiéndose mencionar los siguientes ejemplo: la negativa de remisión de la Cuenta General de la República (Art. 81 Constitución de 1993 y Art. 377 Código Penal); la negativa de remisión al Congreso del proyecto de la Ley de Presupuesto (Art. 78 Constitución de 1993 y Art. 377 del Código Penal); entre otros.
- b) ***Infracción constitucional sin carácter delictual.***- es aquella que sólo constituye una falta político-constitucional y que no genera ningún tipo de responsabilidad en el ámbito penal-sancionatorio. Este es el supuesto de la mayoría de infracciones constitucionales ⁽¹⁹⁾, y pueden derivar en sanciones de tipo político (ej.: suspensión, destitución o inhabilitación, Art. 100 Constitución de 1993) o moral (ej.: incapacidad moral permanente), entre otros.

En base a la clasificación propuesta, no podemos menos que discrepar con Montoya Chávez (2005: 178) cuando afirmar que “la actuación inadecuada de estos altos representantes estatales se deberá considerar no únicamente antijurídica sino también políticamente inaceptable”, en la medida que para nosotros el razonamiento es absolutamente distinto, ya que la infracción constitucional es

19 Conforme señala Chirinos Soto (1996: 169), “hay infracciones de la Constitución que no están tipificadas en el Código Penal. Por eso, el Congreso puede suspender al funcionario o inhabilitarlo o destituirlo, sin deducir responsabilidad de tipo penal”.

una conducta *político-constitucionalmente inaceptable* (según determine el *control político* a que se encuentra sujeto, y que responde a criterios de *oportunidad y conveniencia* propiamente subjetivos), la misma que puede o no ser paralelamente *antijurídica*, en tanto y en cuanto se encuentre, o no, considerada también como *delito*, conforme lo haya definido el legislador ordinario.

A modo de resumen de este acápite, debemos señalar que, asumiendo como válida las exigencias de *legalidad* y *taxatividad* para la determinación de las infracciones constitucionales, pensamos que entender que éstas deben ser establecidas por *ley* constituye una interpretación que vacía el contenido de la Constitución, admitiendo que ésta sólo adquiere valor y exigencia normativa en función de la voluntad del legislador ordinario, aspecto éste que nos parece absolutamente contrario a la lógica que inspira el constitucionalismo moderno.

Por ello, consideramos que es indispensable entender que la legalidad y taxatividad exigidas se encuentran absolutamente cumplidas por ser la Constitución el texto que sirve como referente para catalogar ciertas conductas (infracción constitucional directa), al que se suma todas las normas de desarrollo constitucional que la especifican, siendo parte del denominado “*bloque de constitucionalidad*” (infracción constitucional indirecta).

En este esquema conceptual, es indispensable entender que las normas constitucionales, precisamente por su origen, finalidad y naturaleza, son dispositivos de carácter abierto que pretenden ser omnicomprensivos, por lo cual su taxatividad debe ser entendida como flexible, dependiendo del nivel jurídico que se convierta en el parámetro de contrastación: la Ley o la Constitución.



Bibliografía

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS-Rao.

CAIRO ROLDÁN, Omar (2012). Alcances y límites del debido proceso en la experiencia del juicio político (2001-2005). En: *Primer y Segundo Congresos de Derecho Parlamentario. Lima, 2005 y 2012*. Congreso de la República. Lima, 2012. pp. 196-202.

CHIRINOS SOTO, Enrique (1996). *La Constitución de 1993: Lectura y Comentario*. Lima: Editorial Rodas.

GARCÍA CHÁVARRI, Abraham

- (2008) *Acusación constitucional, Juicio Político y Antejjuicio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial*. Noveno Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP.
- (2018) Hacia una formulación de la incapacidad moral como causal de vacancia del Presidente de la República. En: García Belaunde, Domingo y Tupayachi Sotomayor, Johnny (Coordinadores). *La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada (2º Ed.)*. Lima: Instituto Pacífico. pp. 425-451.

GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo (2008). El antejjuicio político en el Perú. En: Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy y Gutiérrez Ticse, Gustavo (Directores). *Limitación del Poder y estructura del Estado. Estudios sobre la parte orgánica de la Constitución*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. pp. 55-85.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

- (2001) *Opinión jurídica de fecha 06.06.2001*. Emitida en las Acusaciones Parlamentarias N° 108 y 109, a solicitud de la Congresista Gloria Helfer. pp. 2-4.
- (2002) La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios. En: *Estudios Constitucionales*. Lima: Ara Editores. pp. 445-464.

LANDA ARROYO, César (2004). Antejjuicio político. En: Carbonell, Miguel (ed.). *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: UNAM. pp. 608-609.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo (2005). *La Infracción Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín

- (1995) ¿Acusación constitucional, antejjuicio o juicio político? En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*. T. II. Comisión Andina de Juristas, Lima. pp. 125-138.
- (1997) Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997. En: *Pensamiento Constitucional*, IV (4). pp. 445-461.
- (1999) La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. En: *Anuario Interamericano de Justicia Constitucional* (3). pp. 181-203.
- (2004) *Constitución, democracia y autocracia*. México: UNAM.

QUISPE CORREA, Alfredo (2003). *Estado, Constitución y Política*. Lima: s/f.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge (2005). Comentarios a los artículos 99 y 100 de la Constitución. En: *La Constitución Comentada (T. II)*. Lima: Congreso de la República – Gaceta Jurídica S.A.

VILLARÁN, Luis Felipe (1899). *La Constitución peruana comentada*. Lima: Moreno.

La asistencia religiosa en el ordenamiento constitucional peruano

✎ ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ*

1. Introducción

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, al tiempo de reconocer el derecho de libertad religiosa, señalan también sus formas de manifestación (individuales o colectivas), entre las que se cuentan la práctica, el culto, la celebración de ritos y la observancia¹.

La asistencia religiosa es una de esas manifestaciones de este derecho fundamental, relativa a la práctica de la religión. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional del Perú:

Es innegable que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de las personas a profesar una determinada religión da lugar también al derecho a practicar los actos de culto y a *recibir la asistencia religiosa* correspondiente sin que se atente contra el orden público o contra la moral pública. Y es que la libertad religiosa no sólo se expresa en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicarla².

331

* Doctor y Máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional y ex Secretario Relator del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa y del *International Consortium for Law and Religion Studies* (ICLARS).

1 Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.1).

2 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (STC) 2700-2006-PHC/TC, fundamento 13 (las cursivas son del original), cfr. también STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 17.

Por ello, Mantecón Sancho escribe que «aunque el derecho a recibir asistencia religiosa de la propia confesión no aparezca expresamente recogido en las Convenciones o Declaraciones internacionales sobre derechos humanos, va de suyo que la asistencia religiosa es una explicitación del derecho a practicar la propia religión»³.

Podemos definir la asistencia religiosa como «la acción del Estado para establecer la infraestructura y las condiciones adecuadas para que puedan recibir asistencia espiritual directa de sus respectivas confesiones los ciudadanos que tienen disminuidas las posibilidades de recibirla por encontrarse internados en centros caracterizados por un régimen de especial sujeción»⁴.

Esas situaciones de «especial sujeción» se presentan básicamente –y de ellas nos ocuparemos aquí– en el ámbito de los centros penitenciarios, las Fuerzas Armadas y Policiales y el sistema hospitalario estatal, aunque se podrían añadir otros centros asistenciales públicos, como las residencias para personas de la tercera edad o los orfanatos.

2. Marco constitucional y legal

La Constitución Política del Perú reconoce el derecho fundamental de libertad religiosa en su artículo 2, inciso 3, en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho:

[...]

A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

3 MANTECÓN SANCHO, Joaquín. «Asistencia religiosa de las confesiones minoritarias en las Fuerzas Armadas». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. N.º 35 (2014) p. 1

4 LÓPEZ ALARCÓN, Mariano. «Asistencia religiosa». En: *Derecho eclesiástico del Estado español*. Javier Ferrer Ortiz (coord.). Pamplona: EUNSA, 1996, p. 305.

Como ya hemos apuntado, la asistencia religiosa viene a ser una manifestación de este derecho, pero que, por su propia definición, requiere de la cooperación del Estado.

Por ello, puede afirmarse que la asistencia religiosa encuentra su fundamento en el artículo 50 de la Constitución, que señala:

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.

Conforme a este precepto, si bien ninguna confesión tiene carácter estatal (principio de laicidad⁵), la Constitución «considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia Católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones»⁶. Es en el marco de esta colaboración que encuentra cabida la asistencia religiosa, tanto para los fieles católicos como para los de otras confesiones, en aplicación del derecho-principio de igualdad religiosa (artículo 2, inciso 2, de la Constitución)⁷.

333

El Tribunal Constitucional ha sido enfático en el reconocimiento de la asistencia religiosa. Así, el supremo intérprete de la Constitución ha dicho que es parte del contenido de la libertad religiosa «recibir la asistencia o consejería religiosa, necesarias para la tranquilidad espiritual de las personas que pudieran encontrarse dentro de un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros. Ello es así en la medida que existe íntima relación de la libertad religiosa con el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), por lo que es un derecho que el Estado debe proteger, si bien dentro de los límites previstos en nuestra Constitución»⁸.

5 Cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13; STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 31.

6 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 29.

7 Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 19 a 22.

8 STC 2700-2006-PHC/TC, fundamento 14.

Naturalmente, la Ley 29635, Ley de Libertad Religiosa (LLR), se ocupa del tema *sub examine*, señalando que toda persona tiene, entre otros, el siguiente derecho (artículo 3.c):

Recibir asistencia religiosa por su confesión. Las instituciones públicas competentes adoptan las medidas y normas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en las prisiones, en los centros públicos hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia.

Por su parte, el Reglamento de la LLR (Decreto Supremo 006-2016-JUS) desarrolla el citado precepto legal del modo siguiente (artículo 6):

La asistencia religiosa en las instituciones públicas indicadas en el artículo 3 de la Ley se dispensa por los ministros de culto o agentes pastorales designados por las entidades religiosas⁹.

Los ministros de culto o agentes pastorales se identifican con la credencial emitida por la autoridad de la entidad religiosa a la que pertenecen, la misma que es renovada anualmente para efecto de facilitar la asistencia religiosa a la que se refiere la Ley.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú pueden establecer mecanismos administrativos que les permitan contar con ministros de culto o agentes pastorales de las entidades religiosas, los que, debidamente identificados, brinden asistencia religiosa a sus miembros.

Junto con estas normas, debemos tener presente que, en desarrollo del principio de colaboración del ya citado artículo 50 de la Constitución, la LLR regula los convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas en los siguientes términos (artículo 15):

El Estado peruano, en el ámbito nacional, dentro de sus competencias, amparado en el artículo 50 de la Constitución Política del Perú, puede suscribir convenios de colaboración sobre temas de interés común, de carácter legal, con aquellas entidades religiosas que, estando inscritas en el registro

9 Conforme al artículo 6.c de la LLR, «la condición de ministro de culto se acredita con documento auténtico expedido por la autoridad competente de la entidad religiosa».

a que se refieren los artículos precedentes, hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades.

Los convenios, para ser aprobados como norma legal, deben tener el informe favorable del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Finanzas.

Un convenio de colaboración es el Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú de 1980. En este tratado internacional, como veremos seguidamente, se regula con detalle la asistencia religiosa a los fieles católicos en las Fuerzas Armadas y Policiales (artículos XI a XVII), en los centros hospitalarios estatales e instituciones penitenciarias (artículo XVIII).

Visto lo anterior, y siguiendo la tipología de modelos de asistencia religiosa que hace López Alarcón, podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico peruano coexisten un modelo de *concertación* y uno de *libre acceso*. Dentro del primero, está el Acuerdo con la Iglesia católica de 1980 y los demás acuerdos que el Estado pueda suscribir con otras confesiones religiosas. En el segundo modelo entrarían aquellas confesiones que no cuenten con convenios de colaboración con el Estado, lo que no impide que sus fieles tengan derecho a la asistencia religiosa¹⁰.

3. Asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

El Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú de 1980 se ocupa de la asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en sus artículos XI a XVII.

10 Según este autor, en el *modelo de concertación* «prevalece la fórmula del convenio entre la institución civil correspondiente y la confesión religiosa acerca de la aportación de recursos humanos y materiales por una y otra parte [...]». En el *modelo de libre acceso* de ministros religiosos al interior del centro para prestar asistencia espiritual, se establecen las condiciones que aseguren el buen orden y régimen interior, bien mediante convenio, bien unilateralmente. Las relaciones del centro con los ministros religiosos se reducirán a la autorización para el libre acceso con prestación de servicios de benevolencia o mediante contrato retribuido de naturaleza administrativa, civil o laboral (LÓPEZ ALARCÓN, Mariano. «Asistencia religiosa» ..., cit., p. 309).

El artículo XI justifica este acuerdo por tratarse de la confesión religiosa mayoritaria en la sociedad peruana y señala que la asistencia religiosa se presta a través del Vicariato Castrense:

Consideradas las creencias religiosas de la mayoría nacional, el Estado continúa garantizando que se preste por parte del Vicariato Castrense la asistencia religiosa a los miembros de la Fuerza Armada, Fuerzas Policiales y a los servidores civiles de aquéllos que sean católicos¹¹.

Coherente con la laicidad del Estado establecida en el Perú desde la Constitución de 1979, dicho Acuerdo señala que «ni el Vicario Castrense, ni los Capellanes dependientes de él, tendrán asimilación a grado militar ni a la Jerarquía Policial» (artículo XIII), aunque «los Capellanes Castrenses tendrán derecho a promociones similares al que tienen los empleados civiles de los Institutos Armados o Policiales» (artículo XIV). Como escribe Carpio Sardón, «desde la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede, la asistencia religiosa católica no se constituye como un servicio público que haya sido integrado en la organización militar ni el personal es asimilado a las Fuerzas Armadas ni a sus grados. Se considera, más bien, que es un servicio de asistencia religiosa a los fieles católicos, por parte de la Iglesia católica, la que debe ejercer su atención dentro del derecho constitucional de libertad religiosa»¹².

336

Por las peculiares circunstancias en que deberá ejercer su servicio, el Vicario Castrense debe ser peruano de nacimiento y, teniendo en cuenta su condición episcopal, será nombrado por la Santa Sede, de acuerdo con el presidente de la República (artículo XV).

Los Capellanes Castrenses serán nombrados por el Vicario Castrense y reconocidos por los Comandos Generales de los Institutos Armados y Direcciones

11 Este Acuerdo, aunque suscrito en 1980, mantiene actualidad en cuanto a «las creencias religiosas de la mayoría nacional». En los Censos Nacionales 2017 (últimos realizados), a la pregunta sobre qué religión profesa el encuestado, un 94,91% dijo tener una religión, siendo mayoritaria la Católica (76,03%), seguida de la Evangélica (14,07%), otras 4,81% y ninguna 5,09% (cfr. Instituto Nacional de Estadística e Informática - CPV2017. Disponible en: <http://censos2017.inei.gob.pe/redatam/>).

12 CARPIO SARDÓN, Luis Andrés. «La asistencia religiosa». En: *Libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado peruano*. Francisco Bobadilla Rodríguez, Jéssica Chirinos-Pacheco y Javier Ferrer Ortiz (coordinadores). Lima: Yachay Legal, 2020, p. 210.

Superiores de los Institutos Policiales (artículo XVI). En lo posible, serán tomados del Clero de la Diócesis en cuyo territorio se encuentra la Unidad Militar en la que prestarán servicios (artículo XVII).

En el caso de las confesiones que no han firmado acuerdos de colaboración con el Estado se aplica el régimen general de la LLR y su Reglamento. Es decir, las Fuerzas Armadas y Policiales deben adoptar las medidas y normas necesarias para facilitar la asistencia religiosa (artículo 3.c LLR) que se dispensará por los ministros de culto o agentes pastorales designados por las entidades religiosas, debidamente identificados con la credencial emitida por la autoridad de la confesión a la que pertenecen, la cual debe ser renovada anualmente (artículo 6 del Reglamento LLR).

4. Asistencia religiosa en establecimientos penitenciarios

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la asistencia religiosa penitenciaria del modo siguiente:

[...] atendiendo a que la Constitución establece como derecho fundamental de todas las personas –incluidos los reclusos– a la libertad religiosa –la misma que se asienta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana– y que el principio del régimen penitenciario tiene por objeto reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad, recibir asistencia religiosa como un medio penitenciario y como un fin en sí mismo de resocialización a través de la fe, no constituye una violación constitucional a los valores del orden público y a la seguridad ciudadana.

Dicho esto, es evidente que la persona que se encuentra internada –procesada o sentenciada– en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida, *prima facie*, de ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa; siempre que de ello no deriven afectaciones a los derechos fundamentales de los demás o no impliquen actos de intolerancia que pongan en riesgo otros bienes constitucionales como el orden público, la moral, la seguridad de la población, bienes que, según el artículo 44 de la Constitución le corresponde también proteger al Estado¹³.

13 STC 2700-2006-PHC/TC, fundamentos 15 y 16.

En el estudio de la asistencia religiosa en instituciones penitenciarias, hay que tener presentes las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*, aprobadas en la Asamblea General del 17 de diciembre de 2015¹⁴. La Regla 65 se ocupa de nuestro objeto de estudio:

1. Si en el establecimiento penitenciario hay un número suficiente de reclusos de una misma religión, se nombrará o aprobará un representante calificado de ese culto. Cuando el número de reclusos lo justifique y las circunstancias lo permitan, dicho representante prestará servicios a tiempo completo.
2. El representante calificado que haya sido nombrado o aprobado conforme al párrafo 1 de esta regla estará autorizado a organizar periódicamente servicios religiosos y a efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales en privado a los reclusos de su religión.
3. Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión; y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar plenamente su actitud.

338

También vinculada con la asistencia religiosa, aunque más amplia, es la Regla 66 del mismo cuerpo normativo, que dispone: «En la medida de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento penitenciario y tener en su poder libros de observancia e instrucción religiosas de su confesión».

Según ya hemos visto, la LLR contempla la asistencia religiosa en las prisiones (artículo 3.c). El artículo 6 de su Reglamento indica que esta se imparte por los ministros de culto o agentes pastorales designados por las entidades religiosas, que se identifican con la credencial emitida por la entidad religiosa a la que pertenecen, la cual debe renovarse anualmente.

En el Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo 654) encontramos un capítulo denominado «Asistencia religiosa» (capítulo VIII del Título III), con las siguientes disposiciones:

14 Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf [consulta 2-10-2020].

Artículo 93.- La Administración Penitenciaria garantiza la libertad de culto y facilita los medios para ejercerla. El interno puede solicitar ser asistido por ministros de la religión que profesa.

Artículo 94.- Ningún interno será obligado a asistir a los actos de culto ni impedido de asistir a los mismos.

En desarrollo de tales artículos, el Reglamento del Código de Ejecución Penal (Decreto Supremo 015-2003-JUS), dentro de los derechos de los internos en centros penitenciarios, reconoce el derecho de formar agrupaciones religiosas (artículo 11.14), mientras que el artículo 16.8 recuerda el deber de los internos de respetar los principios religiosos de los demás¹⁵.

Según dicho Reglamento, el interno podrá ser asistido por un ministro o representante de su religión y las actividades religiosas podrán ser promovidas por las confesiones e Iglesias a través de ministros, sacerdotes, representantes o agentes pastorales (artículo 148).

Los miembros de las organizaciones religiosas e Iglesias deberán acreditar su representación para los efectos del otorgamiento del permiso, antes del inicio de su labor. Las actividades de culto, promoción y asistencia a los internos serán informadas a la dirección del establecimiento penitenciario a través del servicio social (artículo 149). Los grupos religiosos que obtengan permiso de ingreso al establecimiento penitenciario se sujetarán a las reglas de seguridad y normas internas del mismo (artículo 151).

Finalmente, debemos destacar que el artículo 150 de este Reglamento señala que la Administración penitenciaria facilitará el o los ambientes necesarios para el ejercicio del culto y demás actividades pastorales.

En el caso de reclusos católicos, el Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú establece que el Estado garantiza que se preste asistencia religiosa a los católicos internados en establecimientos penitenciarios. Para ello, los Capellanes

15 Cfr. ARREBOLA FERNÁNDEZ, Ángel. «La asistencia religiosa penitenciaria. Comentario a la Sentencia 2700-2006-PHC/TC». En: *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*. Óscar Díaz Muñoz, Gerardo Eto Cruz y Javier Ferrer Ortiz (coordinadores). Lima: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, 2014, p. 282.

requieren contar con nombramiento eclesiástico, que será presentado a la autoridad competente (artículo XVIII).

La colaboración entre el Estado y las confesiones en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria se ve facilitada con la suscripción de «Convenios marco de cooperación interinstitucional» entre estas y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE)¹⁶.

Así, el INPE ha suscrito un convenio con la Conferencia Episcopal Peruana el 7 de marzo de 2012¹⁷, prorrogado por cuatro años el 11 de marzo de 2016¹⁸. Con la Iglesia Cristiana Pentecostés del Perú - Movimiento Misionero Mundial firmó convenio el 17 de mayo de 2013, con vigencia hasta el 27 de mayo de 2021¹⁹. También tiene suscrito convenio con la Asociación las Asambleas de Dios del Perú, con vigencia por cuatro años desde el 24 de abril de 2018²⁰.

5. Asistencia religiosa en centros hospitalarios

Conforme al Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, el Estado garantiza que se preste asistencia religiosa a los católicos internados en los hospitales públicos. A tal efecto, los capellanes deberán contar con nombramiento eclesiástico, que será presentado a la autoridad competente (artículo XVIII).

Para las confesiones minoritarias que no tengan convenio de colaboración con el Estado, rigen las normas generales de la LLR, que reconoce el derecho a la

16 No debe confundirse estos convenios con los *convenios de colaboración* de los que se ocupa el artículo 15 de la LLR, propios del *modelo de concertación* y que no se limitan a la asistencia religiosa. Estos requieren del cumplimiento de las formalidades señaladas en ese artículo de la LLR. Aquellos (los suscritos por el INPE) corresponden más bien al *modelo de libre acceso*, donde el convenio busca básicamente establecer las condiciones del buen orden, régimen interior y las relaciones del centro penitenciario con los ministros religiosos, como lo relativo a la autorización para el libre acceso.

17 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/convenios-1/convenio-region-lima/874-convenio-2012-2016/file.html> [consulta 2-10-2020].

18 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/convenios-1/convenio-region-lima/875-convenio-2016-2020/file.html>[consulta 2-10-2020] .

19 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/1973-convenio-adenda-mmm-inpe/file.html> [consulta 2-10-2020].

20 Disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/convenios-1/convenio-region-lima/676-memo-mult-131-2018-inpe,104-sec-gral-copia-fedateada-del-convenio-marco-de-cooperacion-interinstitucional-entre-la-asoc/file.html> [consulta 2-10-2020].

asistencia religiosa en los centros hospitalarios públicos (artículo 3.c), la cual se imparte por los ministros de culto o agentes pastorales designados por las entidades religiosas, identificados con la credencial emitida por la entidad religiosa a la que pertenecen, que se renueva anualmente (artículo 6 del Reglamento LLR). Como dice López Alarcón, en tales cultos minoritarios «prima su derecho a que se facilite la asistencia espiritual, que es tan exigente en momentos tan íntimos como los que se arrostran ante el dolor y la proximidad de la muerte. De ahí que no quepa limitar la asistencia religiosa a miembros de confesiones inscritas o a las que tienen celebrados acuerdos de cooperación del Estado»²¹.

Precisamente por estas especiales circunstancias que atraviesan las personas internadas en establecimientos de salud (por tanto, en situación de especial sujeción), el Estado, en cumplimiento de su deber de preservar los derechos fundamentales, debe garantizar que estas puedan recibir, si lo solicitan, asistencia religiosa de su confesión por parte de sus respectivos ministros de culto.

Consideramos estrechamente vinculado con el derecho a la asistencia religiosa en centros hospitalarios, el derecho de toda persona a una *sepultura digna* por parte de sus familiares o seres queridos.

341

El Tribunal Constitucional ha incluido ese derecho dentro de la libertad de culto, que a su vez se subsume en el derecho de libertad religiosa²². Esto explica que la LLR reconozca que la libertad religiosa comprende el derecho de «recibir sepultura de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas» (artículo 3.h).

El Tribunal Constitucional ha llegado a decir que impedir el rito de una sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares constituye una violación a la libertad religiosa (libertad de culto), que incluso linda con un trato cruel, inhumano o degradante, por el daño a la integridad moral de los familiares que ello significa²³.

21 LÓPEZ ALARCÓN, Mariano. «Asistencia religiosa» ..., cit., p. 323.

22 Cfr. STC 256-2003-HC/TC, fundamento 16.

23 Cfr. STC 256-2003-HC/TC, fundamentos 18 a 20.

En esto coincide nuestro supremo intérprete de la Constitución con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera una violación de derechos que se impida a las personas dar a sus familiares «una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias»²⁴, y ha condenado al Estado que postergó o negó a los familiares de las víctimas la oportunidad de darles «una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias y, por lo tanto, intensificó sus sufrimientos»²⁵.

6. Consideraciones conclusivas

La Constitución Política del Perú reconoce el derecho de libertad religiosa en todas sus manifestaciones (artículo 2, inciso 3), entre las que se cuenta la práctica de la religión, que sustenta la asistencia religiosa.

Junto con ello la Constitución (artículo 50) consagra el principio de laicidad del Estado y, al mismo tiempo, el principio de colaboración entre este y las confesiones religiosas. Es en el marco de esta colaboración que encuentra fundamento la asistencia religiosa, que debe proveerse tanto a los fieles católicos como a los de otras confesiones, en aplicación del derecho-principio de igualdad religiosa (artículo 2, inciso 2, de la Constitución).

342

Y es que la asistencia religiosa está dirigida a las personas internadas en centros estatales en situaciones denominadas de *especial sujeción* (centros penitenciarios, Fuerzas Armadas y Policiales, hospitales) y que, por tanto, ven disminuidas sus posibilidades de recibir asistencia religiosa. Se requiere, entonces, que el Estado –dentro del marco del principio constitucional de colaboración– proporcione los medios que permitan que tales internos puedan recibir dicha asistencia espiritual directamente de sus respectivas confesiones.

A partir de la revisión del modelo constitucional y de su desarrollo normativo (LLR y su Reglamento) y jurisprudencial, podemos decir que en el ordenamiento jurídico peruano coexisten dos modelos de asistencia religiosa: de *concertación* y de *libre acceso*. En el primero está el Acuerdo con la Iglesia católica de 1980 y los demás acuerdos que el Estado pueda suscribir con otras confesiones

24 Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006, párrafo 260.

25 Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999, párrafo 173.

religiosas. El segundo modelo comprendería a aquellas confesiones que no cuentan con convenios de colaboración con el Estado, pero donde este tiene igualmente el deber de facilitar el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa por respeto al principio-derecho de igualdad.

Por una doctrina constitucional –y laica– sobre la laicidad

Una réplica a Ferrer Ortiz

✉ MARCO A. HUACO PALOMINO*

1. Introducción

En su contribución titulada “La laicidad del Estado peruano”¹, Ferrer Ortiz analiza el reconocimiento y alcance del principio de laicidad en la Constitución, doctrina y sentencias constitucionales del Perú, partiendo de algunas consideraciones conceptuales y teóricas sobre laicidad, laicismo, “sana laicidad” y libertad religiosa. Compartiendo algunas de las consideraciones allí planteadas, nos parece importante sin embargo revisar críticamente algunas de sus tesis.

Ferrer Ortiz plantea 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”², por lo cual “...cabe afirmar que las Constituciones que afirman el carácter *laico del Estado*, en realidad están afirmando *el Estado laicista* y sostienen una visión limitada de la libertad religiosa”³ y que la “...mención explícita [del término *laico*] en las Constituciones de los países

345

* Magíster en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Estrasburgo, Magíster en Ciencias Sociales de la Religión por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Autor del libro *Derecho de la Religión. El principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano* (UNMSM, 2005) y de diversas publicaciones sobre el tema.

1 *La laicidad del Estado peruano*. FERRER ORTIZ, Javier. Revista Peruana de Derecho Constitucional, No.12, agosto 2020, Centro de Estudios Constitucionales, pág.297-336.

2 FERRER, Javier. *Ibid.*, p.297.

3 *Idem*, p.299.

hoy en día no ofrece ninguna ventaja y sí presenta importantes inconvenientes al reconocimiento real y efectivo de la libertad religiosa”.⁴

Asimismo, de una forma notoriamente militante, señala que la versión negativa, distorsionada y hasta pervertida de la laicidad, habría sido corregida por el Magisterio Pontificio católico romano mediante su doctrina de la “legítima sana laicidad del Estado”⁵, devolviéndole su original “significado etimológico”. Así entonces, un principio de laicidad correctamente entendido, debería corresponderse con la doctrina de la “laicidad positiva” o “sana laicidad” formulada por el Magisterio Pontificio -y recogida en el ordenamiento constitucional peruano-, 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”.⁶

Pasaremos a poner en cuestión dichas formulaciones.

2. El inexistente efecto mágico-laicista de la presencia del término “laicidad” o “Estado laico” en el texto constitucional

Casi como atribuyéndole un misterioso poder mágico-laicista a la invocación del término “Estado laico” o “laicidad” en un texto constitucional, Ferrer Ortiz sustenta con bastante determinación que la presencia de dichos términos obstaculiza la vigencia real y efectiva de la libertad religiosa y que son manifestación, no de la laicidad correctamente entendida, sino de su abuso y acepción excluyente y anti-religiosa, el *laicismo*.

En efecto, el laicismo confunde la laicidad en tanto régimen institucional, con la defensa y promoción de dicho régimen desde posiciones políticas e ideológicas muy particulares como pueden ser tendencias antirreligiosas, iluministas y positivistas. Desde estas concepciones hostiles, la religión es considerada un fenómeno que está siendo superado por el avance de la ciencia y la técnica que se manifiestan a través de la secularización, siendo el lugar idóneo de la religión el

4 *Idem*, p. 304.

5 *Idem*, p. 304-309.

6 *Idem*, p. 303.

de la esfera privada, esto es, el de las familias y las asociaciones privadas de fines religiosos sometidas al derecho común.

Así, *sólo en este sentido*, la “laicidad” viene a ser identificada plenamente con el “laicismo” al cual nosotros entendemos aquí como una posición activamente anti-eclesiástica y anti-religiosa, militantemente ateísta⁷ que persigue no solamente la laicización del Estado y sus políticas públicas sino la secularización intencionada de la sociedad y su cultura. No se trataría pues solamente de retirar cualquier referencia religiosa de la estructura jurídica y política sino también de todo espacio público y social, “ateizando” la sociedad. En la caracterización del especialista francés Jean Baubérot correspondería a la “laicidad de combate”⁸ la cual se destaca como una postura vigilante y guardiana de la laicidad histórica como causa emancipadora de la Razón a contracorriente de la religión.

Para Ferrer, la posición laicista de un Estado vendría determinada por su mención explícita en el texto constitucional. Sin embargo, ni la presencia del término “Estado laico” en un texto constitucional determina una posición laicista del Estado, ni su ausencia determina tampoco una posición del Estado que sea laica o confesional. La laicidad, laicismo o confesionalidad de un ordenamiento jurídico, y no tan solo de su Constitución, se juegan más allá del texto constitucional; asimismo, se deciden más allá de únicamente la configuración de las relaciones Iglesia-Estado de un ordenamiento, y opera efectivamente más allá de su reconocimiento formal explícito o literal en un texto positivo, sea éste constitucional o legislativo.

Hay que precisar que en cuanto a la laicidad o confesionalidad de los Estados, éstas pueden expresarse a nivel jurídico en dos ámbitos normativos: 1) el de la normatividad “pacticia” de derecho internacional público y derecho público interno y 2) el de la legislación “unilateral” sobre asuntos religiosos.

Mediante la fuente unilateral, el Estado es el productor de las normas que regulan asuntos religiosos como expresión jurídica de la política religiosa del

7 Blancarte hace una matización sobre el término “laicismo” que en su concepto sería mas bien “una forma militante de quienes defienden” la laicidad a la cual define como “la forma específica de convivencia social establecida precisamente a partir de la secularización de las instituciones públicas”. *Vid. Laicidad y valores en un Estado democrático*. BLANCARTE, Roberto (Comp.). Secretaría de Gobernación y El Colegio de México, México, 2000, pág. 8.

8 *Ibidem*, p.133.

régimen. Mediante la fuente pacticia, el Estado se aviene a celebrar acuerdos bilaterales para normar determinados asuntos religiosos con instituciones religiosas existentes en su territorio de manera consensuada. Cuando dichos acuerdos se celebran con el Estado de la Ciudad del Vaticano se tratarán de auténticos tratados internacionales dado el carácter de sujeto de derecho internacional público del Vaticano. Cuando dichos acuerdos se celebran entre el Estado y ciertas confesiones religiosas, hablaremos de acuerdos de derecho público interno dado que ellas no ostentan personalidad jurídica de derecho internacional.

En cuanto a la fuente “pacticia”,⁹ las relaciones Iglesia-Estado se encuentran desarrolladas para la Iglesia Católica en una significativa mayoría de países como para confesiones no católicas en una –también– significativa *minoría*.

Los Concordatos y Acuerdos internacionales entre Estados y la Santa Sede abordan a menudo materias tales como la autonomía, libertad y personalidad jurídica de la Iglesia Católica, la organización personal y territorial católica, el estatuto privilegiado del clero, el régimen económico eclesiástico católico, la enseñanza religiosa en centros públicos, la libertad de culto y la acción pastoral católica (con énfasis en Vicariatos castrenses).

348

Y es que la Iglesia Católica confía de manera invariable a la regulación pacticia el reconocimiento de su personalidad jurídica así como de su libertad y autonomía institucionales pareciéndole un enorme despropósito y un desconocimiento de su propia naturaleza de persona moral y divina el que tenga que subordinarse a las potestades terrenales para ser reconocida con plena capacidad jurídica¹⁰. Basa su pretensión en el argumento histórico de su milenaria preceden-

9 A la luz de la expansión de dicho modelo acordado de relaciones Iglesia-Estado, éste ya no podía denominarse “modelo concordatario” sino “modelo pacticio” para incorporar conceptualmente la novedosa realidad de los acuerdos con las confesiones religiosas no católicas. Los ejemplos de Alemania, Italia y España –tres países con una *cuestión religiosa* resuelta de esta manera– vienen a convertirse entonces en el modelo salomónico a seguir para los Estados que no tienen suficiente independencia política frente a la Santa Sede y que al mismo tiempo se ven obligados a legislar en clave de igualdad religiosa de cara a su situación interna, emulando el tradicional modelo pacticio de relaciones Iglesia-Estado de carácter concordatario. El Perú es uno de ellos.

10 Manifiesta Carlos Corral: “Bien observado, ¿no radicaré el por qué de la tendencia hacia el régimen convencional, al menos bajo la perspectiva eclesial, en la irrenunciable conciencia que la Iglesia tiene de su libertad e independencia? Independencia que significa, hacia dentro, la completa autonomía en darse sus propias normas, y, hacia fuera, el sentirse y manifestarse no sujeta a ninguna regulación que no resulte de un derecho claramente superior, sea el derecho divino, positivo y natural, sea un

cia existencial al Estado-nación que haría impertinente un reconocimiento a posteriori, así como al argumento teológico de la “sociedad jurídicamente perfecta” que concibe a la Iglesia como una sociedad equiparada a la del Estado y de fines superiores por ser éstos morales y espirituales.

Así, el carácter laico de un Estado se encontrará fuertemente influenciado por la naturaleza y alcance de los acuerdos plasmados en la normatividad “pacticia”, dado que al celebrar un tratado internacional con la Santa Sede, el Estado asume obligaciones que no pueden ser otras bajo la esfera de los intereses *religiosos* de la iglesia católica. Ello nos provoca diversas reflexiones: ¿Es legítimo que un Estado soberano cuya legitimidad y poder legislativo proviene del pueblo pacte con otro Estado sobre materias que son de su exclusiva competencia?, ¿es legítimo que sea objeto de pacto con otro Estado materias que por definición sólo le corresponden reconocer y normar a uno de dichos Estados -como el derecho humano a la libertad religiosa y la regulación pública sobre el fenómeno religioso institucional- y que se aplican exclusivamente dentro de sus fronteras nacionales?¹¹. ¿No supone ello una claudicación de soberanía y de jurisdicción? ¿No es discriminatario que el Estado se relacione mediante un instrumento de derecho internacional público con una religión institucionalizada mientras que con otras lo hace a nivel de pactos de mero derecho interno o bien mediante legislación “unilateral”?

Nuestra postura es que la existencia misma de Concordatos en un país determinado ya es en sí mismo, por principio, un indicador negativo sobre el grado de laicidad de un Estado; pero que aún más lo sería el hecho de que sus contenidos abarquen materias que sólo competen regular a los Estados nacionales de manera soberana en el marco de su propio proceso democrático interno¹².

derecho internacional surgido de las voluntades soberanas de la propia Iglesia de los Estados”. *Del Concordato de 1953 a los Acuerdos Internacionales de 1976 y 1979: Situación actual*. Corral, Carlos Salvador. UNISCI Discussion Papers, Octubre de 2003.

- 11 Ello significa la ausencia de una característica esencial de todo tratado internacional, a saber, el de la *internacionalidad* de la materia. En los acuerdos con la Santa Sede, sólo se encuentra internacionalidad en los sujetos que los suscriben, pero no en su materia obligacional ni en el ámbito territorial de la ejecución de las obligaciones.
- 12 A este respecto, cabe recordar cómo aún el mero hecho del establecimiento de relaciones diplomáticas entre los Estados Unidos de América la Santa Sede suscitó importantes cuestionamientos principistas cuando el primero decidió en 1984 nombrar a un Embajador ante la Santa Sede y establecer relaciones diplomáticas. En aquella oportunidad los opositores sostuvieron que 1) eso violaría

Sin embargo, aún con todo, consideramos que sería una exageración -parecida a la de Ferrer Ortiz al atribuir excesiva influencia a la presencia de referencias explícitas a los términos “laicidad” o “Estado laico” en un texto constitucional- el dictaminar que la mera existencia de acuerdos concordatarios entre un Estado y la Santa Sede pudiera ser un hecho suficiente para caracterizar como *confesional* la posición integral de un Estado ante el hecho religioso. Es, sin duda, un hecho influyente pero no absoluto: dependerá tanto del grado de subordinación del Estado a los intereses de la Iglesia católica que hallemos en su contenido material (el cual difiere de país a país como demuestra el análisis comparado)¹³ como de la ponderación de otros factores jurídico-institucionales y políticos del contexto.

Como hipótesis de gabinete, hasta podría darse el caso de Constituciones que explícitamente reconozcan el carácter laico del Estado mientras que sostienen acuerdos concordatarios con la Santa Sede (la propia doctrina de la “sana laicidad” lo permitiría). En este punto, los pragmatismos nacionales son ilimitados.

De otro lado, la llamada legislación “pacticia” se ha desarrollado también mediante acuerdos entre algunos Estados y ciertas confesiones religiosas. Los contenidos temáticos de dichos acuerdos principalmente giran en torno a la tutela del derecho de libertad religiosa, respeto de festividades sagradas y días de guardar, status de los ministros de culto, reconocimiento civil del matrimonio religioso, asistencia religiosa en hospitales, institutos castrenses y penitenciarios, régimen dietético, régimen inmobiliario de los lugares de culto, protección del patrimonio histórico, cultural y artístico, productos y actos rituales, servicio militar alternativo, enseñanza religiosa, régimen tributario especial y acceso a medios de comunicación. Así, en el caso español, el Estado ha celebrado Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI) y tras una difícil

la separación Iglesia-Estado pues el Vaticano suele intervenir en los asuntos internos de los Estados e involucrar en sus cuestiones religiosas a los Estados con los que entabla relaciones; 2) que tener relaciones diplomáticas con una Iglesia sería una práctica discriminatoria que cuestionaría el pluralismo religioso de la sociedad norteamericana; 3) que es ilusoria la práctica de diferenciar entre la cabeza eclesiástica y la estatal en el caso de la Santa Sede; 4) que dichas relaciones diplomáticas no tienen necesidad ni utilidad para los Estados Unidos; y 5) que -desde el Estado- se dañarían las pacíficas relaciones interreligiosas. *Vid.*, *Bright Candle of Courage*, Beach B. Beart, Pacific Press Pub. Assoc., 1989, Idaho, p.103-106.

13 *Acuerdos entre la Santa Sede y los Estados. Versión española de los textos*. Santos, José Luis y Corral Salvador, Carlos (Eds.). BAC, Madrid, 2006.

negociación en la que tuvo que unificar las posturas de dos órganos representativos paralelos, con la Comisión Islámica de España (CIE)¹⁴.

Hemos caracterizado anteriormente a tales Acuerdos como expresiones *neo-concordatarias* de relaciones Iglesia-Estado¹⁵, pues si bien es cierto dichos acuerdos no pueden equipararse ni en naturaleza (son de derecho público interno) ni en contenido (la amplitud de derechos y beneficios acordados son de menor extensión) a los Concordatos con la Santa Sede, sin embargo se modelan a imagen y semejanza de ellos. Un matiz ideológico interesante, empero, es que mientras la Santa Sede justifica la legitimidad de los Concordatos en las doctrinas teológicas de la *societas perfecta* y la *libertas ecclesiae*, las confesiones no católicas fundamentan sus acuerdos de cooperación en los derechos laicos constitucionales de la libertad e igualdad religiosa.

Dichos acuerdos se basan en regímenes especiales de “cultos reconocidos” por el Estado a través de la aprobación de leyes de libertad religiosa que disponen la creación de “registros de entidades religiosas”. No obstante, en sí mismo, este régimen de cultos reconocidos tampoco implica –por sí solo– una confirmación concluyente sobre la *pluriconfesionalidad* del Estado como lo muestra el caso de un Estado evidentemente laico (“laicista”, nos diría Ferrer Ortiz) como el mexicano, en el que existe un registro de cultos pero no con fines pacticios.

Una característica más decisiva acerca de la pluriconfesionalidad del Estado, tomando como indicador la existencia de estos acuerdos de colaboración, se encontraría en el financiamiento económico, tributario y patrimonial del Estado hacia dichas confesiones religiosas (posibilitados sobre la base de dicho régimen legal de cultos reconocidos), financiamiento que busca emular una vez más, el régimen de beneficios económicos pactados históricamente en los concordatos.¹⁶

14 Vid. *Estado y confesiones religiosas: Un nuevo modelo de relación (Los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992)*. Fernández-Coronado, Ana. Editorial Civitas S.A., 1995.

15 *Perú hacia un Estado pluriconfesional: el caso de la nueva ley de libertad religiosa*. Huaco, Marco. *Revista Del Centro De Investigación De La Universidad La Salle*, 9(36), 2011, págs. 93-109. Disponible en: <https://doi.org/10.26457/recein.v9i36.128>

16 Resta por discutir si esta pluriconfesionalidad del Estado se identifica en contenido con la “laicidad de colaboración” propuesta por Micheline Milot (“*La laïcité*”, Montreal, Novalis, 2008, p.46-65) y reiterada de manera más elaborada en su obra co-escrita con Jean Baubérot (“*Laïcités sans frontières*”, Paris, Seoul, 2010, p.113-116).

2.1. La laicidad, como principio informador, no se manifiesta solo en la Constitución sino también en la legislación

Junto con Ibán¹⁷, pensamos que es la legislación ordinaria el espacio en el que se determinan y definen los contornos reales y concretos de las opciones de política pública del Estado sobre el hecho religioso. Los principios constitucionales se encuentran manifestados en diferentes lugares del sistema jurídico encontrándose bien en el texto constitucional bien en la legislación infra-constitucional.

Ahora bien, más allá de la fuente pacticia, en la fuente “unilateral” encontramos también otros indicadores jurídico-institucionales que influyen en la caracterización sobre el carácter laico o confesional de un Estado, fuente expresada tanto en el texto constitucional como en la legislación infra-constitucional.

En el texto constitucional peruano, por ejemplo, se reconocen diversas libertades e instituciones plenamente independientes de dogmas y postulados religiosos, todas las cuales son manifestación tácita de la presencia y actuación del principio de laicidad en la Constitución peruana: el artículo 2º inciso 4, que reconoce las libertades de información, opinión y difusión del pensamiento sin censuras previas de tribunales eclesiásticos; el artículo 2º inciso 8, que reconoce las libertades de creación científica, artística y literaria, sin subordinarlas a licencia previa de cuerpos académicos eclesiásticos o a criterios teológicos; el artículo 4º, que establece el matrimonio civil así como las causales de separación y disolución y el artículo 5 que reconoce la unión de hecho, normas que contrarían la doctrina moral y derecho canónico de la Iglesia Católica; los artículos 13º y 18º que reconocen la libertad de enseñanza, sin necesidad de permiso previo de parte de cuerpos académicos eclesiásticos para ejercer la docencia o establecer centros educativos y de formación; el artículo 18º que señala que la educación universitaria tiene sus propios fines, los cuales ya no se definen como aquellos de una determinada religión; el artículo 43º que señala que el Estado peruano es

17 “Desde mi personal punto de vista –sostiene Ibán– el modelo jurídico-político vigente en un momento determinado no viene fijado –en el plano normativo– por la Constitución, sino que, en realidad, viene establecido por la legislación ordinaria. Pero sería engañarme el pensar que, en el hipotético supuesto de que mi tesis fuera acertada, todo se detiene en este punto. En realidad, el proceso se repite con iguales resultados en los siguientes escalones de la pirámide kelseniana. El modelo fijado por las leyes es concretado por normas de inferior rango y así se produce una redefinición, etc.”. IBÁN, Iván C. *Dos regulaciones de la Libertad Religiosa en España*. En: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona (1994), p.385.

democrático y que su forma de gobierno es republicana (no teocrática ni clerical); el artículo 45º que proclama que el poder del Estado emana del pueblo (no de Dios); el artículo 90º que señala que el Poder Legislativo reside en el Congreso de la República y el artículo 93º que recuerda que los Congresistas representan a la Nación (todo lo cual alude al origen laico del ejercicio del poder); el artículo 110º que señala que el Presidente personifica a la Nación (y no a alguna religión oficial) y el artículo 116º que dice que asume el cargo “ante el Congreso” (no ante alguna iglesia) y , el artículo 138º el cual reconoce que la potestad de administrar justicia emana del pueblo (no de Dios) y se ejerce por el Poder Judicial (y no por tribunales eclesiásticos).

Lo citado, son desarrollos históricos del principio de laicidad que actualmente han sido normalizados y ya pasan desapercibidos, pero que a nuestro juicio constituyen elementos sumamente importantes para caracterizar a un Estado como esencialmente laico.

Otras manifestaciones constitucionales relacionadas con el carácter confesional o laico de un Estado, las encontramos en las invocaciones religiosas de los Preámbulos,¹⁸ en la presencia de menciones o alusiones explícitas a la preponderancia de la iglesia Católica, en el financiamiento público directo y/o indirecto de actividades y personas de la iglesia, en normas sobre la enseñanza religiosa en escuelas públicas, la obligatoriedad de juramentos para asumir funciones públicas, etc., todas las cuales tendrán un diferente grado de influencia, ora simbólica, ora práctica.

Otra expresión de legislación “unilateral” con impacto en la laicidad del Estado, viene dada por la existencia o no, de *leyes de libertad religiosa* que numerosos Ordenamientos van promulgando para establecer y desarrollar derechos

18 Los Preámbulos juegan un rol, aunque muy simbólico, en la definición de las relaciones Iglesia-Estado. La funcionalidad simbólica de los Preámbulos constitucionales con referencias religiosas, consiste en basar el acto esencial, crucial y más importante de la fundación de una comunidad política nacional -como es el acto constituyente- en una legitimidad sagrada y de origen vertical, en lugar de en una legitimidad popular y horizontal, secular. La consecuencia política y jurídica de tal reconocimiento debería ser, en esta propuesta confesional, que siendo el Preámbulo el lugar de máxima concentración axiológica de la Constitución entonces todo el consiguiente ordenamiento jurídico debería tender a respetar esta inspiración suprema, lo que implicaría la configuración de una Nación creyente y un Estado creyente (y más concretamente, que es lo que realmente se busca en términos políticos, de un Estado católico...). Esta es la lógica de poder que en el fondo persiguen las invocaciones deístas en los Preámbulos de las Constituciones.

de libertad religiosa individuales y colectivos y regular las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, fundamentalmente las no católicas. Como afirma Ivan Ibán, “pocos serán los ordenamientos jurídicos que no reconozcan tal derecho [el de libertad religiosa] a sus súbditos; sin embargo, qué se entiende por libertad religiosa en cada uno de ellos varía de modo radical” por lo que “es claro que para encontrar un acabado esquema de límites y modos de ejercer ese derecho –en definitiva: de definir ese derecho- debemos acudir a la legislación ordinaria”¹⁹.

En este punto, tampoco la mera existencia de leyes de libertad religiosa determina la laicidad de un Estado siendo lo relevante el contenido material de dicha legislación en cada caso concreto: si se trata de una legislación restrictiva para las libertades religiosas o si se trata de una legislación promocional que desarrolla -en igualdad y equidad- el derecho de libertad religiosa y de conciencia para ciudadanos y confesiones religiosas.

Asuntos tales como la enumeración de principios informadores (cuántos y cuáles) de las relaciones Iglesia-Estado, si la ley especial es aplicable a todas las confesiones por igual o solamente a las minoritarias, el carácter promocional de derechos o controlador de confesiones de un eventual registro de entidades religiosas, la posibilidad de acuerdos entre Estado y confesiones minoritarias así como el posible contenido patrimonial de los mismos, la técnica restrictiva o amplia, positiva o negativa, para definir el concepto “fines religiosos”, la predominancia de los derechos religiosos individuales o colectivos, las condicionalidades para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las confesiones religiosas, etc.; son todos ellos dignos de análisis profundo y pormenorizado a fin de caracterizar de manera más profunda la posición de un determinado Estado ante el hecho religioso.

En suma, la existencia o no de una mención explícita a la “laicidad” o al “Estado laico” en el texto constitucional, no es en absoluto suficiente ni determinante para pronunciarnos sobre el carácter laico, laicista o confesional de un Estado, o para saber en qué medida lo es. Deberá atenderse a las otras fuentes

19 IBÁN, Iván C. *Dos regulaciones de la Libertad Religiosa en España*. En: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona (1994), p.385.

jurídicas de abordaje de las relaciones Iglesia-Estado: Acuerdos concordatarios, legislación y reglamentación administrativa sobre libertades religiosas.²⁰

2.2. La laicidad es un principio informador del entero ordenamiento jurídico, y no solo de las relaciones Iglesia-Estado

Ahora bien, el principio de laicidad en tanto principio informador, es un principio que permea todo el ordenamiento jurídico y no solamente proyecta su contenido sobre la configuración de las relaciones Iglesia-Estado en un determinado país.

Las batallas culturales (*kulturkampf*)²¹ contemporáneas no se circunscriben principalmente a la cuestión de las relaciones ideales entre el Estado y las confesiones religiosas en general ni tampoco a la cuestión de la relación general entre religión e institucionalidad estatal (mención y presencia de figuras y símbolos religiosos en espacios y documentos públicos, el creacionismo o Teoría del Diseño Inteligente en la escuela pública, etc.) sino que abarcan desde ya cierto tiempo una amplia gama de cuestiones de gran repercusión social.

La laicidad del Estado se pone en cuestión en el derecho civil (personas naturales), derecho de familia, derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la identidad personal, etc., debatiéndose arduamente su aplicación en materias vinculadas a matrimonio civil y causales de divorcio, así como los derechos sexuales y reproductivos y la bioética (aborto, objeción de conciencia, matrimonio de personas del mismo sexo, derechos de personas gay, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersex, eutanasia, técnicas de reproducción asistida, etc.).

Un análisis más complejo y multifacético del modo en que opera el principio de laicidad permeando todo el ordenamiento jurídico –y no solamente el

20 Abordamos en detalle dichas cuestiones desde una perspectiva comparada en *Los dilemas de la aplicación del principio de laicidad en Iberoamérica*. Huaco, Marco. En: Memorias del Primer Seminario Internacional Fomentando las Libertades Laicas, UNMSM, 2008, p.55-98.

21 El término “*kulturkampf*” lo recogemos de la experiencia histórica alemana de confrontación entre el gobierno bismarckiano y la Iglesia Católica Romana. En dicha “lucha cultural” se disputó la separación entre Iglesia y Estado en niveles extremadamente beligerantes y tuvo como protagonistas del conflicto al Papa Pío IX y al famoso Canciller de Hierro. La misma sirvió para establecer la separación entre la Iglesia y el Estado, liberar a la sociedad civil de la tutela eclesiástica y debilitar al partido político de centro [católico], el cual era considerado un enemigo interior dispuesto a aliarse con las potencias católicas Francia y Austria, principales enemigos del Imperio Alemán.

ámbito de las relaciones Iglesia-Estado- y un análisis comparado entre ordenamientos nacionales, nos permitiría advertir cuán próximo o alejado se encuentra un determinado Estado respecto de la laicidad.

Ello dejaría en claro, por ejemplo, cómo es que algunos Estados se manifiestan pragmáticos al optar por hacer convivir un modelo de pluriconfesionalidad –e incluso de *neo-concordatismo*- en materia de relaciones Iglesia-Estado mientras profundizan la laicidad de otras políticas públicas vinculadas a lo educativo, lo sanitario, lo familiar, etc. O bien, incluso en el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado, optando por favorecer las manifestaciones de la *confesionalidad formal*²² y de relativizar aquellas de la *confesionalidad sustancial*, dándosele mayor relevancia política a los aspectos sustanciales en desmedro de los formales o simbólicos: laicizándose los primeros y tolerándose la subsistencia de confesionalidad en los segundos.

2.3. La laicidad no se mide únicamente en función de indicadores jurídico-institucionales, sino también de indicadores de diferente naturaleza

356

Lo anteriormente expuesto, lleva a sostener entonces que la laicidad de un Estado admite diferentes manifestaciones y medidas que caracterizarían diferentes posiciones jurídicas ante el hecho religioso, y que ellas pueden determinarse

22 Por ejemplo, en Perú, los Decretos Supremos 100-2005-RE (que aprueba el Cuadro General y Regional de Precedencias Protocolares para actos y ceremonias estatales) y 096-2005-RE (que aprueba las normas del Ceremonial Estatal y Regional) establecen el orden de precedencia protocolar que determinados miembros del Clero de la Iglesia Católica peruana tienen respecto de otros funcionarios estatales. Así por ejemplo, el Cardenal ocupa el lugar No. 5 inmediatamente después de los Presidentes de los tres poderes del Estado y de los ex Presidentes de la República, pero antes de los Vicepresidentes de la República, del Presidente del Congreso, y de los Presidentes de los organismos autónomos (como el Tribunal Constitucional por ejemplo); el Presidente de la Conferencia Episcopal ocupa el lugar No. 15 antes del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y de los Comandantes del Ejército, de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea; los Arzobispos y Obispos ocupan el lugar No. 27 antes de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia, los Viceministros de Estado y los Embajadores del Servicio Diplomático; y así por el estilo. El segundo Decreto mencionado dispone que la Misa Solemne y Te Deum son considerados “ceremonias o actos oficiales”, que “la elevación del Santísimo” se honra con la ejecución de la Marcha de Banderas y la Presentación de Armas, que al fallecer un alto dignatario de la Nación se debe comunicar al Cardenal de la Iglesia Católica y sus restos mortales ser velados en la Basílica Metropolitana donde se oficiarán las exequias “con asistencia” de altas autoridades estatales, y que cuando el Cardenal visite oficialmente una Región le reciba y despida el Presidente de la Región acompañado por el Comandante de la Unidad Militar con la correspondiente guardia de honor y la llamada de honor del corneta, etc.

construyendo indicadores jurídico-institucionales para medir dicho grado de laicidad, lo cual también permitiría el arribar a valiosas conclusiones comparatistas.²³

La tarea de formular cuáles serían aquellos otros indicadores de laicidad independientes a los jurídicos-institucionales excede la finalidad de la presente contribución. Baste aquí, el apuntar que para caracterizar a un Estado como “*laico*”, “*laicista*” o “*confesional*” no es suficiente la inclusión de una escueta mención o frase en la Constitución sino la ponderación conjunta –cuantitativa y cualitativa– de una serie de manifestaciones presentes en el ordenamiento jurídico.

3. La insuficiencia de la doctrina de la “sana laicidad” o “laicidad positiva” para conceptualizar el principio de laicidad

Un asunto crucial en las tesis de Ferrer Ortiz respecto del principio de laicidad, es el relativo a la definición misma del principio.

Según nos asegura en otra parte de su argumentación,²⁴ la versión negativa, distorsionada y hasta pervertida de la laicidad, habría sido corregida por el Magisterio Pontificio católico romano mediante la doctrina de la “legítima sana laicidad del Estado”, devolviéndole su original “significado etimológico” y siendo recogida como una acertada doctrina inspiradora de la posición constitucional peruana ante el hecho religioso.

En ese entendido, el principio de laicidad “sano” y no “perverso”²⁵ debería siempre identificarse con la doctrina de la “laicidad positiva” o “sana laicidad” formulada por el Magisterio Pontificio 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”.²⁶

Al respecto, sostendremos en seguida que la doctrina de la “sana laicidad” constituye en realidad una re-edición moderna del ya superado principio de

23 Hemos avanzado parcialmente en la tarea de construir indicadores jurídico-institucionales en nuestro trabajo ya citado *Los dilemas de la aplicación del principio de laicidad en Iberoamérica*.

24 FERRER ORTIZ, p. 304-309.

25 *Idem*, p.306.

26 *Idem*, p.303.

confesionalidad del Estado, una variante de neo-confesionalidad estatal, alejada del principio de laicidad fundamentado en valores públicos, republicanos y pluralistas; y en segundo lugar, que es una doctrina a todas luces inadecuada e insuficiente para que la laicidad cumpla su rol de principio informador del ordenamiento jurídico.

3.1. La “sana laicidad” como doctrina neo-confesional del Estado

No buscamos ahondar en una historia de las concepciones sobre las relaciones entre la potestad temporal y la potestad espiritual que nos haría recorrer la teoría de las dos espadas²⁷, la *potestas directa in temporalibus*, la *potestas indirecta temporalibus*, etc., a fin de explicar el origen y sentido histórico del principio de confesionalidad del Estado. Solo nos interesa recordar que el considerar negativamente a la “laicidad” como sinónimo de “laicismo”, de una perniciosa separación Iglesia-Estado y como “Estado ateo”, enemigo de la religión católica, es ante todo una tesis de índole teológica católica preconiliar (anterior al Concilio Vaticano II) que no resulta novedosa.

358

Por ende, nos parece más acertado el encontrar en estas fuentes teológico-católicas la razón de la resistencia a incorporar el término “Estado laico” en los textos constitucionales, que en una presunta causalidad entre dicho término y la adopción de posturas “laicistas” -y habrá que ver a qué se denomina como tal- de los Estados. Veamos.

Difundida ampliamente la doctrina liberal y republicana, ésta fue minuciosamente comprendida -y abiertamente condenada- por el Papa Pío IX en la Encíclica *Quanta Cura* y su anexo, el *Syllabus complectens praecipuos nostrae aetatis*

27 Planteada por el papa Gelasio I quien defendió con mayor impacto histórico los fueros de la Iglesia Católica en línea con las posiciones teóricas de Ambrosio y de Agustín y formuló lo que se ha venido en llamar la famosa “doctrina de las dos espadas”. En una carta dirigida al emperador Anastasio en el año 494, sentó las bases de lo que la mayoría de autores denominan el *dualismo gelasiano*, advirtiéndole que “aunque tengas el primer lugar en dignidad sobre el género humano, sin embargo tienes que someterte fielmente a los que tienen a su cargo las cosas divinas y buscar en ellos los medios de tu salvación” agregando que “tú sabes que es tu deber en lo que pertenece a la recepción y administración de los sacramentos, obedecer a la autoridad religiosa en vez de dominarla”. La sociedad humana está regida por dos espadas o dos poderes, existiendo una bicefalía sustancial: la cabeza religiosa encarnada por el Obispo de Roma (*autorictas*) y la cabeza política encarnada por el emperador (*potestas*), cada cual con competencias sobre sus propios asuntos aunque éstos tengan que entrecruzarse las más de las veces y no correspondiendo el título de *pontifex maximus* al emperador sino al papa.

(Índice de los principales errores de nuestro siglo) ambas del 8 de diciembre de 1854, en la cual se indizaron una cantidad de “errores” y “herejías” de la ideología liberal, varias de las cuales hoy son consideradas premisas básicas de nuestro actual sistema de libertades y derechos fundamentales. Entre dichas herejías y errores morales, el Pontífice incluyó la doctrina civil de la libertad religiosa y de la —entonces llamada— separación Iglesia-Estado, condenándose a quien afirmara que:

“XV. Todo hombre es libre para abrazar y profesar la religión que guiado de la luz de la razón juzgare por verdadera.(...)”

LV. Es bien que la Iglesia sea separada del Estado y el Estado de la Iglesia. (...)”

LXXVII. En esta nuestra edad no conviene ya que la Religión católica sea tenida como la única religión del Estado, con exclusión de otros cualesquiera cultos. (...)”

LXXX. El Romano Pontífice puede y debe reconciliarse y transigir con el progreso, con el liberalismo y con la moderna civilización”.

Estas sentencias fueron censuradas como herejías y errores del “modernismo” liberal, y como observamos, condenaban algunos aspectos que hoy conforman o se relacionan con el contenido mínimo del principio de laicidad en cualquier República laica contemporánea que se precie de serlo: la libertad individual de religión y de conciencia, la separación orgánica de la Iglesia y el Estado, la aconfesionalidad del Estado y el pluralismo religioso.

Asimismo, en la Encíclica *Inmortale Dei* sobre la “constitución cristiana de los Estados” del 8 de noviembre de 1885, el Papa León XIII afirmó que la sociedad civil debe practicar un culto público y no puede, sin cometer un crimen, actuar como si Dios no existiese en absoluto o prescindir de la religión como si fuera algo extraño e inútil o aceptar una según el gusto personal. Declaró absurda la pretensión de quienes consideran que las leyes divinas deben regir la vida y conducta de los individuos pero no la de los Estados, lo cual permitiría alejarse de las leyes de Dios al legislar y gobernar la cosa pública, todo lo cual provoca la “perniciosa consecuencia de la separación de la Iglesia y el Estado”.

Dichas fuentes doctrinales eclesíásticas evidencian, pues, la antigua animadversión hacia lo que hoy es considerado naturalizadamente como “laicidad”, pero nombrada entonces bajo el término de “separación de la Iglesia y el Estado”.

Producida la separación Estado-Iglesia francesa en 1905, el Papa Pío X calificó a dicha separación como “tesis absolutamente falsa y un error absolutamente pernicioso” en la Carta Encíclica *Vehementer nos* del 16 de febrero de 1906. Posteriormente, el Papa Pío XI aceptaría de mal grado el nuevo estatuto de la Iglesia católica en Francia pero advirtiendo en la Encíclica *Maximam gravissimamque* de 18 de enero de 1924 que ello no implicaba la abolición de las condenas enunciadas por su predecesor pontificio ni mucho menos reconciliarse “con las leyes laicas”:

“Puesto que lo condenado por Pío X también lo condenamos Nosotros [el Papa]; y cada vez que por “laicidad” se entiende un sentimiento o intención contrarios a Dios y a la religión, Nosotros reprobamos totalmente esta “laicidad” y declaramos abiertamente que debe ser reprobada”.

Naturalmente, un “sentimiento o intención contrarios a Dios y a la religión” era susceptible de incluir por aquellos tiempos, por ejemplo, la aceptación del matrimonio civil o del divorcio, la escuela laica, la separación Iglesia-Estado o la libertad individual de no profesar ninguna creencia religiosa, conquistas del espíritu liberal de la época calificadas como sinónimo de “laicismo” hostil a la religión católica, como se declaró un año después en la Encíclica *Quas Primas* de 11 de diciembre de 1925 al sostenerse que “la peste de nuestra época es el llamado laicismo, con sus errores e iniciativas criminales” el cual debía ser enfrentado instaurándose en todos los países la fiesta de “Cristo Rey” para desagaviarlo y reconocer la soberanía divina sobre los Estados y las naciones.

Así entonces, lo que hoy valoramos como instituciones jurídicas básicas para un Estado democrático, ya en aquél entonces era calificado como “laicismo” hostil a la religión católica y un tipo de “laicidad” a ser condenada como perversa, de la misma manera en que hoy se califica como “laicismo” o “laicidad negativa” a nuevas expresiones de la autonomía del Estado y de la sociedad respecto de la iglesia católica (por ejemplo, tornar en voluntaria la asignatura de religión en las escuelas públicas o bien pluralizarla, suprimir símbolos católicos de edificios públicos, etc.).

En el periodo pre Concilio Vaticano II, la libertad religiosa, la laicidad y la confesionalidad católica del Estado eran considerados como valores incompatibles entre sí. No era concebible postular un Estado de confesionalidad católica que al mismo tiempo reconociera la laicidad o la libertad religiosa de los

ciudadanos no católicos, pues eran principios mutuamente excluyentes dado que “el error no podía tener derechos”. Promover la laicidad del Estado era promover el “Estado ateo”, promover la libertad religiosa era promover la “herejía”. Eran los tiempos de la llamada **confesionalidad doctrinal del Estado** en la que éste declara constitucionalmente que “cree” y “confiesa” determinadas creencias religiosas hegemónicas como únicas verdaderas, asumiendo el deber de su propagación y defensa oficiales, valora negativamente no sólo al ateísmo sino a cualquier creencia religiosa minoritaria, prohibiéndole incluso su ejercicio público.²⁸

Como observamos, en el ámbito del Magisterio Pontificio se resignifica la noción francesa de “laicidad” para reconducirla al concepto papal de “sana laicidad”, asimilando a la primera como “laicismo”, y descartando los términos “separación Iglesia-Estado” y “Estado laico”, lo cual efectivamente comparte Ferrer Ortiz al señalar que ni el término “Estado laico” ni el de “laicidad” deberían incluirse en ningún texto constitucional dado que ello demostraría la vena “laicista” (hostil a la religión) de un determinado Estado.

El mencionado concepto de “sana laicidad” o “laicidad positiva” en tanto noción esbozada en el discurso del 23 de marzo de 1958 del Papa Pío XII que alude a la existencia de “una legítima y sana laicidad del Estado”, encuentra una renovada vigencia gracias a la Declaración del Concilio Vaticano II “Dignitatis Humanae” que —nos parece— postula una neo-confesionalidad católica del Estado en el siguiente célebre párrafo:

“Si, consideradas las circunstancias peculiares de los pueblos, se da a una comunidad religiosa un especial reconocimiento civil en la ordenación jurídica de la sociedad, es necesario que a la vez se reconozca y respete el derecho a la libertad en materia religiosa a todos los ciudadanos y comunidades religiosas”²⁹.

28 *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de Conciencia y Laicidad*. Llamazares, Dionisio. Editorial Civitas, Madrid, 1997. Con el proceso de secularización dicha confesionalidad se trocaría paulatinamente en **confesionalidad histórico-sociológica**, fórmula mitigada de confesionalidad en la que el Estado como tal no cree ni confiesa, no se considera competente para declarar que una religión determinada sea verdadera y las otras falsas, pero sí privilegia a una religión por sobre las otras por razones históricas (contribución a la identidad nacional) y “sociológicas” (ser mayoría social). En el Perú, la prohibición de ejercicio público de otras religiones fue suprimida del texto constitucional recién en el año de 1915. Véase Money, Herbert. “*La Libertad Religiosa en el Perú. La Reforma del Art. 4º de la Constitución del Perú, 1915*”. CONEP, Lima, 1965.

29 *Declaración Dignitatis Humanae. Sobre la Libertad Religiosa*. Concilio Vaticano II. Documentos Completos. Ediciones Paulinas, Lima, 1988, p. 423.

El “*especial reconocimiento civil en la ordenación jurídica de la sociedad*” será una críptica alusión a aquellos Estados que sostienen Constituciones, legislaciones y políticas públicas en los que una determinada confesión religiosa tiene carácter preponderante u oficial. Se reitera entonces, el respaldo a diversas formas concretas de confesionalidad estatal pero con la novedad de que ellas no deberían suponer una vulneración del derecho de libertad religiosa de otras confesiones.

Comentando este número de la Declaración Dignitatis Humanae, el reconocido eclesiástico español Amadeo de Fuenmayor se preguntaba entonces si el Concilio Vaticano II habría terminado por consagrar posturas doctrinales contrarias al Estado confesional y propugnadoras del Estado laico, respondiendo a ello negativamente y explicando que más bien se trataba de “una nueva versión de la confesionalidad del Estado” la cual deriva de “la doble defensa que la Iglesia hace de su propia libertad, y de la libertad que, según ella, debe reconocerse en los ordenamientos civiles a todos los hombres y comunidades religiosas”³⁰.

Es decir que las nociones conciliares sobre relaciones Iglesia-Estado deberían entenderse a la luz de la tradicional doctrina de la *Libertas Ecclesiae* (Libertad de la Iglesia) y no en el marco de la doctrina civil o laica de la libertad religiosa.³¹

362

Así entonces: libertad religiosa sí, pero también confesionalidad estatal; ello será la fórmula magisterial católico romana a partir del Concilio Vaticano II. A ello se le seguirá denominando “sana laicidad” o “laicidad positiva”.

Aquella neo-confesionalidad católica del Estado postulada por el Concilio Vaticano II contendría una “confesionalidad formal” y una “confesionalidad

30 “...hay que decir también que el Concilio Vaticano II no ha consagrado las doctrinas de algunos pensadores católicos que, al defender la libertad religiosa, estimaron que era incompatible con el Estado confesional católico. El Concilio ha superado la aparente contradicción, y ha dejado establecida la compatibilidad de un régimen de libertad religiosa con la confesionalidad católica o no católica del Estado”. *La libertad religiosa*. De Fuenmayor, Amadeo. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pág. 47, 123 y ss.

31 La *Libertas Ecclesiae* hace énfasis en la libertad de la Iglesia y no en la del Estado, e implica que la Iglesia debe tener plena independencia y autonomía respecto de intervencionismos estatales tanto respecto a sus asuntos eclesiásticos como al cumplimiento de su misión, pero sin que eso implique que el Estado se comporte de manera indiferente sino todo lo contrario: que además de respetar su independencia colaborará obligatoriamente con ella para realizar tanto sus fines sociales como los propiamente religiosos (enseñanza de la religión, sostenimiento del personal eclesiástico, expansión de la infraestructura religiosa, etc.).

sustancial”³². Por la primera, sería deber del Estado y/o de la Nación el profesar públicamente la “religión verdadera” (o sea la católica) mediante declaraciones de catolicidad oficial expresadas en preámbulos y normas constitucionales, en acuerdos concordatarios, en símbolos religiosos públicos, paces y honores a personas e íconos católicos como parte del ceremonial del Estado, etc. En virtud de la segunda (la confesionalidad sustancial), las estructuras jurídicas y políticas (valores, legislación, instituciones, políticas públicas, jurisprudencia) deberán inspirarse plenamente en las enseñanzas morales del Magisterio papal acerca del derecho natural.

Visto de esta manera, el Concilio admitiría como idóneo que los Estados ostentaran ambas confesionalidades (sustancial y formal), sin perjuicio de garantizar la libertad religiosa de otras confesiones, o a lo menos que los Estados respetan una indispensable “confesionalidad sustancial” aunque la “confesionalidad formal” pueda verse disminuida o no exista.

Al comentar positivamente las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que declaran compatibles íconos y símbolos cristianos y católicos con el principio de laicidad, Ferrer Ortiz parece adherirse a la posición Conciliar de combinar la confesionalidad formal y sustancial con el respeto de la libertad religiosa, posición que otro sector de la doctrina eclesiasticista —a la cual adherimos— no admite como compatible con el contenido mínimo del principio de laicidad (que más adelante especificaremos) en el marco de una democracia republicana respetuosa del principio de igualdad y la no discriminación.

Otro aspecto conceptual de “la legítima y sana laicidad del Estado” (en expresión original del Papa Pío XII) que no puede ser soslayado, se basa en postular una “justa autonomía de las realidades terrenas” que permita ir descubriendo la voluntad de Dios en los asuntos terrenales dado que “las cosas y las sociedades tienen sus propias leyes y su propio valor, y que el hombre pueda ir conociendo, empleando y sistematizando paulatinamente”³³. En términos políticos, la implicancia de esta doctrina religiosa es que la Iglesia Católica no es la responsable ante Dios del gobierno directo de la sociedad (la medievalmente llamada *potestas*

32 DE FUENMAYOR, Amadeo. Ídem, p. 123.

33 *Constitución Pastoral Gaudium et Spes. Sobre la Iglesia en el mundo de hoy*. Concilio Vaticano II. Documentos Completos. Ediciones Paulinas, Lima, 1988, p.162.

directa in temporalibus) pues sería una materia “profana” y “laica” ajena a su misión sobrenatural, sino mas bien su misión sería orientar a la sociedad y a los Estados en relación a Dios y la ley moral verdadera, los cuales deben obedecer fielmente sus preceptos (una suerte de *potestas indirecta in temporalibus*). Dicha misión es lo que constituye el sentido de la *Libertas Ecclesiae*.

Es decir, la teología católico romana afirma la necesidad de la autonomía humana en los asuntos temporales como medio para descubrir el designio sobrenatural divino tácito en ellos, por lo cual es deseable la “autonomía e independencia” entre la Iglesia y el Estado:

“La Iglesia, que en razón de su función y competencia no se confunde en modo alguno con la comunidad política y no está ligada con sistema político alguno, es a la vez señal y salvaguardia del carácter trascendente de la persona humana.

La comunidad política y la Iglesia son, en sus propios campos, independientes y autónomas la una respecto de la otra. Pero las dos, aún con diverso título, están al servicio de la vocación personal y social de los mismos hombres. Este servicio lo prestarán con tanta mayor eficacia cuanto ambas sociedades mantengan entre sí una sana y mejor colaboración”³⁴.

364

Como puede observarse, según *Gaudium et Spes*, “la independencia y autonomía” entre Iglesia y Estado (no el “Estado laico”) y la “sana colaboración” entre ambas, salvaguardarían el “carácter trascendente de la persona humana”. Dicha “independencia y autonomía” entre Iglesia y Estado serían necesarias pero sin llegar al punto de desconocer la confesionalidad sustancial del Estado (aludida en *Dignitatis Humanae* como “especial reconocimiento civil en la ordenación jurídica de la sociedad”) siendo dicho “especial reconocimiento” necesario para garantizar la *Libertas Ecclesiae*.

Asimismo, se afirma, si bien el Estado es independiente de la Iglesia Católica no debería declararse “independiente” del orden moral de Dios. Lo sostiene así *Gaudium et Spes*, al criticar tácitamente la pretensión de que un Estado laico fundamente sus valores en referencias no religiosas, cuestionando a aquellos que creen que:

34 Ídem, p.163 (enfáticos nuestros).

“...la realidad creada no depende de Dios y que el hombre puede disponer de todo sin referencia al Creador; no hay ni uno solo de los que admiten la existencia de Dios que no vea la falsedad envuelta en tales palabras”³⁵.

Por cierto, esto coincide con la posición de aquellos que adhieren a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que defiende y garantiza el derecho de libertad religiosa pero al mismo tiempo admite como constitucional la instauración estatal de símbolos religiosos católicos en espacios públicos (la “confesionalidad formal” del Estado según Amadeo de Fuenmayor).

Recordando dichas concepciones, contemporáneamente el Papa Benedicto XVI expuso claramente las dimensiones de la doctrina de la “sana laicidad” en un discurso que dirigiera el 9 de diciembre de 2006 ante el 56vo. Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos:

“Todos los creyentes, y de modo especial los creyentes en Cristo, tienen el deber de contribuir a elaborar un concepto de laicidad que, por una parte, reconozca a Dios y a su ley moral, a Cristo y a su Iglesia, el lugar que les corresponde en la vida humana, individual y social, y que, por otra, afirme y respete “la legítima autonomía de las realidades terrenas (...)”.

“(...) la base doctrinal de la “sana laicidad”, ... implica que las realidades terrenas ciertamente gozan de una autonomía efectiva de la esfera eclesiástica, pero no del orden moral”.

35 Ídem, p.163 (enfaticado nuestro). En esa línea, la Congregación para la Doctrina de la Fe presidida por un entonces Cardenal Joseph Ratzinger publicó el 24 de noviembre de 2002 un documento titulado “Nota doctrinal sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y la conducta de los católicos en la vida política” por el cual busca sujetar la actuación legislativa de los parlamentarios católicos a las orientaciones eclesiásticas y se censuraba directamente el aborto terapéutico, el divorcio civil, la eutanasia y el matrimonio homosexual. Allí se afirma que “la conciencia cristiana bien formada no permite a nadie favorecer con el propio voto la realización de un programa político o la aprobación de una ley particular que contengan propuestas alternativas o contrarias a los contenidos fundamentales de la fe y la moral. Ya que las verdades de fe constituyen una unidad inseparable, no es lógico el aislamiento de uno solo de sus contenidos en detrimento de la totalidad de la doctrina católica”. Sobre la “laicidad” explica que “indica en primer lugar la actitud de quien respeta las verdades que emanan del conocimiento natural sobre el hombre que vive en sociedad, aunque tales verdades sean enseñadas al mismo tiempo por una religión específica, pues la verdad es una. Sería un error confundir la justa autonomía que los católicos deben asumir en política, con la reivindicación de un principio que prescindiera de la enseñanza moral y social de la Iglesia”.

“Por otra parte, la “sana laicidad” 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”.

“A la luz de estas consideraciones, ciertamente no es expresión de 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. En efecto, 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”.

366

Entendiendo entonces que la doctrina eclesiástica de la “sana laicidad” propugna la “independencia y autonomía” entre Iglesia y Estado pero no la independencia del Estado respecto de las creencias y valores morales católicos (postulados como “naturales” o “universales”, ciertamente...), es que hemos sostenido hace una década³⁶ que la Constitución peruana inspira su posición **sobre las relaciones Iglesia-Estado** más en la doctrina pontificia de la “sana laicidad” y en la doctrina de Dignitatis Humanae y Gaudium et Spes, formuladas a partir de la *libertas ecclesiae*, antes que en una formulación laica del principio de laicidad (lo cual, desde luego, nos parece cuestionable).³⁷ Pragmáticamente, sin embargo, la Constitución y el Estado peruanos se basarán en una versión laica y *tácita*

36 HUACO, Marco. *Perú: ¿confesionalidad o laicidad del Estado?* En: Anuario de Ciencias de la Religión, UNMSM, 2011, pág. 337.

37 Idéntica posición, aunque desde otra orilla ideológica, la sostiene Andrés Carpio Sardón al afirmar que “en el Perú nunca se ha dado, propiamente, una separación entre la Iglesia y el Estado (...) El Acuerdo, continuando con esa tradición histórica, consagrará una relación especial entre la Iglesia Católica

del principio constitucional de laicidad, alejada de la “sana laicidad” pontificia que preside las relaciones Iglesias-Estado, para legislar y gestionar otras políticas públicas como la poblacional, la sexual y reproductiva, la educativa, etc.

La inspiración conciliar del texto constitucional que señalamos en su momento, a saber que, la posición de la Constitución peruana en su artículo 50° es sustancialmente idéntica a la expresada en el artículo 1° del Acuerdo concordatario entre el Perú y la Santa Sede, también la observa Ferrer Ortiz³⁸. Veamos:

Artículo 1° del acuerdo Perú-Santa Sede	Artículo 50° de la Constitución Peruana
“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.”	“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.”

367

Como se aprecia, hay una dependencia textual entre ambas normas en las que se alude a la “independencia y autonomía” de la Iglesia católica, el Estado efectúa un “reconocimiento especial” a favor de dicha Iglesia, se establece el deber de cooperación con ella, y en ningún caso se introduce el término “laicidad” o “Estado laico”; elementos todos los cuales caracterizan plenamente a la doctrina sobre relaciones Iglesia-Estado de *Dignitatis Humanae* y *Gaudium et Spes*, y que, Ferrer Ortiz presenta y defiende en su artículo como la concepción jurídica más acertada acerca del principio de laicidad.

Lo expuesto hasta aquí demuestra que la doctrina de la “sana laicidad” o “laicidad positiva” de origen teológico católico-romano se dirige a sustentar una versión neo-confesional del Estado en la que Iglesia Católica y Estado coexistan como entidades independientes y autónomas la una de la otra, pero en la que el Estado no sea independiente del “orden moral” propugnado por dicha Iglesia sino que debe seguirle (“confesionalidad sustancial”), en la que la Iglesia Católica

y el Estado (...). Es la declaración formal de la libertas ecclesiae. Carpio Sardón, Andrés. *La Libertad Religiosa en el Perú*, Universidad de Piura, 1999, p. 305-306.

38 Véase la nota No. 41 en la página 311 del artículo de Ferrer Ortiz.

es beneficiaria de colaboración estatal (rezagos supérstites del antiguo Patronato virreynal), recibe una consideración y trato especial del Estado (“confesionalidad formal”) y éste a su vez también respeta la libertad religiosa de otras comunidades religiosas.

Nuestra discrepancia con Ferrer Ortiz, radica precisamente en que él presenta la “sana laicidad” como una doctrina que nos devuelve al sentido original de la laicidad cuando en realidad supone una resignificación eclesiástica -en toda la línea- de una doctrina históricamente de naturaleza laica y republicana; una doctrina religiosa de la laicidad que busca oponerse a la doctrina laica de la laicidad, no para devolverle un presunto sentido original sino para sustituirla, una doctrina que lejos de fortalecer el principio de laicidad lo reduce tanto en contenido material como en alcance informador.

Por lo tanto, nos parece que la reluctancia a aceptar el término “Estado laico” o “laicidad” en los textos constitucionales, se fundamentaría más en la desconfianza hacia el proceso de secularización de la sociedad y laicización del Estado, que en supuestos vínculos causales entre la mención explícita de dichos términos y la postura “laicista” de un determinado Estado.

368

Corresponderá ahora analizar si dicha doctrina alternativa, independientemente de su origen eclesiástico, aporta una concepción sólida e integral del principio de laicidad pluralista, en una sociedad democrática y republicana. O si, por el contrario, precisamente su formulación doctrinal de inspiración católica es un obstáculo para ello.

3.2. La insuficiencia de la “sana laicidad” para dar cuenta integral del principio constitucional de laicidad

La doctrina católica de la “sana laicidad” plantea un régimen de reconocimiento de la necesaria “separación Iglesia-Estado” entendida como una diferenciación orgánica entre ambas y de necesaria autonomía en sus respectivas finalidades y funciones; de la necesidad de una obediencia moral-religiosa del Estado en su legislación, políticas públicas y decisiones judiciales; con derecho a tratos especiales del Estado hacia la Iglesia; de colaboración obligatoria del Estado hacia ella, y finalmente, de respeto a la libertad religiosa de las demás comunidades.

Sin embargo, a diferencia de ella, hay otras propuestas que configuran el contenido del principio de laicidad que evitan hacer ciencia jurídica a partir de

inspiraciones religiosas y coinciden en afirmar que la laicidad es un principio constitucional de carácter informador, presente de manera transversal en el ordenamiento jurídico, en los diferentes sectores de la política pública nacional y en los diferentes niveles de Gobierno.

La laicidad constituye el resumen de las opciones políticas, ideológicas o morales que sobre el fenómeno religioso se plantea nuestro ordenamiento a fin de servir como “horizonte teleológico” hacia el cual debe orientarse la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Es además la expresión histórico jurídica que la trayectoria ético-política de una nación ha proyectado en torno al hecho religioso así como de los ideales o aspiraciones hacia los cuales desea tender de manera colectiva. Así se explica que el principio de confesionalidad estatal esté siendo progresivamente removido como principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico y siendo reemplazado por el principio de laicidad, como producto del proceso histórico de secularización y de modernización del Estado así como de la preponderancia contemporánea de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En cuanto principio, la laicidad es una norma que integra, interpreta e informa (fundamenta) el proceso de creación-aplicación-interpretación del derecho, no prescribe conductas individuales de manera directa ni atribuye derechos subjetivos sino que se proyecta sobre el quehacer del Estado configurándolo mediante mandatos de optimización, así como condicionando la organización y funcionamiento de sus órganos jurídicos. Su carácter de principio informador le viene a partir de que es una concreción de los valores superiores de nuestro sistema jurídico y -en algunos casos- de los principios fundamentales de la Constitución, es decir que proviene de un sistema axiológico común que se proyecta sobre el ordenamiento.³⁹

39 Como nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado: “Los fundamentos axiológicos de la Constitución –cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de la comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales. En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro ordenamiento constitucional” (STC No. 008-2003-AI/TC, publicada el 14 de noviembre de 2003 en el diario oficial *El Peruano*).

Pero si bien es cierto la laicidad en tanto principio informador se obtiene a partir del depósito ético, moral e ideológico de la sociedad y se proyecta sobre el hecho religioso, ella misma no puede ser “religiosa” aunque la sociedad lo sea de manera predominante pues -como anota Satorras- “aunque estemos hablando de principios que inspirarán las relaciones del Estado con el factor religioso, nunca hay que equipararlos a los valores que priman en la sociedad...; los principios informadores nunca podrán ser religiosos sino civiles”, es decir, “no plasman la concepción religiosa del pueblo, sino de la regulación que se tiene que dar al hecho religioso”⁴⁰.

Con Prieto Sanchis,⁴¹ afirmamos que los elementos esenciales de dicho principio son los siguientes:

- a) La llamada “separación Iglesia-Estado” que consiste en una separación orgánica e institucional, así como una autonomía administrativa recíproca entre agrupaciones religiosas y Estado (o dicho en términos de la Constitución peruana de 1993, “un régimen de independencia y autonomía” mutuas)⁴².
- b) El fundamento laico o secular (no *secularista*⁴³ ni *laicista*) de la legitimidad de los fines y valores últimos del Estado y del Gobierno⁴⁴.

40 SATORRAS FIORETTI, Rosa María. *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*. José María Bosch. Editor, Barcelona, 2000, p.63.

41 IBÁN, Iván C. y Prieto Sanchis, Luis. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 130.

42 La laicidad se distingue de la “separación Iglesia-Estado” la cual es uno de sus elementos pero no agota toda su definición en ella ya que podría existir separación orgánica entre Iglesia-Estado (es decir, mutua autonomía e independencia institucionales) sin que haya laicidad, lo que puede suceder cuando ambas entidades son independientes pero responden a los mismos valores religiosos como sucedía en muchos Estados republicanos latinoamericanos hasta comienzos del siglo XX que prohibían el ejercicio de toda religión que no fuera católica y tenían “religión oficial” aunque formalmente la administración pública y la eclesiástica estuvieran “separadas”.

43 Cuando aludimos a “*secularidad*” de los fundamentos deontológicos, ontológicos y normativos del Estado, no queremos decir con ello que los aportes religiosos estén excluidos ni sean totalmente ajenos a la conformación de tales fundamentos, sino que -con el advenimiento del pluralismo- la definición de éstos ya no dependen única y exclusivamente de legitimidades religiosas -y menos eclesiásticas- para ser construidos, interpretados y desarrollados sino que se suman a todos los existentes en la cultura e inclusive se llegan a secularizar y es sólo desde ese proceso que aportan a la determinación de los valores públicos, que son laicos.

44 Tampoco basta la separación para definir a un Estado laico. Es necesario que el Estado se fundamente en un principio secular de gobierno (en el sentido de *no religioso*) que de este modo pueda convocar e incluir sin discriminación a todos los miembros del Contrato Social en los que se origina dicho Estado. En esa línea es que la Constitución Peruana declara que la soberanía popular es el origen de las potestades públicas y no un orden sagrado superior, con lo que se dice que su legitimidad

- c) La inspiración laica o secular de la legislación y políticas públicas⁴⁵.
- d) La neutralidad o imparcialidad valorativa ante las diferentes cosmovisiones ideológicas, filosóficas y religiosas existentes en la sociedad (neutralidad que no significa *vaciedad valorativa*, sino *imparcialidad* hacia las diferentes creencias)⁴⁶, y
- e) La inconcurrencia del Estado en manifestaciones de fe o convicción ideológica junto con los individuos⁴⁷.

A nuestro juicio,⁴⁸ estos son los estándares mínimos del principio constitucional de laicidad, que hacen posible sustentar el carácter autónomo de dicho principio respecto de otras libertades y conceptos afines pero distinguibles.

es secular, no religiosa, que se ejerce el poder en nombre del pueblo y no de Dios, más allá de las convicciones religiosas que pueda tener dicho pueblo. Los representantes populares son elegidos por el voto popular y no por alguna elección eclesiástica. Por ello el fundamento del principio de laicidad se encuentra en el principio de la soberanía popular, legitimidad secular que le da origen.

- 45 Los valores y fines del Estado republicano se encuentran muy bien identificados constitucionalmente y se fundan, nuevamente, en principios éticos seculares que sin duda alguna en algún momento histórico pueden haber tenido un origen de fuente teológica, pero que contemporáneamente son justificados filosóficamente en argumentaciones seculares. Tal es el caso del fundamento de los derechos humanos el cual es la *dignidad humana*, fundamento secular que no se pronuncia sobre el origen de dicha dignidad, si inherente u otorgada por alguna divinidad. Asimismo, el fundamento secular de los valores públicos no excluye la recepción de influencias de las más variadas fuentes, entre ellas las religiosas.
- 46 La laicidad también comporta imparcialidad ante ideologías y religiones, en el sentido de no competirle al Estado el adoptar una valoración positiva o negativa sobre ellas a fin de no incurrir en discriminación en perjuicio de los administrados. Sin embargo, que el Estado laico sea imparcial ante los valores y creencias religiosas no significa que esté vaciado de valores éticos: el Estado constitucional es promotor de ciertos valores constitucionales que le vienen dados por la sociedad de la que es expresión. Dichos valores públicos no necesariamente son directo reflejo de los valores religiosos de los ciudadanos y ciudadanas pues entonces ya no podrían ser compartidos por todos ni ser base para la coexistencia pacífica y armoniosa de los diferentes credos existentes en la sociedad. El Estado laico persigue la consecución de ciertos valores públicos pero es imparcial ante los valores particulares.
- 47 Finalmente, que el Estado sea laico implica también que éste no puede concurrir en manifestaciones de fe o de convicción ideológica junto con los ciudadanos y ciudadanas, pues de ese modo en su práctica estaría violando su propia neutralidad e imparcialidad valorativa ante los diversos credos que debe respetar -y en ocasiones regular- mediante sus políticas públicas. Por ello, aunque se trate de una respetable tradición republicana, las ceremonias religiosas a las que asisten diferentes autoridades públicas y representantes populares en su calidad de autoridades (que son tales en nombre de todos y no solo de una parte de la población aunque sea mayoritaria), son una práctica que deslegitima simbólicamente a la propia soberanía popular y a la democracia.
- 48 HUACO, Marco. *Relaciones Iglesia-Estado en Perú: entre el Estado pluriconfesional y el Estado laico*. En: Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo. (Blancarte R., Comp.). El Colegio de México A.C., México D.F.2008.

Y desde luego, esta definición del contenido del principio de laicidad no puede sino diferir grandemente de la doctrina pontificia de la “sana laicidad”. Ello lo podemos observar luego de un detenido análisis de los contenidos de algunos acuerdos concordatarios entre la Santa Sede y Estados de tradición jurídica semejante a la nuestra, acuerdos que son la expresión contractual acabada y consecuente de la teología católica sobre la *societas juridica perfecta*⁴⁹ y la *libertas ecclesiae*.

En los acuerdos celebrados con Argentina,⁵⁰ España,⁵¹ Perú⁵² y Colombia,⁵³ por ejemplo, observamos que la Iglesia Católica hace intervenir a los Estados en

- 49 *Vid. Sentido teológico y jurídico de la aplicación a la Iglesia del concepto de Sociedad Jurídicamente Perfecta en relación al Estado*. Ghirlanda, Gianfranco. Actas del Congreso Latinoamericano de Libertad Religiosa, PUCP, 1999, pág.41-54. Dicha doctrina postula a la Iglesia Católica Romana como una sociedad autosuficiente, independiente y originaria cuya procedencia es divina y coexiste en igualdad y paridad respecto del Estado o de cualquier comunidad política de origen humano, coincidiendo el gobierno y la jurisdicción sobre los mismos súbditos sólo que respecto de materias diferenciadas: una temporal y la otra espiritual. En virtud de ello, la Iglesia Católica siempre consideró imprescindible no sólo el auto-reconocerse y exigir el reconocimiento externo de comunidad religiosa (“Iglesia”) con poder espiritual, sino también el de ostentar poder temporal en tanto y cuanto siempre exigió ser reconocida como un Estado (con los paréntesis históricos conocidos).
- 50 Acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede *sobre jurisdicción castrense y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas* de 28 de junio de 1957; Acuerdo por Canje de Notas sobre modificación del Acuerdo de 1957 *sobre la jurisdicción castrense y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas* de 21 de abril de 1992; Acuerdo (general) entre la Santa Sede y la República Argentina de 10 de octubre de 1966.
- 51 Convenio entre la Santa Sede y el Estado español *sobre reconocimiento a efectos civiles, de estudios de ciencias no eclesiásticas en universidades de la Iglesia*, de 5 de abril de 1962; Acuerdo básico entre la Santa Sede y España de 28 de julio de 1976; Acuerdo entre España y la Santa Sede *sobre asuntos jurídicos* de 3 de enero de 1979; Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede *sobre enseñanza y asuntos culturales* de 3 de enero de 1979; Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede *sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas* de 3 de enero de 1979; Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede *sobre asuntos económicos* de 3 de enero de 1979; Acuerdo entre el Reino de España y la Santa Sede *sobre asuntos de interés común en Tierra Santa* de 21 de diciembre de 1994.
- 52 Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú *sobre cuestiones de interés común* de 19 de julio de 1980.
- 53 Concordato entre la Santa Sede y la República de Colombia de 12 de julio de 1973; Cambio de Notas de 17 y 18 de julio de 1974 *sobre revisión y eventual modificación del Concordato de julio de 12 de julio 1973* a los diez años de la fecha de ratificación del mismo; Declaración de 2 de julio de 1975, en el momento de canje de ratificación del Concordato de 12 de julio de 1973; Cambio de Notas de 2 de julio de 1985, a los diez años de ratificación del Concordato de 1973, *sobre matrimonio canónico: Privilegio de la Fe; y causas de separación*; Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Colombia *sobre modificación del Concordato de 12 julio 1973* de 20 de noviembre de 1992. Cabe precisar que la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 de Colombia puso en debate la constitucionalidad de la mayoría de los artículos del Concordato de

la creación, modificación y supresión de circunscripciones eclesiásticas (diócesis y parroquias)⁵⁴, en nombramientos episcopales⁵⁵, capellanías y fundaciones eclesiásticas, así como en el reconocimiento de su fuero judicial canónico⁵⁶. El procedimiento tradicional para ello consiste en que la Santa Sede ejerza casi irrestrictamente su derecho en organizar tales cuestiones y luego las comunique al Estado para que éste pueda presentar observaciones o tome nota de los cambios efectuados “para los correspondientes efectos civiles” los cuales consisten principalmente en implementar ordenadamente la financiación directa o indirecta a las personas, bienes y actividades eclesiales.

1973, tema que fue objeto de la histórica sentencia No. C-027/93 de 05 de febrero de 1993 de la Corte Constitucional que de manera polémica —pero bastante rigurosa y consecuente como puede constatarse de una lectura de la misma— falló por la *inconstitucionalidad sobreviniente* de la mayoría de disposiciones de dicho tratado internacional: en el artículo VI sobre la promoción del catolicismo en medio de las etnias indígenas como violatoria de la libertad de cultos y de la igualdad de las confesiones; artículo VII sobre incompetencia del fuero eclesiástico en materia matrimonial; artículo VIII sobre incompetencia del tribunal eclesiástico sobre causas legales de separación de cuerpos; artículo XI sobre vulneración de la igualdad al concederse auxilios económicos estatales al sostenimiento de planteles católicos; artículo XIII sobre la promoción del catolicismo en zonas paupérrimas como violatoria de la igualdad de las confesiones; artículos XIV y XV sobre injerencias del Presidente de la República en la creación de circunscripciones eclesiásticas y nombramiento del Arzobispo las que se consideran violatorias de la igualdad y de la independencia de Iglesia y Estado; artículo XV sobre atención espiritual del personal militar por violatoria de la libertad de cultos de los militares y de la no discriminación; artículos XIX y XX que concedían inmunidad penal para los obispos por violatoria de la soberanía estatal y de la igualdad religiosa; artículo XXIV sobre exenciones tributarias; artículo XXII sobre incompetencia de la Iglesia Católica para tipificar e imponer penas o conductas no establecidas como tales por la ley penal colombiana y el artículo XXXVI que establecía el deber de reglamentar la contribución estatal para la creación de nuevas diócesis católicas. Hasta la fecha el Concordato sigue aplicándose a pesar de la sentencia constitucional asumiéndose que ella sólo declara la inconstitucionalidad del concordato pero que no lo deroga efectivamente por ser un tratado bilateral.

- 54 Acuerdo de 1957 (Argentina): Artículo I, Artículo II y Artículo III; Acuerdo de 1966 (Argentina): Artículo II; Concordato de 1973 (Colombia): Artículo XV y Artículo XVI; Acuerdo de 1979 sobre Asuntos Jurídicos (España): Artículo I numeral 2; Acuerdo de 1980 (Perú): Artículo V y Artículo VI.
- 55 Acuerdo de 1957 (Argentina): Artículo IV; Acuerdo de 1966 (Argentina): Artículo III y Artículo VI; lo estipulaba así el Concordato de 1973 (Colombia) en su Artículo XIV **pero fue objeto de modificación** en el Acuerdo de 1973; Acuerdo Básico de 1979 (España): Artículo I numeral 2; Acuerdo de 1979 sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas (España): Artículo III; Acuerdo de 1980 (Perú): Artículo VII y Artículo XV.
- 56 Concordato de 1973 (Colombia): Artículo III, Artículo XXI y Artículo XXII; Acuerdo Básico de 1979 (España): Artículo II numeral 4; Anexo I del Acuerdo de 1979 sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas (España): Artículo IV.

Los acuerdos con ella también instauran procedimientos judiciales especiales para el clero distintos a los aplicados sobre el resto de ciudadanos⁵⁷, se equipara la función judicial eclesiástica a la función judicial estatal⁵⁸ y se establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales eclesiásticos para juzgar delitos sancionados por las leyes del Estado que fueran cometidos por miembros del clero y religiosos.⁵⁹

En el campo de la financiación directa, la colaboración recibida del Estado por la Iglesia Católica es significativa y adquiere la forma de asignaciones mensuales para personal eclesiástico inafectas a impuestos actuales y futuros que además no tienen carácter de sueldos o salarios⁶⁰ y beneficios jubilatorios sin haber previamente aportado al sistema de Seguridad Social⁶¹, así como la dotación de

57 Acuerdo de 1957 (Argentina): Artículo IX primer párrafo; Concordato de 1973 (Colombia): Artículo XX; Acuerdo Básico de 1979 (España): Artículo II numeral 2. *Vid.* en el Apéndice (partes resaltadas y subrayadas).

58 Concordato de 1973 (Colombia): Artículo XXII; *Vid.* en el Apéndice (partes resaltadas y subrayadas).

59 Así lo establecía el antiguo tenor del Artículo XIX del Concordato de 1973 (Colombia) que asombrosamente decía: *“Continuarán deferidas a los Tribunales del Estado las causas civiles de los clérigos y religiosos y las que se refieren a la propiedad y derechos temporales de las personas jurídicas eclesiásticas, como también los procesos penales contra aquéllos por contravenciones y delitos sancionados por las leyes de la República. Se exceptúan, sin embargo, los procesos penales contra los obispos y quienes están asimilados a éstos en el derecho eclesiástico, que son de competencia exclusiva de la Sede Apostólica”*. Este artículo fue modificado por el Acuerdo de 1992 ante su cuestionamiento constitucional.

60 En Argentina dichos beneficios no se establecen por Concordatos sino por la Ley 21.540 establece que “Los Arzobispos y Obispos con jurisdicción sobre Arquidiócesis, Diócesis, Prelaturas o Exarcados del Culto Católico, Apostólico, Romano, y el Vicario Castrense para las Fuerzas Armadas, que cesen en dichos cargos por razones de edad o de invalidez, gozarán de una asignación mensual y vitalicia equivalente al setenta por ciento (70%) de la remuneración fijada al cargo de Juez Nacional de Primera Instancia en el Presupuesto General de la Administración Pública Nacional” y la Ley 22.162 establece que “Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a otorgar a los curas párrocos o vicarios ecónomos de parroquias situadas en Zonas de Frontera, determinadas de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 18.575, o de aquéllas ubicadas en otras zonas que, por sus características, también requieran la promoción de su desarrollo, una asignación mensual, para el sostenimiento del Culto Católico Apostólico Romano, equivalente a la que corresponda a la categoría 16 del Escalafón del Personal Civil de la Administración Pública Nacional”. Lo mismo acontece en el caso de Colombia. En España existe una dotación económica global que incluye este rubro. Y en Perú el Acuerdo de 1980 otorga en sus Artículos VIII y X un sistema de subvenciones directas e indirectas.

61 La Ley 21.540 de Argentina establece que “Los Obispos Auxiliares de Arquidiócesis, Diócesis, Prelaturas o Exarcados del Culto Católico, Apostólico, Romano, el Pro-Vicario Castrense para las Fuerzas Armadas con dignidad episcopal, y los Obispos Auxiliares para las Fuerzas Armadas, que cesen en dichos cargos por razones de edad o de invalidez, gozarán de una asignación mensual

sumas de dinero con cargo a los presupuestos del Estado⁶² y la donación o entrega en concesión perpetua de bienes muebles e inmuebles de los patrimonios nacionales para realizar actividades religiosas.

La relativización del principio de laicidad en la escuela pública se verifica en el sostenimiento estatal de centros educativos privados católicos⁶³, el derecho de Obispos para nombrar y despedir profesores de Religión⁶⁴, la obligación estatal de impartir educación religiosa en concordancia con el dogma y la moral católicos⁶⁵ y el uso de la infraestructura educativa para el adoctrinamiento religioso⁶⁶.

La asistencia religiosa de ministros de culto católicos, la creación y normativa acerca de los vicariatos y obispados castrenses son de lejos una de las principales materias de preocupación para la Santa Sede cuando establece acuerdos con los Estados. Así, en el caso argentino 02 de 03 Acuerdos están dedicados sólo a este tema (el de 1957 y el de 1992), en el caso español existe un Acuerdo exclusivamente dedicado al respecto y en el caso peruano 07 artículos de un total de 22 regulan sólo el tema del Obispo Castrense. Inclusive en los casos de El Salvador y Paraguay, el único acuerdo existente en dichos países se refiere al Obispado Castrense y no a materias como la personalidad jurídica de la iglesia,

vitalicia equivalente al sesenta por ciento (60%) de la remuneración fijada al cargo de Juez Nacional de Primera Instancia en el Presupuesto General de la Administración Pública Nacional”.

62 Por ejemplo el Acuerdo de 1979 sobre Asuntos Económicos (España): Artículo II numerales 2 y 4; Concordato de 1973 (Colombia): Artículo XXVI.

63 Concordato de 1973 (Colombia): Artículo XI.

64 El esquema de contratación docente mediante el cual el Estado contrata al profesor de Religión Católica pero es el Obispo quien puede despedirlo o conservarlo en su puesto, ha demostrado ser altamente conflictivo como diversas controversias judiciales españolas han evidenciado, las cuales han provocado que por ejemplo el Tribunal de Canarias -a propósito del caso de una profesora de religión católica despedida de su puesto de trabajo por encontrarse en una situación matrimonial “irregular” (estar casada con un hombre divorciado)-, haya remitido al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad del Acuerdo sobre asuntos educativos celebrado entre el Estado español y la Santa Sede. Encontramos estas disposiciones en Acuerdo de 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (España): Artículo III y Artículo VII; Acuerdo de 1980 (Perú): Artículo XIX. Actualmente existe un caso sometido a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisamente sobre este tipo de conflicto (caso Pavez Pavez vs. Chile).

65 Concordato de 1973 (Colombia): Artículo XII; Acuerdo de 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (España): Artículo I y Artículo VI; Acuerdo de 1980 (Perú): Artículo XIX.

66 Acuerdo de 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (España): Artículo V.

su patrimonio artístico o cultural, la libertad de culto, su catequesis en escuelas públicas, etc., lo que es un indicador de la suprema importancia que la Santa Sede le presta a su presencia en el seno de las Fuerzas Armadas y policiales. En este campo, existe una intervencionista designación bilateral Estado-Iglesia de los obispos y capellanes castrenses⁶⁷ y reconocimiento estatal de eficacia civil a normas religiosas canónicas por remisión (dado que los Acuerdos con la Santa Sede como todo tratado internacional forman parte del derecho interno estatal para todos los efectos).⁶⁸

Estos compromisos estatales nacidos de acuerdos con la Santa Sede, muestran las implicancias concretas de la doctrina de la sana laicidad en el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado y demuestran de forma palmaria su falta de idoneidad para fundamentar una comprensión del principio de laicidad adecuado a las exigencias de un Estado democrático de derecho basado en el principio de igualdad y no discriminación.

Concluimos nuestra contribución, admitiendo junto a Ferrer Ortiz que nuestro Tribunal Constitucional parece haber elaborado una conceptualización del principio de laicidad más apegado a la doctrina de la sana laicidad que a otro tipo de fundamentaciones.

376

Ello lo hemos expuesto ampliamente en un anterior trabajo,⁶⁹ al referirnos a la reduccionista doctrina del Tribunal Constitucional peruano en la que se reduce el contenido del principio de laicidad al subsumirlo como una dimensión objetiva del derecho de libertad religiosa, desconociendo que dicho principio tiene un contenido mucho más amplio que permite categorizarlo con suficiente autonomía jurídica de la dimensión objetiva de la libertad religiosa, y por la cual

67 Acuerdo de 1957 (Argentina): Artículo IV, Artículo VII; Concordato de 1973 (Colombia): Artículo XVII; Acuerdo de 1979 sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas (España): Artículo III; Anexo II del Acuerdo de 1979 sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas (España): Artículo I; Acuerdo de 1980 (Perú): Artículo XV y Artículo XVI.

68 Acuerdo de 1957 (Argentina): Artículo I segundo párrafo; Artículo XI; Acuerdo de 1992 (Argentina): primer párrafo de la Nota del Ministro de Relaciones Exteriores y Culto; Acuerdo de 1992 (Argentina): punto 5; *Vid.* en el Apéndice, (partes resaltadas y subrayadas).

69 *Objeción de conciencia a rendir pruebas académicas en días de reposo. Las inconsistencias conceptuales del Tribunal Constitucional en materia de laicidad y libertad religiosa*, Huaco, Marco. En: *Actualidad Jurídica* 239 (2013).

se señala al “principio de colaboración Estado-iglesia” como una supuesta segunda manifestación de la libertad religiosa objetiva.

En la postura del Tribunal, se asume que la laicidad es inmunidad de coacción e inconcurrencia estatal en actos de fe, pero se pasa por alto que también comprende la separación Iglesia-Estado, el fundamento secular (no *secularista*) de la legitimidad de los fines y valores últimos del Estado y del Gobierno, la inspiración secular de las normas legales y políticas públicas estatales, así como la neutralidad o imparcialidad valorativa ante las diferentes cosmovisiones ideológicas, filosóficas y religiosas existentes en la sociedad.

Contextualismo y desigualdades sistémicas

Apuntes desde una mirada socio-jurídica

✉ ARELI VALENCIA VARGAS*

1. Introducción

En su artículo *What is the Point of Equality?*, Elizabeth Anderson ofrece una revisión de los debates sobre justicia e igualdad en el contexto académico anglosajón de fines de la década de los noventa.¹ Interpela las propuestas de autores como Phillippe Van Parijs, Ronald Dworking, Richard Arneson y G.A Cohen, para indicar que, en conjunto, la agenda académica de la época ha perdido la perspectiva de lo que implica realmente asegurar igualdad. Subsumidos en una concepción de igualdad centrada en sus aspectos redistributivos y asumiendo un perfil de beneficiarios, estereotipado en sujetos sin agencia económica; estos debates pierden la mirada –a decir de Anderson- del contexto que ha situado a estos sujetos, históricamente, en una posición de desventaja social. El objetivo de la igualdad, entonces, no sólo requerirá despojarnos de visiones paternalistas y estigmatizantes del otro -visto como el merecedor de caridad económica por ser víctima de mala fortuna-; sino, replantearnos una visión de sociedad, donde el propósito de la igualdad busque redistribuir con reconocimiento y respeto al potencial del otro. Esto es, comprendiendo el contexto que genera desventajas sociales y de esta manera, asegurar que todo ciudadano y ciudadana tenga la oportunidad de acceder a las condiciones sociales y democráticas que le permitan diseñar sus vidas en libertad.

379

* PhD in Law and Society, University of Victoria, Canadá. Docente del Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigadora del Instituto de Desarrollo Humano IDHAL PUCP.

1 ELIZABETH S. Anderson. What is the point of equality?. *Ethics*. Vol. 109. No.2 (January 1999). Pp. 287-337.

Revisar este clásico texto de Anderson, es importante por dos razones. La primera, porque nos recuerda que el estudio de las desigualdades es dinámico y contextual. Es decir, entender sus causas, procesos y consecuencias, requiere identificar las tendencias y agendas pendientes en los estudios contemporáneos sobre desigualdades en un contexto determinado. La segunda, el texto es clave porque nos recuerda además que todo estudio sobre desigualdades, necesita identificar cuál es el arnés conceptual o filosófico que sostiene nuestro ideal de igualdad. Esto implica, siguiendo a Anderson, hacer explícito cuál es nuestro “punto” sobre cómo entender y garantizar igualdad para todos y todas.

Inspirado en los debates sobre la evolución del concepto de igualdad en el ámbito académico anglosajón e influenciado desde una perspectiva socio-jurídica,² este artículo busca contribuir a la literatura nacional, presentando el modelo contextual para el análisis de las desigualdades sistémicas diseñado por la constitucionalista Canadiense Colleen Sheppard.³ En términos conceptuales y metodológicos, este es un modelo analítico innovador pues nos permite comprender la discriminación más allá del acto estático merecedor de sanción legal para entenderla como un problema sistémico y relacional. Perspectiva que permite, a su vez, avanzar diagnósticos y propuestas de reforma encaminadas a lograr *igualdad inclusiva*.

El artículo se divide en tres secciones. La primera sección, hace un repaso de los debates centrados en comparar y contrastar las concepciones formales y sustantivas sobre la igualdad en el contexto Canadiense. Esta evaluación nos conduce, posteriormente, a realizar un mapeo del estado de la cuestión de los estudios sobre desigualdades en el Perú y concluir en la necesidad de profundizar la investigación académica sobre desigualdades sustantivas, particularmente, en el caso de la disciplina legal. La segunda sección, desarrolla el método contextual de análisis de desigualdades sistémicas de Colleen Sheppard a fin de mostrar sus

2 Los estudios con perspectiva socio-jurídica se caracterizan por ofrecer una visión amplia del derecho; es decir, van más allá de los cánones del derecho dogmático para buscar entenderlo como un fenómeno social en tanto establece relaciones sociales entre distintos actores, las cuales, a su vez, co-construyen el significado del derecho. Ver: Jean Carbonnier. *Sociología Jurídica*. (Madrid: Tecnos, 1972), pp. 15- 42; Roger Cotterrell. (1998). Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? Vol. 25: 2 *Journal of Law and Society*, pp 171-192.

3 COLLEEN Sheppard. *Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*. McGill-Queen’s University Press, Montreal, 2010. [Inclusive Equality]

posibilidades de aplicación tanto como modelo analítico de investigación académica y resolución de casos judiciales. La tercera sección, ofrece reflexiones finales y sugiere líneas de investigación a futuro.

2. Igualdad Formal *versus* Igualdad Sustantiva

El estudio de las causas de las desigualdades, su persistencia en el tiempo, así como, los mecanismos y estrategias para su erradicación; es sin duda, una de las áreas de permanente investigación multidisciplinaria a nivel global. Particularmente, Latinoamérica, considerada por décadas como la región más desigual del mundo, ha recibido especial atención de diversos organismos internacionales, *think tanks* y el mundo académico para entender sus orígenes y consecuencias.⁴ Preocupación que cobra especial énfasis a raíz de los efectos de la pandemia por la Covid19.⁵

Estos estudios, caracterizados por una diversidad de perspectivas y enfoques disciplinarios, evidencian la necesidad de ser explícitos en lo que es central en las investigaciones sobre desigualdades, toda vez que la elección de un determinado enfoque conceptual y metodológico nos conducirá a asumir ciertos presupuestos y alejarnos de otros. Amartya Sen, por ejemplo, sugiere delimitar nuestro objetivo de estudio, atendiendo a la pregunta ¿Igualdad de qué? a fin de definir cuál es la unidad de análisis en cualquier estudio sobre desigualdades.⁶ En efecto, conforme sostiene el autor, todo enfoque ético sobre la búsqueda de la igualdad suele centrarse o priorizar alguna dimensión específica sea referida a la distribución de ingresos, acceso a servicios y bienes tales como la salud y educación; e incluso, la igualdad en el goce de derechos y libertades.⁷

4 En esta lista de contribuciones destacan las publicaciones que, desde el 2010, viene produciendo la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), donde la desigualdad es estudiada en relación a su impacto en el desarrollo sostenible e inclusivo. Ver por ejemplo: CEPAL, *La hora de la igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir*. 2010; CEPAL, *La matriz de la desigualdad social en América Latina*. 2016; CEPAL, *La Ineficacia de la desigualdad*. 2018. Asimismo, se resalta el special issue: Inequality and Inclusion in Latin America. *Latin American Research Review* (LARR). 2017, 52(2).

5 JUAN PABLO, Bohoslavsky. Covid-19, Economía y Derechos Humanos. Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos. Ed. 30. Abril 2020. Disponible en: <https://sur.conectas.org/es/covid-19-economia-y-derechos-humanos/>

6 AMARTYA Sen. *Inequality Reexamined*. Harvard University Press, Cambridge, 1992.

7 AMARTYA Sen, *supra note*. Pag 12-30.

Precisamente, en este último caso -siguiendo a Sen-, centrarse únicamente en el reconocimiento legal de la igualdad, conllevaría asumir que la igualdad está garantizada por la mera literalidad del texto, distrayendo la mirada de otras dimensiones que son igualmente necesarias para que dicho reconocimiento no termine siendo letra muerta. En resumen, promover la igualdad en una determinada unidad de análisis, implica el riesgo de volvernos “más igualitarios” en esa dimensión y “menos igualitarios” en las otras.⁸

Para ilustrar mejor este punto, nos centraremos en la vasta literatura académica desarrollada principalmente en el derecho anglosajón, la cual, nos invita a de-construir el principio de igualdad ante ley como garantía del máximo goce de derechos y libertades.⁹

Durante la década de los 80s y mediados de los 90s, el movimiento de estudios de crítica legal (ECL) en Norteamérica, sentó las bases para un entendimiento del derecho fuera de sus cánones ortodoxos, develando su carácter político y en consecuencia, reconociendo la naturaleza no neutral del mismo.¹⁰ En la medida que toda norma o principio legal tiene como trasfondo la visión política y sistema valorativo de quien o quienes la emanan o interpretan; los suscriptores de los ECL argumentan, que es contraproducente asumir que la existencia y aplicación de normas puede, en sí misma, dar solución a complejos problemas sociales.¹¹

Sobre la base de esta primera línea crítica, se desarrolló luego un bloque de literatura influenciada principalmente por académicas feministas, cuyas publicaciones profundizan la necesidad del análisis estructural y cuestionan las posturas que dan por sentado el compromiso de erradicar las desigualdades desde la pura formalidad legal. El problema con *la igualdad de trato ante la ley o igualdad*

8 Ibid.

9 En el ordenamiento jurídico Peruano, el principio garante de igualdad ante la ley se encuentra recogido en el artículo 2.2 de la Constitución Peruana de 1993: *Toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”*

10 Duncan Kennedy. Notas sobre la Historia de los “Critical Legal Studies” en los Estados Unidos. 25 *Themis-Revista de Derecho*, pp. 103-108; Juan Jesus Garza. Aproximaciones a los critical legal studies (CLS) en torno al componente ideológico en la educación jurídica. *Revista del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” – Año VII, N. 11, 2013. Pp. 75- 100.*

11 *Ibid.*

formal, sostienen, radica en que promueve una visión liberal individualista de derechos, la cual, da por satisfecho el accionar del Estado con la sola existencia de instituciones u organismos que sancionen el acto discriminatorio contra algún individuo, sin la necesidad de escharbar y erradicar sus causas estructurales y efectos a nivel grupal.¹²

En efecto, la igualdad formal genera una suerte de ficción cognitiva al establecer las cláusulas de prohibición de discriminación (e.j. *origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*) de manera de-contextualizada y a-histórica; asumiendo que es suficiente con recibir el mismo trato (*sameness of treatment*) para asegurar igualdad. Y de esta manera, borra y olvida la conexión con nuestro pasado y las desventajas sociales pre-existentes que hacen que las desigualdades persistan a lo largo del tiempo. Así, conforme lo precisa Hester Lessard:

*“[L]a igualdad formal no tiene contenido y contempla al individuo (...) sin atributos definidos, sin historia, sin estatus socioeconómico o escala social (...) La doctrina de la igualdad formal establece una línea divisoria entre el derecho y la vida, entre nuestra posición “pública” como miembros de una comunidad política y nuestra posición “privada” configurada por nuestra historia, afiliación, aspiraciones, etc.”*¹³

Contemplan la solución a las desigualdades, únicamente desde el formalismo legal, nos aleja o distrae de una reflexión más profunda sobre porqué unos individuos son más proclives que otros a sufrir discriminación y cuál es el rol del estado y la judicatura para erradicar desigualdades de carácter sistémico.

12 Para este artículo, me centraré en los trabajos de las siguientes autoras: Colleen Sheppard, *supra* note 3, cap. 2; Sandra Fredman, “Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities” (2007) 23 *South African Journal on Human Rights* 214; Hester Lessard, “Charter Gridlock: Equality Formalism and Marriage Fundamentalism” in Sheila McIntyre and Sandra Rodgers ed., *Diminishing Returns: Inequality & the Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Lexis Nexis Butterworths 2006; Gwen Brodsky and Shelagh Day, “Beyond the Social and Economic Rights Debate: Substantive Equality Speaks to Poverty” (2002) 14 *Can. J. Women & Law* 185. En el contexto latinoamericano, destaca el texto de Roberto Saba. (Des)igualdad estructural. En Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

13 HESTER Lessard, *supra* note, pag. 293.

Estas palpables limitaciones, impulsaron la evolución del principio de igualdad formal hacia una concepción de *igualdad sustantiva o estructural*. Particularmente, en el contexto Canadiense, esta evolución fue el resultado de la interacción entre la jurisprudencia constitucional, la academia y los movimientos sociales identitarios de la década de los 80s y 90s.

Revisar el contexto Canadiense es importante pues ilustra el rol activo de las y los jueces constitucionales para conectar el componente histórico y contextual al análisis de la discriminación. Determinar si hubo un trato diferenciado basado en alguna clausula de prohibición de discriminación no debe cerrar el análisis del juez o jueza constitucional sino que es necesario evaluar, si esta distinción perpetúa desventajas pre-existentes o genera nuevas vulnerabilidades al reforzar el prejuicio o estereotipos en contra de determinados individuos o grupos.¹⁴ Esto implica, en otras palabras, evaluar si hay una correspondencia entre la norma o medida adoptada y sus efectos negativos en las circunstancias de vida y capacidades de las y los demandantes; constatación que deslegitimaría la constitucionalidad de dicha norma o medida por afectar la igualdad de estas personas en términos sustantivos. En esa línea, la jurisprudencia constitucional Canadiense ha entrado a evaluar decisiones estatales tales como las referidas a reducir políticas asistencialistas y discutir también, el carácter redistributivo de la igualdad sustantiva.¹⁵

384

Como puede observarse, entrar en el terreno de la *igualdad sustantiva* implica que las cortes o tribunales constitucionales establezcan un diálogo permanente con la política, esto es, con las decisiones del ejecutivo y el parlamento; diálogo que no necesariamente estará libre de tensiones y cuestionamientos. No obstante, siendo que el derecho tiene un componente inherentemente político -siguiendo a los ECL-, las cortes y tribunales constitucionales estarán legitimados a proteger la igualdad sustantiva cuando las intervenciones estatales le den la espalda. Así, en los términos de Sandra Fredman:

14 Ver, por ejemplo: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 [Law]; *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483;

15 Ver, por ejemplo, *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 249

“...[u]no de los aportes claves de la igualdad sustantiva es su distanciamiento de la igualdad formal. No es el color, el género, o alguna característica per se, lo que está en juego; sino la atención de desventajas sociales y económicas. El enfoque en las desventajas nos mueve de la agenda anti-discriminación hacia áreas regularmente habitadas por la pobreza, falta de bienestar y exclusiones (...) Esto moviliza las discusiones sobre la igualdad sustantiva hacia la frontera incierta del derecho y la política pública”¹⁶

En efecto, justamente la evolución jurisprudencial del principio constitucional de igualdad en el contexto Canadiense, estuvo fuertemente influenciada por cambios en la concepción del Estado y sus relaciones con la sociedad, lo que desencadenó un importante ejercicio de pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre la Corte Constitucional y las decisiones del parlamento y el ejecutivo.¹⁷ El tránsito del Estado de Bienestar (*Keynesian Welfare State*) de los 70s y 80s al contexto del neoliberalismo global de los 90s, trajo como consecuencia importantes recortes presupuestales a programas asistenciales y servicios públicos que motivaron el reclamo ciudadano y el repunte del litigio estratégico anti-pobreza¹⁸. La vía judicial y concretamente, la Corte Constitucional, fue vista como un espacio clave de contención para evitar el desmantelamiento completo de la igualdad sustantiva lograda en los tiempos del Estado de Bienestar.

La riqueza de las opiniones y votos dirimientes en la diversa jurisprudencia sobre la igualdad sustantiva, ilustran el sistema valorativo y tendencia política de cada juez o jueza al momento de resolver el caso, las cuales, también representan la pluralidad de ideas existentes en sociedad.¹⁹ No se trata entonces de despojarse,

16 SANDRA Fredman. Providing Equality and the Positive Duty to Provide. *South African Journal on Human Rights*. (2005), Vol. 21. Issue 2. Pag 166 y sgts.

17 COLLEEN Sheppard. Constitutional Equality and Shifting Conceptions of the Role of the State: Obstacles and Possibilities. (2006) 33 *Supreme Court L.R.* (2d) 251-268.

18 MARGOT Young, Susan B. Boyd, Gwen Brodsky and Shelagh Day (eds.). *Poverty: Rights, Social Citizenship and Legal Activism*. (Vancouver: UBC Press, 2007)

19 Por ejemplo, *Gosselin v. Quebec* supra note 15, analiza la constitucionalidad de la exigencia de participar en programas educativos y de reinserción laboral a toda la población menor de 30 años como condición para recibir mensualmente el bono de asistencia social sin descuentos. La ciudadana Louis Gosselin presentó dicha demanda, argumentando que la reducción de sus pagos de asistencia social, por no asistir a estas capacitaciones, afectaban sus posibilidades de sobrevivencia y dignidad humana. Algunos datos importantes del caso radican en la distinción del monto por asistencia social a menores de 30 años versus grupos de mayor edad; a estos últimos no se les exigía

artificialmente, de ese sistema valorativo sino de auto-reflexionar y reconocerlo para evitar que las decisiones judiciales se alejen de la realidad social por acercarse más al egocentrismo profesional. El juez o jueza constitucional, al resolver un caso situado en la frontera del derecho y la política, no lo cierra por tener la verdad absoluta del mismo sino por tener la legitimidad para concluirlo.²⁰ Y es por ello, la significancia de medir los impactos sociales de sus decisiones dado que pueden llevarnos a retroceder, estancarnos o progresar en la línea de protección de derechos.

En resumen, la doctrina y jurisprudencia Canadiense nos dejan un importante legado sobre la distinción entre las concepciones formal y sustantiva de la igualdad (ver cuadro 1). Más aún, nos alertan sobre las posibilidades y desafíos de adjudicar decisiones basadas en la igualdad sustantiva. Asimismo, hacen visible que las posibilidades de asegurar “mayor” o “menor” igualdad sustantiva en un contexto específico están intrínsecamente ligadas a las visiones sobre rol del estado y los modelos de desarrollo. En consecuencia, al resolver casos sobre igualdad sustantiva, el juez o jueza constitucional deberá, por un lado, asumir la inevitabilidad de impactar el espacio político y económico; y por el otro, despojarse del falso dilema que asume que la protección de derechos y la economía son incompatibles.²¹

la misma condición de enrolarse en programas de capacitación a pesar de recibir un bono asistencial mayor. Asimismo, el número de plazas de estos programas de capacitación no lograba cubrir la totalidad de la población beneficiaria menor de 30 años, dejando varios sin la posibilidad de cumplir el requisito. En esta sentencia, la opinión en mayoría liderada por la jueza McLachlin, consideró que tal condicionamiento no viola el derecho constitucional a la igualdad pues la intención del gobierno fue precisamente promover el entrenamiento a quienes no lo tienen para que logren ser auto-suficientes y se integren a la fuerza laboral. No obstante, el voto disidente de la jueza L'Heureux-Dubé, argumenta que si hay una violación constitucional debido a los efectos psicológicos y físicos de vivir permanentemente en condiciones de pobreza, los cuales, son exacerbados con los condicionamientos impuestos por el gobierno afectando el derecho de Louis Gosselin a recibir una adecuada asistencia social.

20 Para un mayor desarrollo del argumento de la verdad (true) y confianza (trust), véase: Joel Bakan, “Constitutional Interpretation and the Legitimacy of Judicial Review” in *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (Toronto: Toronto University Press, 1997)

21 Ver: Juan Pablo, Bohoslavsky *supra* note 5.

Cuadro 1
DISTINCIÓN CONCEPTUAL

Igualdad Formal	Igualdad Sustantiva
Igualdad de trato ante la ley	Igualdad de oportunidades y resultados
Visión liberal-individualista	Visión estructural - identificación de desventajas históricas y marginalización
Obligaciones negativas (no discriminar)	Obligaciones positivas (reconocimiento y redistribución)
De-contextual y a-histórico	Busca reconocer la diferencia y la transformación social
Se resuelve en la esfera legal	Se sitúa en la frontera del derecho y las políticas públicas

Elaboración propia

Finalmente, cabe resaltar que estos debates no buscan desmerecer el aporte de la igualdad formal o igualdad de trato ante la ley sino de argumentar su insuficiencia en la lucha contra las desigualdades históricas. En ese sentido, es necesario entender que ambas concepciones son complementarias. Así, como lo sostiene Kimberly Crenshaw al analizar las luchas por la igualdad de los afro-americanos: la extensión de la igualdad formal a todos los estadounidenses independientemente del color o raza, fue una victoria importante del movimiento por los derechos civiles; un primer paso consistente en “[i]mpeder que se cause daño en el futuro más que en reparar las manifestaciones presentes de injusticias pasadas.”²² Una visión extensiva de la igualdad hacia donde se orienta la igualdad sustantiva, buscará no sólo la igualdad de oportunidad a futuro sino la igualdad de resultados. Para lograr esto último, se requiere un trabajo serio de revisión de las causas estructurales de la desigualdad, lo cual, en su caso de estudio implicaría desmantelar la ideología racista y hegemónica inherente a la sociedad estadounidense.²³

22 KIMBERLE Crenshaw. Raza, reforma y reducción: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación. En: García, Mauricio et al. (eds). *Crítica Jurídica: Teoría y Sociología Jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá, Universidad de los Andes. pp. 97-123.

23 Ibid.

Ahora bien, a la luz de lo antes descrito, es necesario indagar ¿cuál es el estado situacional de los estudios sobre desigualdades en el Perú?

Una primera referencia de ineludible lectura, son los trabajos publicados por el Instituto de Estudios Peruanos (IEP).²⁴ Particularmente, el texto compilatorio de Julio Cotler y Ricardo Cuenca (eds.), ofrece una línea de base para conocer el aporte de las ciencias sociales en el entendimiento de las causas, procesos y dimensiones sociales, culturales, económicas y políticas de la desigualdad. Más aún, bajo la pregunta ¿Cuánta desigualdad tolera la democracia? Los autores interpelan la persistencia de desigualdades bajo estos regímenes y su real capacidad para erradicar desigualdades extremas, particularmente, en contextos de crecimiento económico.²⁵

Desde una perspectiva histórica, Antonio Zapata hace un recuento de la evolución de la idea de la igualdad en nuestro país a lo largo del tiempo.²⁶ Partiendo de la época colonial donde las desigualdades era toleradas y bienvenidas, hasta la época republicana que trajo el reconocimiento de la igualdad formal en nuestro régimen jurídico pero que no logró erradicar desigualdades estructurales en función a la religión, raza y clase durante el S. XX y la actualidad. El autor sugiere revisar este tránsito histórico para entender cómo se gestan las desigualdades y qué actor o actores las perpetúan. Indica que el estado es un actor clave en la persistencia de la desigualdad pues solidifica sus posibilidades o falta de las mismas, según el régimen jurídico imperante. En ese sentido, a decir de Zapata, para impulsar cambios hacia una sociedad más igualitaria, es necesario entender estos tránsitos históricos para poder ganar batallas culturales y transformaciones legales.

En la actualidad, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, constituye un importante documento de políticas públicas donde se establece

24 Ver: Julio Cotler y Ricardo Cuenca (Eds). *Las Desigualdades en el Perú: balances críticos* (IEP: Lima, 2011)[Balance crítico]; Jelke Boesten. *Desigualdades Interseccionales. Mujeres y Política Social en el Perú: 1990-2000* (IEP: Lima, 2018); Ursula Aldana, Jhonatan Clausen, Angelo Cozzubo, Carolina Trivelli, Carlos Urrutia, y Johana Yancari. *Desigualdad y Pobreza: en un contexto de crecimiento económico*. (IEP: Lima, 2020)

25 COTLER y CUENCA. “Balance crítico”, *supra note*, pag. 11 y 26.

26 Entrevista a Antonio Zapata. *Las ideas sobre la desigualdad a lo largo de nuestra historia*. Online < <https://www.youtube.com/watch?v=ULkQ5FbNiSk> >; ZAPATA Antonio y ROJAS Rolando. ¿Desiguales desde siempre? Miradas históricas sobre la desigualdad. (IEP: Lima, 2013)

la línea de base que reconoce a los denominados grupos de especial protección (GEP): *personas adultas mayores, afroperuanos, personas con discapacidad, niños niñas y adolescentes, personas privadas de libertad, personas con VIH/SIDA y TBC, trabajadoras del hogar, población LGTBI, defensoras y defensores de derechos humanos, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad y víctimas de violencia periodo 1980-2000*; quienes requieren una atención prioritaria por parte del Estado en tanto viven las secuelas históricas de la desigualdad, exclusión y marginalización.²⁷

Adicionalmente, la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos (MINJUS-IPSOS, 2019), ofrece datos importantes sobre la percepción ciudadana respecto a la protección y respeto de derechos humanos en nuestro país, particularmente, con relación a los GEP. Entre los resultados, se reporta que 1 de cada 3 peruanos indican haber sufrido algún tipo de discriminación en su vida; siendo las más frecuentes aquellas relacionadas a la condición socio-económica (8%), los rasgos físicos (7%), el color de piel (5%), lugar de origen, costumbres, forma de hablar, grado educativo (4%), entre otros. Dentro de los GEP, aquellos que se consideran como los mayormente discriminados son la población LGTB, las personas con VIH/SIDA seguido por los pueblos indígenas y las personas con discapacidad.²⁸

389

Conforme lo señala Maritza Paredes, estos resultados indican que la discriminación en el Perú está fuertemente ligada a problemas históricos tales como el racismo y la pobreza; pero también se hacen visibles nuevos grupos discriminados tales como la población LGTB y VIH/SIDA. Pese a los avances institucionales²⁹, estos resultados reflejan que los prejuicios y actitudes discriminatorias persisten.³⁰ Esto sugiere nuevas líneas de investigación y formas de generar “evidencia” en materia de desigualdades y derechos humanos. Concretamente, la sugerencia es

27 Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, Online: <https://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/>

28 Resumen Ejecutivo II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: <https://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/2.-Resumen-ejecutivo-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf>

29 Por ejemplo, hoy existente diversas instituciones administrativas para fiscalizar actos de discriminación como la Comisión Nacional contra la Discriminación (CONACOD), y también aquellos con capacidad de sanción administrativa como el INDECOPI, SUNAFIL, SUSALUD, cada uno en las materias de su competencia.

30 Maritza Paredes. La Persistente discriminación en el Perú. En: *Informe analítico de la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. (Lima: MINJUS, IPSOS, 2020). Online: <https://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/1.-Informe-anal%C3%ADtico-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf>

que el análisis de las desigualdades y sus impactos en los derechos humanos deba ser evaluada desde una perspectiva estructural, mediante la cual, no sólo se sancione el acto discriminatorio sino que se identifiquen las fuentes y procesos de exclusión que impiden avanzar la igualdad de manera sustantiva.³¹

3. El Modelo Sheppard para el análisis de desigualdades sistémicas

En la sección anterior discutimos el proceso evolutivo de la concepción de igualdad desde lo formal a lo sustantivo en el constitucionalismo Canadiense. Siendo que entender y atender afectaciones a la igualdad sustantiva o de resultados, implica la compleja tarea *-sobre todo para quienes nos hemos formado en la disciplina legal-* de involucrar la historia y la teoría social en el análisis de contexto; es necesario tener un modelo aplicativo que guíe los pasos del o la investigadora, juez o jueza al momento de resolver los casos.

Partiendo de la preocupación de que por falta de un modelo aplicativo específico, la tendencia sea regresar al análisis de las desigualdades usando pura ingeniería legal o caer presos de la subjetividad, Colleen Sheppard propone un modelo para analizar la complejidad de las desigualdades en nuestras sociedades contemporáneas, el cual, nos permita:

“[l]a exhaustiva enumeración de las concretas afectaciones de discriminación que confrontan diversos grupos —y la evaluación de los procesos estructurales, sistémicos e intergeneracionales que resultan en la reproducción de desigualdades.”³²

A esta propuesta la hemos denominado el modelo contextual para el análisis de desigualdades sistémicas o modelo Sheppard. Conceptualmente, el modelo Sheppard, toma como punto de partida el concepto de igualdad sustantiva pero lo expande y “aterriza” en la noción de *igualdad inclusiva*. Este último, no sólo busca evaluar la igualdad de resultados sino también; y sobre todo, “prestar mayor atención a los procesos estructurales y sistémicos de inclusión y exclusión”.³³

31 ARELI Valencia. Balance y líneas de investigación. En: *Informe analítico de la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. (Lima: MINJUS, IPSOS, 2020). Online: <https://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/1.-Informe-anal%C3%ADtico-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf>

32 COLLEEN Shepard, *supra* note 3. Inclusive Equality. Pág. 61

33 *Ibid.*

En ese sentido, conforme lo describe Sheppard, la noción de igualdad inclusiva tiene como característica esencial su carácter sistémico y relacional. Esto sugiere entender que la desigualdad no es el resulta, únicamente, de un acto concreto de discriminación; sino que, evidencia un problema histórico y sistémico. De ahí que, es necesario que todo análisis de desigualdad escarbe sus causas y síntomas; esto es, evidencie cómo se entrelazan las fuentes y sistemas de dominación a diferentes niveles de la vida pública y privada; y, a lo largo del tiempo.³⁴

Sheppard sugiere tres pasos de evaluación preliminar para poder situarnos en el contexto de violación a la igualdad e identificar sus factores contextuales.³⁵ El primero consiste en identificar los *impactos concretos y diferenciados de la discriminación* a nivel social, político, físico, psicológico y económico.³⁶ Esto es, entrar en el terreno de la evaluación de las desventajas y exclusiones tanto a nivel material como también, aquellas que afectan a nivel físico y psicológico debido a la carga de prejuicios y actitudes negativas que impactan la dignidad, integridad, identidad y autonomía de las personas.

El segundo paso conlleva a identificar *el grado de afectación de la discriminación*; es decir, analizar hasta qué punto la medida o intervención resulta en “una afectación menor o significativa en el bienestar económico, social, psicológico, físico y político de las personas”.³⁷ El tercer paso, más significativo aún, implica que el evaluador se involucre en *el escrutinio de las dimensiones del daño*, lo cual, consiste en la identificación de las prácticas institucionales y procesos sociales, estructurales y sistémicos que reproducen las desigualdades entre grupos en el día a día. Ejemplos de ello son la existencia de desventajas históricas, reforzamiento de las dependencias y vulnerabilidades, la exclusión de los procesos de toma de decisiones, ausencia de procesos participativos y de consulta, exclusión del acceso a la justicia y falta habilitar posibilidades de acomodación.³⁸

34 COLLEEN Shepard, *supra* note 3. Inclusive Equality. Pág. 62 y 63

35 COLLEEN Shepard, *supra* note 3. Inclusive Equality. Pág. 61

36 La evaluación de impactos diferenciados infiere realizar una evaluación comparativa; es decir, se da en relación a cómo una determinada medida impacta más o menos a un determinado grupo en función a sus características de identidad.

37 *Ibid.* *supra* note, 34. Pág. 63

38 *Ibid.*

Ahora bien, conforme lo indica Sheppard, la identificación de factores contextuales necesita presentarse desde un análisis multinivel, capaz de visibilizar las experiencias de discriminación a nivel individual, así como, las relaciones e interacciones a nivel institucional y estructural. Este análisis multinivel ofrece la estructura del modelo contextual de Sheppard para identificar las desigualdades sistémicas.

Cuadro 2

EL MODELO CONTEXTUAL - REPRESENTACIÓN GRAFICA



392

El modelo contextual de Sheppard integra 3 niveles: el micro contexto, meso contexto y macro contexto.

El *micro contexto*, tiene por objeto entender las experiencias de discriminación y exclusión desde la propia voz de las personas afectadas. Y es que, para Sheppard, no es suficiente “*proclamar la igualdad desde arriba; debe construirse desde abajo.*”³⁹ Mas allá de un simbólico reconocimiento, Sheppard explica el

39 COLLEEN Shepard, *supra* note 3. Inclusive Equality. Pág. 5.

porqué es importante entender la discriminación desde la experiencia de vida de quienes la sufren a fin de que los operadores jurídicos sean capaces de ofrecer soluciones adecuadas y empáticas. Así, según la autora, una persona que necesita movilizarse con silla de ruedas conoce más sobre los problemas de accesibilidad para personas con discapacidad que alguien que no la sufra; las familias con hijos con alguna discapacidad conocen mejor las necesidades especiales en servicios educativos que las familias sin hijos con discapacidad; y de la misma forma, los miembros de grupos que históricamente son víctimas de racismo u otras formas de discriminación, conocen mejor sus efectos e impactos en la vida diaria que aquellos miembros de grupos dominantes.⁴⁰ De ahí que, sea importante evaluar también si la sociedad y el estado ofrecen mecanismos participativos para escuchar estas historias y narrativas personales de discriminación para un mejor impacto en el cambio de políticas públicas y reajustes en la legislación.

Ahora bien, en la medida que las experiencias de discriminación no son hechos o historias aisladas, es necesario conectarlas y entenderlas desde los procesos institucionales que fosilizan estas exclusiones a lo largo del tiempo. Este tipo de análisis conlleva a realizar la evaluación a nivel del *contexto meso*. Concretamente, esta evaluación implica identificar las normas, reglas y prácticas culturales al interior de las instituciones, sean estos espacios laborales, estudiantiles, organizaciones, comunidades, etc. La forma como se estructuran estos espacios en términos de poder, jerarquías, exclusiones, etc; ofrece evidencia clave sobre la resistencia a promover o impulsar igualdad inclusiva en los espacios de nuestra vida pública y privada.⁴¹ En consecuencia, el reforzamiento de desigualdades a nivel del contexto meso, es un indicador de que las soluciones no pueden centrarse únicamente en sancionar un acto discriminatorio sino que necesitan accionar a nivel más profundo. Esto es, se necesita desestructurar las prácticas y relaciones institucionales que crean y perpetúan desigualdades de carácter sistémico y relacional.⁴² Particularmente, debe evaluarse como se establecen los procesos participativos o de consulta de manera que las voces de las personas excluidas históricamente sean integradas en los procesos de toma de decisiones.⁴³

40 COLLEEN Shepard, *supra* note 3. Inclusive Equality. Pág. 67.

41 COLLEEN Shepard, *supra* note 3. Inclusive Equality. Pág. 70-74.

42 Ibid.

43 Ibid.

Finalmente, el *contexto macro* complementa la indagación sobre cómo las personas experimentan la discriminación en el día a día (contexto micro) y de qué manera las prácticas institucionales refuerzan o reproducen la misma (contexto meso). Este nivel de análisis, parte de la premisa de que las instituciones no funcionan como islotes sino que operan dentro de –e influenciados por– contextos más amplios a nivel socio-económico y político tanto en la esfera nacional y global. Partiendo de esa lógica, por ejemplo, entender los casos de acoso sexual en la esfera laboral u otros, implica no quedarse únicamente en la identificación del acosador y la sanción al acto de acoso; sino que, será necesario entender estos actos como consecuencia del contexto de “relaciones desiguales de poder, jerarquías en función al género y sexualización de algunos trabajos destinados a mujeres.”⁴⁴ Esta identificación macro es crucial para entender que las luchas por la igualdad inclusiva necesitan de la interacción de distintas fuerzas y actores, incluyendo la justicia constitucional, la política pública en derechos humanos, la movilización social y la investigación-acción.⁴⁵

394

El modelo Sheppard, sin duda, ofrece una estructura analítica que permite identificar los distintos factores y niveles de afectación que, en conjunto, facilitan u obstruyen las posibilidades de lograr igualdad sustantiva en sociedad. La ventaja de este modelo es que ofrece una metodología idónea para el análisis de las desigualdades sistémicas, el cual, permite trascender el formalismo legal para resolver los casos desde una perspectiva socio-jurídica. Y en ese sentido, identifica las distintas intervenciones a nivel judicial y de políticas que, conjuntamente, deben instaurarse para lograr cambios sustantivos y culturales hacia el horizonte de sociedades más inclusivas y justas.

Es un método útil para llevar a cabo investigaciones académicas en la temática de desigualdades sistémicas como también para resolver casos judiciales, donde lógicamente los jueces y juezas deberán salir de su zona de confort situada en las clásicas evaluaciones desde lo formal o aplicando del test de proporcionalidad, para entrar en el terreno del derecho en sociedad.

44 COLLEEN Shepard, *supra* note 3. Inclusive Equality. Pág 75.

45 La investigación-acción alude a promover resultados de investigación para la transformación y la justicia social. Ver: César Rodríguez Garavito. *Investigación Anfibia: La investigación-acción en un mundo multimedia*. Bogotá: DeJusticia, 2013.

4. Reflexiones Finales

A lo largo de este artículo, hemos realizado un mapeo de la evolución de la noción de igualdad desde su concepción formal, sustantiva e igualdad inclusiva tomando como referencia el constitucionalismo Canadiense. Asimismo, a la luz de los trabajos de la constitucionalista Colleen Sheppard, hemos visto cómo esta evolución conceptual, requiere a su vez, una evolución metodológica para poder visibilizar y evaluar las prácticas de exclusión social, procesos institucionales y estructurales que tornan las desigualdades en un problema sistémico.

Mediante la introducción de esta literatura situada en el contexto anglosajón, nuestro objetivo es motivar el interés de los operadores jurídicos nacionales para explorar las posibilidades y desafíos de aplicar el método contextual de Sheppard en el análisis de la discriminación y desigualdades sistémicas en nuestro país. Un primer ejercicio práctico y de mucha utilidad en el entrenamiento de futuros profesionales del derecho, sería utilizar este método para re-plantear argumentos y re-escribir sentencias constitucionales referidas a afectaciones a la igualdad de grupos de especial protección, por ejemplo, población LGTBI, pueblos indígenas, personas con discapacidad, etc. Este ejercicio implicaría evaluar de manera crítica ¿Cómo resolvió el Tribunal Constitucional estos casos y cómo se resolverían de manera distinta usando el método Sheppard? ¿Cuál es la noción de igualdad que sostiene la jurisprudencia constitucional en nuestro país? ¿Qué modelos o estrategias metodológicas usan para resolver estos casos? ¿Son consistentes con nociones robustas de igualdad como la sustantiva e inclusiva?

En resumen, en materia de estudios sobre la igualdad hay un espacio abierto para continuar el debate a nivel conceptual y sobretodo metodológico, el cual, amerita un mayor involucramiento de la disciplina jurídica en nuestro país.



Bibliografía

ALDANA Ursula, CLAUSEN Jhonatan, COZZUBO Angelo, TRIVELLI Carolina, URRUTIA Carlos, y YANCARI Johana. *Desigualdad y Pobreza: en un contexto de crecimiento económico*. (IEP: Lima, 2020)

ANDERSON S. Elizabeth. What is the point of equality?. *Ethics*. Vol. 109. No.2 (January 1999). Pp. 287-337.

- BAKAN Joel, “Constitutional Interpretation and the Legitimacy of Judicial Review” in *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (Toronto: Toronto University Press, 1997)
- BOESTEN Jelke. *Desigualdades Interseccionales. Mujeres y Política Social en el Perú: 1990-2000* (EIP: Lima, 2018)
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Covid-19, Economía y Derechos Humanos. Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos. Ed. 30. Abril 2020. Disponible en: <https://sur.conectas.org/es/covid-19-economia-y-derechos-humanos/>
- BRODSKY Gwen and DAY Shelagh, “Beyond the Social and Economic Rights Debate: Substantive Equality Speaks to Poverty” (2002) 14 Can. J. Women & Law 185
- CARBONNIER Jean. *Sociología Jurídica*. (Madrid: Tecnos, 1972), pp. 15- 42.
- CEPAL. *La hora de la igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir*. 2010
- CEPAL. *La matriz de la desigualdad social en América Latina*. 2016
- CEPAL. *La Ineficacia de la desigualdad*. 2018.
- COTLER Julio y CUENCA Ricardo (Eds). *Las Desigualdades en el Perú: balances críticos* (IEP: Lima, 2011)
- COTTERRELL Roger. (1998). Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? Vol. 25: 2 *Journal of Law and Society*, pp 171-192.
- CRENSHAW Kimberle. Raza, reforma y reducción: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación. En: García, Mauricio et al. (eds). *Crítica Jurídica: Teoría y Sociología Jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá, Universidad de los Andes. pp. 97-123.
- FREDMAN Sandra. “Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities” (2007) 23 *South African Journal on Human Rights* 214
- FREDMAN Sandra. Providing Equality and the Positive Duty to Provide. *South African Journal on Human Rights*. (2005), Vol. 21. Issue 2.
- GARZA, Juan Jesus. Aproximaciones a los critical legal studies (CLS) en torno al componente ideológico en la educación jurídica. Revista del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” – Año VII, N. 11, 2013. Pp. 75- 100.
- KENNEDY Duncan. Notas sobre la Historia de los “Critical Legal Studies” en los Estados Unidos. 25 *Themis-Revista de Derecho*, pp. 103-108.
- LESSARD Hester, “Charter Gridlock: Equality Formalism and Marriage Fundamentalism” in Sheila McIntyre and Sandra Rodgers ed., *Diminishing Returns: Inequality & the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Lexis Nexis Butterworths 2006)
- PAREDES Maritza. La Persistente discriminación en el Perú. En: *Informe analítico de la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. (Lima: MINJUS, IPSOS, 2020).
- Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, Online: <https://observatorioderechos-humanos.minjus.gob.pe/>

Resumen Ejecutivo II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: <https://observatoriode-rechoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/2.-Resumen-ejecutivo-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf>

RODRÍGUEZ GARAVITO César. *Investigación Anfibia: La investigación-acción en un mundo multimedia*. Bogotá: DeJusticia, 2013.

SABA Roberto. (Des)igualdad estructural. En Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

SEN Amartya. *Inequality Reexamined*. Harvard University Press, Cambridge, 1992.

SHEPPARD Colleen. *Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*. McGill-Queen's University Press, Montreal, 2010. [Inclusive Equality]

SHEPPARD Colleen. Constitutional Equality and Shifting Conceptions of the Role of the State: Obstacles and Possibilities. (2006) 33 *Supreme Court L.R.* (2d) 251-268.

VALENCIA Areli. Balance y líneas de investigación. En: *Informe analítico de la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. (Lima: MINJUS, IPSOS, 2020).

YOUNG Margot, BOYD Susan B., BRODSKY Gwen and DAY Shelagh (eds.). *Poverty: Rights, Social Citizenship and Legal Activism*. (Vancouver: UBC Press, 2007)

ZAPATA Antonio. *Las ideas sobre la desigualdad a lo largo de nuestra historia*. Entrevista Online < <https://www.youtube.com/watch?v=ULkQ5FbNiSk>>

ZAPATA Antonio y ROJAS Rolando. ¿Desiguales desde siempre? Miradas históricas sobre la desigualdad. (IEP: Lima, 2013)

Jurisprudencia citada

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497 [Law]

R. v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483

Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 249

Estereotipos de género en las resoluciones judiciales sobre derechos de las mujeres

Análisis de la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH

✉ MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE*

1. Introducción

América Latina es la Región más desigual del mundo (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y ONU Mujeres 2017). La persistente desigualdad y discriminación –en los ámbitos de (i) la redistribución, (ii) la representación, y (iii) el reconocimiento, aludidos por Nancy Fraser en *Escalas de la justicia* (2008) –, afectan de manera particular a las mujeres. De ahí que, en esta Región –en la que se encuentra ubicada el Estado peruano– las mujeres continúen enfrentando una serie de desafíos para lograr la garantía y protección de sus derechos fundamentales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

En efecto, pese al *reconocimiento jurídico* –en sede constitucional– del principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 2°, inciso 2, de la Constitución de 1993); *de facto*, las mujeres peruanas aún afrontan diversos actos de discriminación –se encuentran situadas en un contexto de discriminación estructural (Política Nacional de Igualdad de Género, 2019)– que se traducen, en la vulneración del derecho a la educación –expulsión de cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú por razón

* Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Docente de la Unidad de Postgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente principal de la Academia de la Magistratura. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

de embarazo (STC 05527-2008-PHC/TC)–; discriminación en el ámbito laboral –vulneración del derecho de lactancia materna (STC 1272-2017-PA/TC); y, entre otros, en la violencia por razón de género –violación de la libertad sexual (STC 01479-2018-PA/TC)–. En consecuencia, para un importante porcentaje de mujeres es un imperativo –en el marco de un Estado Constitucional como el Estado peruano– recurrir al sistema de administración de justicia para hacer efectivos sus derechos fundamentales.

Al acudir a las instancias judiciales en procura de tutela judicial (efectiva) que les permita remediar los actos de discriminación –de los que la violencia constituye una manifestación extrema (Comité CEDAW, 1992)–, las mujeres continúan enfrentando una serie de obstáculos de *jure* y, sobre todo, *de facto* que impiden su acceso a la justicia (Comité CEDAW, 2015; Comisión IDH, 2007). Estos obstáculos se traducen, fundamentalmente, en el persistente incumplimiento de los plazos en el procesamiento de los casos de violencia por razón de género contra las mujeres (Defensoría del Pueblo, 2019, p. 8); en la inadecuada interpretación del marco normativo de protección de violencia contra las mujeres¹ (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 13); en el traslado de la responsabilidad de los actos de violencia a la víctima, por parte de los funcionarios y funcionarias del sistema de administración de justicia (Defensoría del Pueblo, 2015, p.188); y, entre otros, en la presencia de estereotipos de género, que afectan negativamente el procesamiento de los casos. De hecho, para Corte IDH, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de violación de los derechos de las mujeres (Corte IDH. Caso González y otras “Campo algodonero” vs. México, párr. 401).

400

El presente artículo se centra en el escrutinio que, sobre los estereotipos de género en la administración de justicia, efectúan los órganos de cierre del sistema jurídico (i) nacional y (ii) supranacional –el Tribunal Constitucional y la Corte IDH–, en una materia concreta: los derechos de las mujeres. El objetivo

1 Un caso ilustrativo de la inadecuada interpretación del marco normativo es el referido por la Defensoría del Pueblo en su informe *La violencia contra las mujeres: perspectivas de las víctimas, obstáculos e índices cuantitativos* (2018). En este informe, la Defensoría da cuenta del caso en el que N. N. L. D., denunció a su pareja por violencia, en una comisaría de Huánuco. La denuncia recibida en enero de 2018 fue registrada como lesiones leves y no fue tramitada en el marco de la Ley N°30364, por lo que no se emitieron medidas de protección. En febrero, se halló su cuerpo con signos de haber sido ultrajada y asfixiada.

es doble, de un lado, procura poner de relieve que la presencia de *estereotipos de género en las decisiones judiciales* (fiscales y administrativas) vulnera un haz de derechos fundamentales de las mujeres, de manera particular, el derecho a un juicio justo e imparcial, y el derecho fundamental de acceso a la justicia (Comité Cedaw, 2017; 2015; Comité Cedaw, Caso R.P.B. vs. Filipinas, 2011; Caso Karen Tayag Vertido v. Filipinas, 2010; Clérico, 2018; Fernández, 2015; Oficina del Alto Comisionado de la ONU, 2013); de otro lado, busca poner de manifiesto no solo la necesidad sino y, sobre todo, la obligación jurídica de los órganos jurisdiccionales de incorporar la perspectiva de género en todas sus actuaciones judiciales (en la evaluación de los hechos controvertidos, en la interpretación de las disposiciones normativas y en la aplicación de las normas jurídicas), más precisamente, la obligación constitucional y convencional de juzgar con perspectiva de género a fin de contrarrestar la reproducción y/o la normalización de los efectos discriminatorios originados por los estereotipos de género.

Desde esta óptica el trabajo se estructura en dos partes. En la primera parte se examina el concepto de estereotipos de género y sus implicancias (negativas) para el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres, de manera particular, para el derecho de acceso a la justicia. En la segunda parte se analiza los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH sobre la materia, en los que –implícita o explícitamente– se analiza la presencia de estereotipos de género en el razonamiento judicial –plasmadas en las resoluciones judiciales y/o decisiones fiscales– y, se pone de manifiesto que su presencia supone una vulneración del principio constitucional y convencional de igualdad y prohibición de discriminación, así como las consecuencias lesivas para un haz de derechos fundamentales de las mujeres.

2. ¿Qué son los estereotipos de género?

Desde hace aproximadamente una década, los estereotipos de género han dejado de ser objeto de estudio exclusivo de la psicología social, la antropología y/o la sociología, para instalarse también en el ámbito del Derecho y los derechos. La elaboración doctrinal desarrollada en torno a este tema es, por lo tanto, particularmente amplio (Gimeno Presa, 2020; Martín Sánchez, 2020; Poyatos, 2019; Clérico, 2018; Undurraga, 2017; Cardoso, 2016, Cusack, 2014; Oficina del Alto Comisionado de la ONU, 2013).

En el ámbito jurídico, los trabajos sobre la materia se centran, esencialmente, en tres aspectos, a saber: (i) en la definición de los estereotipos de género; (ii) en el análisis de sus efectos en la administración de justicia y en el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres; y, (iii) en la búsqueda de una metodología para identificarlos en las leyes, las políticas públicas y, sobre todo, en la práctica jurídica. El objetivo de estos trabajos es, esencialmente, desarticular la discriminación y desigualdades de género que se originan en las preconcepciones individuales y colectivas acerca de los atributos, roles y capacidades de las mujeres, es decir, sobre la base de estereotipos de género (Cook, 2014, p. 198).

Rebecca Cook y Simone Cusack en su obra *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, se ocupan de los precitados aspectos y presentan una de las definiciones más acotadas. Así, un estereotipo, nos dicen las autoras, es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (2010, p. 11). Desde esta óptica:

402

Los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales (...). Es un término general que se refiere a un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres. (Cook y Cusack, 2010, p. 23).

En esta misma línea de análisis, Verónica Undurraga (2017), en un texto publicado bajo el título ¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias), ahonda en la definición y explica que los estereotipos de género son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de la personalidad (las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales), comportamientos (las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese plano), roles (las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el hombre ser el proveedor), características físicas (las mujeres son más débiles que los hombres) y de apariencia (los hombres deben ser masculinos), y ocupaciones (las carreras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios).

A tenor de lo expuesto, se advierte que los estereotipos de género pueden afectar –y afectan– tanto a hombres como a mujeres (Oficina del Alto Comisionado de la ONU, 2013, p. 8). No obstante, los efectos más perjudiciales recaen

sobre la vida de las mujeres (Cardoso, 2016, p. 33). De hecho, para Cook y Cusack (2010), los estereotipos de género degradan a las mujeres, les asignan roles serviles en la sociedad y devalúan sus atributos y características (p. 3). En ese mismo sentido, la Corte IDH considera que la creación y uso de los estereotipos de género se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra las mujeres (Corte IDH, Guzmán Albarracín vs Ecuador, 2020, párr. 188).

Desde este punto de vista, es preciso destacar dos características esenciales de los estereotipos de género que permitirán poner de manifiesto la dificultad de su identificación, así como el impacto negativo en el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres. La primera, es la forma de su interiorización y la consecuente dificultad de su identificación y eliminación. En ese sentido, Gimeno Presa (2020), en una obra recientemente publicada bajo el título *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* pone de relieve que los estereotipos de género son creencias que los sujetos interiorizan de manera inconsciente durante el proceso de socialización; son transmitidos mediante la educación, y asumidos –en principio– de forma acrítica, no solo por los individuos, sino también y, lo que es más grave aún, por las instituciones. En consecuencia, estos dos aspectos: la forma de su interiorización y su normalización, hacen sumamente difícil la labor de identificación y erradicación de los estereotipos de género (p. 27).

La segunda, son las dimensiones que presentan los estereotipos de género: dimensión descriptiva y prescriptiva. En su **dimensión descriptiva**, hacen referencia a las creencias sobre los roles, espacios, atributos y características que tienen los hombres y las mujeres. Con relación a esta dimensión, Rebeca Cook, en una entrevista realizada por Nicole Lacrampette, señala que un estereotipo descriptivo podría afirmar que las mujeres son físicamente más débiles que los hombres (algunas mujeres son más fuertes que algunos hombres). En este caso, afirma la profesora emérita de la Universidad de Toronto, el estereotipo no es necesariamente perjudicial para las mujeres, pero se tornará perjudicial si es usado para restringirle derechos como el negarle un determinado puesto de trabajo.

Por ejemplo, no contratar a una mujer para el puesto de bombero, basando la decisión en que los bomberos deben ser lo suficientemente fuertes como para rescatar a una persona de un incendio y las mujeres no lo son, con independencia de las capacidades particulares de la mujer que postula al trabajo. (Lacrampette, 2014, p. 203).

En el caso *Dothard vs. Rawlinson*, aludido por Catherine MacKinnon en *Feminismo inmodificado* (2014), Dianne Rawlinson fue rechazada en el empleo de guardia de prisión del Consejo Correccional de Alabama sobre la base de los requisitos de peso y estatura mínimos establecidos. Rawlinson demandó al Consejo Correccional de Alabama, a título individual y en representación de otras mujeres que se encontraban en la misma situación. El estereotipo que sustentaba estos requisitos mínimos es que las mujeres son menos fuertes (sin embargo, no todas las mujeres son menos fuertes que los hombres). La Corte Suprema dio la razón a la señora Rawlinson, en este extremo de la demanda, y estimó que los requisitos relacionados «con el peso y estatura mínimos» –que afectaban, fundamentalmente a las mujeres– contravenían las leyes que prohíben la discriminación en el empleo.

En su **dimensión prescriptiva**, hacen referencia a los roles, espacios, atributos y características que ciertas personas «deberían tener». Los estereotipos prescriptivos disponen –en las leyes, las políticas públicas y/o en las prácticas sociales– lo que las mujeres deben ser y/o hacer. Cardoso (2016) agrega que, en esta dimensión, los estereotipos aluden a las creencias acerca de las características que son deseadas o que son las apropiadas para las mujeres y/o para los hombres en una sociedad determinada (p. 33). Es decir que, no simplemente describen –por ejemplo– que muchas mujeres son cuidadoras, sino que prescriben que las mujeres «deben ser cuidadoras» (Cusack, 2014).

Las precitadas dimensiones se encuentran plasmadas en diversos documentos de la Organización de las Naciones Unidas, entre otros, en el informe sobre «los estereotipos de género como violación de los derechos humanos», encargado por el Alto Comisionado, en el que se hace referencia explícita tanto a la dimensión descriptiva como a la dimensión prescriptiva, al señalar que “un estereotipo de género es una visión generalizada o una idea preconcebida acerca de los atributos o características que son o deberían poseer, o los roles que son o deberían ser desempeñados por hombres y mujeres” (ACNUDH, 2013, p. 8).

La doble dimensión de los estereotipos de género también está presente en la jurisprudencia de las Altas Cortes. A título de ejemplo se puede citar la definición esbozada por la Corte IDH en el caso *Guzmán Albarracín vs Ecuador*, decidido en 2020, en el que reitera lo establecido en el emblemático caso *Campo Algodonero vs México*, al señalar que los estereotipos de género se refieren a:

“Una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de las mujeres, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”. (párr. 181)

Como se advierte, la Corte IDH además de hacer referencia a la dimensión descriptiva y prescriptiva de los estereotipos de género, insiste en la gravedad de su presencia en el razonamiento judicial. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW)² se ha pronunciado en el mismo sentido en reiterados dictámenes. Sin ánimo de agotar el análisis de los pronunciamientos emitidos por este órgano, se presentan dos dictámenes emblemáticos que permiten poner de manifiesto las implicancias negativas –para el ejercicio de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia de las mujeres– de la presencia de estereotipos de género en las decisiones judiciales.

En el primer Dictamen, recaído en el caso, Karen Tayag Vertido contra Filipinas, decidido en 2010, el Comité CEDAW examina el cumplimiento por el Estado de Filipinas de su obligación de ejercer la debida diligencia para eliminar los estereotipos de género, de conformidad con los artículos 2 f) y 5 a) de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En esta causa estima que, en la evaluación de la credibilidad de la versión de los hechos presentados –denuncia de violación de la libertad sexual– habían influido varios estereotipos, puesto que –a entender de la magistrada– la señora Vertido no había mostrado en esta situación, el comportamiento esperado de una víctima ideal y racional, o lo que la magistrada consideraba la respuesta racional e ideal de una mujer en una situación de violación. Es decir que, la resolución judicial pronunciada por

2 Órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, y tiene competencia de recibir y evaluar las comunicaciones presentadas por las personas que se hallen bajo su jurisdicción y que aleguen ser víctimas de una violación de los derechos reconocidos por la precitada Convención (artículo 2 del Protocolo Facultativo de la CEDAW).

el Tribunal de Filipinas –luego de 8 años de duración del proceso– que absolvió al acusado, fue emitida sobre la base de estereotipos de género. En consecuencia, el Comité reconoce que la señora Karen Tayag Vertido sufrió daños y perjuicios morales y sociales, en particular, debido a la excesiva duración del proceso judicial y a que se volvió a convertir en víctima a causa de los estereotipos y prejuicios de género en que se basó la sentencia (Comité CEDAW, 2010, párr. 8.8).

En el segundo Dictamen, recaído en el caso, S.F.M. contra España, decidido en 2020, el Comité CEDAW evalúa el cumplimiento por el Estado español de su obligación de ejercer la debida diligencia en el procedimiento administrativo y judicial seguido por los actos de violencia obstétrica denunciados por S.F.M, y para eliminar los estereotipos de género. Recuerda que, en virtud de los artículos 2 f) y 5, los Estados parte tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas a fin de modificar o abolir no solamente leyes y reglamentaciones, sino también costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. Asimismo, reitera que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de las mujeres a ser protegidas contra la violencia de género –en el caso analizado, la violencia obstétrica–, y que las autoridades encargadas de analizar la responsabilidad por tales actos deben proceder con especial cautela para no reproducir estereotipos (Comité CEDAW, 2020, párr. 7.5).

406

En el examen de este caso, el Comité observa que las autoridades administrativas y judiciales del Estado español aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias al examinar la causa. Concretamente, al asumir que es el médico quien decide realizar o no la episiotomía, al afirmar sin proporcionar explicación alguna al respecto que era “perfectamente comprensible” que el padre no pudiera estar presente en el parto instrumental, y al asumir que las lesiones psicológicas sufridas por la autora eran una cuestión de “mera percepción” (Comité CEDAW, 2020, párr. 7.5).

Como es ampliamente conocido, además de la competencia para examinar comunicaciones presentadas por o en nombre de personas o grupo de personas bajo la jurisdicción de un Estado parte, el Comité CEDAW puede emitir recomendaciones de carácter general sobre cualquier cuestión que afecte a las mujeres, a la que considere que los Estados parte deberían de prestar atención (artículo 1 de la Convención). En el ámbito de esa segunda competencia, el Comité ha formulado una recomendación sumamente importante para el tema que nos

ocupa, se trata de la Recomendación General N.º 35 sobre acceso de las mujeres a la justicia, emitida en 2015.

En esta Recomendación (RG N.º 35) el Comité reitera, entre otras cuestiones relevantes, las consecuencias negativas de la presencia de estereotipos de género en las decisiones judiciales. A juicio del Comité, esta afecta la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, en la medida que pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen de forma defectuosa. Es decir, comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia que, a su vez, puede dar lugar a la denegatoria de justicia, la revictimización de las denunciantes y al mantenimiento de una cultura de impunidad (Comité CEDAW, 2015, párr. 26).

Ahora bien, el Comité CEDAW advierte que, los jueces y juezas no son los únicos agentes del sistema de justicia que pueden vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres al aplicar, reforzar y perpetuar estereotipos de género. También los fiscales, los policías y otros agentes del sistema de administración de justicia suelen permitir que los estereotipos influyan en las investigaciones y los juicios, especialmente, en casos de violencia por razón de género contra las mujeres (Comité CEDAW, 2015, párr. 26).

En definitiva, el Comité pone de relieve que los estereotipos pueden estar presentes en todas las fases de la investigación y del juicio, y por último influir en la sentencia. Bajo esta premisa, en los siguientes epígrafes nos centramos en el análisis de las resoluciones judiciales y decisiones fiscales emitidas –en un extremo del fallo– sobre la base de estereotipos de género. Para el escrutinio de las resoluciones en el ámbito interno, recurrimos a la jurisprudencia del órgano de cierre del sistema jurídico, el Tribunal Constitucional. Órgano que, si bien en su labor de control constitucional no incorpora explícitamente el análisis de estereotipos de género, ese escrutinio puede ser inferido a partir de los fallos emitidos por esta Alta Corte, fundamentalmente, en materia de discriminación por razones de sexo.

Para las resoluciones en sede supranacional, recurrimos a la jurisprudencia de la Corte IDH, institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los demás tratados interamericanos sobre los que el Tribunal puede ejercer su competencia (Salvioli, 2020, p. 216). Nos centramos en su función contenciosa, ámbito

en el que el Tribunal Interamericano efectúa, desde hace más de una década –a partir del Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, decidido en 2009–, un análisis explícito de la presencia de estereotipos de género en las decisiones judiciales y en la actuación de los agentes del Estado. De forma reiterada nombra y cuestiona los estereotipos asumidos por los jueces de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como por las autoridades estatales encargadas de la investigación de casos de violencia y discriminación contra las mujeres. Este análisis da cuenta que, pese a la consagración constitucional y convencional del principio de igualdad y prohibición de discriminación, persisten prácticas estatales y las resoluciones judiciales –en sede interna– fundadas en estereotipos de género en perjuicio de los derechos de las mujeres.

3. Los estereotipos de género en el sistema de administración de justicia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos de las mujeres

La eliminación de la discriminación contra las mujeres exige –como condición de posibilidad– la identificación y supresión de los estereotipos de género. Bajo esta premisa, el Comité CEDAW, en su Recomendación General N.º 25 estima que, en la labor de eliminar la discriminación contra las mujeres, los Estados parte de la Convención, como es el caso del Estado peruano³ tienen, entre otras, dos obligaciones esenciales:

En primer lugar, la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra las mujeres en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, las mujeres estén protegidas contra la discriminación –que puedan cometer las autoridades, los jueces (...), o los particulares– por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. En segundo lugar, los Estados Parte están obligados a **hacer frente (...)** a la **persistencia de estereotipos basados en el género** que afectan a las mujeres no solo a través de actos individuales, sino también porque

3 La Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW). Tratado suscrito por el Perú el 23 de julio de 1981, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N.º 23432, del 23 de junio de 1982, y promulgado por el presidente de la República el 5 de julio del mismo año. Asimismo, el Perú ha suscrito el año 2000 y ratificado el siguiente año (mediante Resolución Legislativa N.º 27429, de 23 de febrero de 2001) el Protocolo Facultativo de la CEDAW.

se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales. (Comité CEDAW, 2004, numeral 7)

Asimismo, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), en su Recomendación General N.º 1, reitera la importancia de erradicar los estereotipos de género en los razonamientos, actitudes y actuaciones de los funcionarios públicos, especialmente los del sector justicia ya que estos tienen graves implicaciones en la garantía de acceso a la justicia para las mujeres (CEVI, 2018). Las Altas Cortes tienen un papel crucial en la identificación y desmantelamiento de los estereotipos de género en las resoluciones judiciales.

El estudio de la jurisprudencia de las magistraturas constitucionales (Tribunales Constitucionales, Cortes Constitucionales, Salas Constitucionales, Cortes Supremas) (Ferrer Mac-Gregor, 2002) da cuenta de la frecuencia *–in crescendo–* con que estas Altas Cortes, en cumplimiento del mandato constitucional y convencional de eliminación de la discriminación contra las mujeres, utilizan el análisis de estereotipos de género (Clérico, 2018; Gómez, 2019; Quispe, 2019). En el Perú, el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, ha desempeñado un papel crucial en la eliminación de la discriminación contra las mujeres. Aun cuando no haya incorporado de forma explícita el análisis de estereotipos de género en su jurisprudencia en materia de tutela de derechos fundamentales de las mujeres, esta permite afirmar que ha contribuido de manera decisiva en su identificación y desmantelamiento. Tres sentencias emblemáticas sobre discriminación por razones de género contra las mujeres permiten advertir dicha contribución.

3.1. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 05527-2008-PHC/TC

En este fallo, emitido el 11 de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el acto de separación definitiva de la cadete Nidia Baca Barturen del centro de formación de la Policía Nacional del Perú en el que cursaba estudios: la Escuela Superior Técnica de Chiclayo. Separación motivada por el estado de embarazo de la cadete.

Esta sentencia es emblemática para el caso que nos ocupa por tres razones esenciales. En primer lugar, por haber analizado la relevancia del contexto de discriminación en el que se produce la separación de la cadete Baca Barturen, e

identificar que no se trataba de un hecho aislado, un acto de discriminación individual que le afectara de forma exclusiva a la demandante, sino que se trataba de un patrón de actuación sistemática (una práctica reiterada) de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, que afectaba a las estudiantes y cadetes que se embarazan durante el proceso de formación. Se trataba de una cuestión de discriminación colectiva o grupal en los términos propuestos por Barrére Unzueta en su obra *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista* (2014). Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló:

En nuestra sociedad es un hecho de conocimiento público y una práctica reiterada que las cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú que salen embarazadas sean separadas de manera definitiva de la institución a pesar de que Ley N.º 28338, de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, publicada en diario oficial *El Peruano* el 17 de agosto de 2004, no contempla al embarazo como causal para la separación de las cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú. (STC 05527-2008-PHC/TC, fundamento 4)

410

En segundo lugar, por considerar que la separación de alumnas y cadetes por razón de embarazo constituye una medida discriminatoria. Un acto nulo de pleno derecho por contravenir el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; y, vulnerar, asimismo, dos derechos fundamentales: el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación. Desde este presupuesto, para el Tribunal Constitucional:

(..) Ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada, puede, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta, el embarazo de una alumna, estudiante o cadete.

En ese sentido, cualquier norma que se ocupe de tipificar la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo debe ser inaplicada por los jueces en virtud de la facultad conferida por el artículo 138 de la Constitución, por ser contraria a los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. (STC 05527-2008-PHC/TC, fundamento 22)

En tercer lugar, por ordenar que la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo reincorpore a doña Nidia Yesenia Baca Barturén como alumna. Y, declarar que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo.

3.2. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 01423-2013-PA/TC

En este fallo, emitido el 9 de diciembre de 2015, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la disposición de baja de la cadete Andrea Celeste Álvarez Villanueva de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú (FAP) por «estado de gestación». Decisión emitida sobre la base de lo dispuesto en los artículos 42 inciso c) y 49 inciso f) del Decreto Supremo N.º 001-2010-DE/SG.

Este fallo emblemático es de especial relevancia para el tema materia del presente artículo, por tres motivos. En primer lugar, porque es la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional incorpora de forma explícita la perspectiva de género. En efecto, entre sus consideraciones principales, bajo el título «género y Constitución» pone de relieve que en el Estado Constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, reconocida en el texto constitucional (inciso 2 del artículo 2). Para el Tribunal:

[E]l carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad en la medida que vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido por parte de todas las personas. Que las desigualdades no existan, más aún cuando se trata de las culturalmente creadas, es una tarea que principalmente involucra al Estado (...). (STC 01423-2013-PA/TC, fundamento 14)

En segundo lugar, porque reafirma el criterio que dar de baja a las cadetes por razón de embarazo constituye una medida discriminatoria. Este razonamiento establecido en la STC 05527-2008-PHC/TC para el caso de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, es reiterado en este fallo, para el caso de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú (FAP). El Tribunal Constitucional estima que esta disposición constituye una manifestación de discriminación directa.

En efecto, la causal de baja –por estado de embarazo– imputada a la cadete Álvarez Villanueva, conforme alega el procurador público del Ministerio

de Defensa en la contestación de la demanda, fue adoptada sobre la base de dos disposiciones normativas establecidas en el Reglamento Interno de los centros de formación de las Fuerzas Armadas. Se trata de los siguientes artículos:

“Artículo 42.- Del estado civil, paternidad y maternidad

Para obtener y mantener la condición de cadete o alumno en los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, se requiere cumplir con lo siguiente:

(...)

c) No encontrarse en estado de gestación”.

“Artículo 49.- De las causales de baja

La baja del cadete o alumno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas puede darse en los siguientes casos:

(...)

f) Inaptitud psicofísica de origen psicossomático”.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional se pronuncia, sobre la validez constitucional de estas disposiciones legales, es decir, sobre la validez constitucional de la «prohibición de estado de gestación» como condición para mantener el estatus de cadete de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú (FAP). Con ese objetivo, realiza control difuso de constitucionalidad de los precitados artículos del Decreto Supremo N.º 001-2010-DE/SG. Siguiendo los criterios establecidos en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02132-2008-PA/TC, verifica que dichas disposiciones normativas constituyen un caso de normas auto-aplicativas. Considera, asimismo:

Que dichas disposiciones son inconstitucionales y lesionan derechos fundamentales desde su entrada en vigencia. Ello, por cuanto, establecen un trato diferente y perjudicial en función al sexo y a circunstancias que tienen una relación inequívoca con el género femenino, como es el estado de gestación (discriminación *directa*).

Tal trato diferenciado injustificado impide el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como son el de educación (artículos 13 y 14 de la Constitución) y el de libre desarrollo

de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En el caso, la demandante no solo ve frustrada la posibilidad de concretar una carrera militar que eligió, sino también tiene que soportar que su condición de mujer y, en particular, su estado de gestación, le impide acceder de manera libre a una de las opciones educativas que el sistema ofrece para alcanzar el desarrollo personal y que el Estado, del cual forma parte, en lugar de eliminar las diferencias culturalmente creadas, las legitima y formaliza expidiendo normas como las sometidas a control. (STC 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.1)

El Tribunal concluye que las normas en cuestión son abiertamente incompatibles con la Constitución, en particular, restringen los derechos de las mujeres (i) a la igualdad y no discriminación; (ii) el derecho fundamental a la educación; y, (iii) el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al tratarse de actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales (Bernal Pulido, 2007; Clérico 2018), el supremo intérprete de la Constitución realiza el análisis de tal infracción a través del principio de proporcionalidad o test de igualdad.

413

De acuerdo con las pautas establecidas por el propio Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia (STC 045-2004-PI/TC, fundamentos 31-41 y STC 06626-2006-PA/TC, fundamento 45), el principio de proporcionalidad comprende el análisis de tres subprincipios, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. “Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional” (Bernal Pulido, 2007, p. 43). Desde esta óptica, antes de proceder al análisis de los subprincipios, el Tribunal Constitucional determina la finalidad que persigue la «prohibición de estado de gestación» como condición para mantener el estatus de cadete del Centro de Formación de la Fuerza Aérea del Perú. Se pregunta, al mismo tiempo, si ¿es una finalidad constitucionalmente válida?

Para el Tribunal Constitucional el *objetivo* de la restricción es que las cadetes o alumnas de un Centro de Formación de la Fuerzas Armadas alcancen una preparación integral, es decir, una adecuada formación académico militar que obligatoriamente exige un alto desempeño y logros físicos dada la naturaleza militar de la educación. Tal objetivo tiene como *fin* contribuir de

manera efectiva en un futuro inmediato al óptimo funcionamiento de las instituciones militares que tienen el deber constitucional de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República (...). (STC 01423-2013-PA/TC, fundamento 37.1)

Considera, en consecuencia, que existe una finalidad constitucionalmente válida que ampara su adopción. Por lo que, procede a evaluar si la restricción cuestionada supera: (i) el principio de idoneidad, es decir, si constituye un medio adecuado para la prosecución del objetivo. El Tribunal Constitucional estima que:

“Se debe reconocer que el estado de gestación no coloca a la mujer en las mismas condiciones físicas que tiene una persona que no se encuentra embarazada (...)”. Advierte, asimismo, que “la preparación militar exige un alto rendimiento físico que bien podría colocar en estado de riesgo a la salud de una persona embarazada. (STC 01423-2013-PA/TC, fundamento 37.2)

414

De ahí que, a juicio del Tribunal, el “medio empleado «prohibición de estado de gestación» sí ayuda a cumplir el objetivo y, por tanto, a alcanzar la finalidad perseguida”. Enseguida, analiza si la medida restrictiva empleada supera: (ii) el principio de necesidad o si existen otras medidas alternativas igualmente eficaces que permitan alcanzar la finalidad constitucional perseguida interviniendo en menos grado a los derechos en controversia. El Tribunal argumenta que:

Si el objetivo de la restricción es que la cadete de un Centro de Formación de las FFAA. alcance una preparación integral, es decir, una adecuada formación académico militar y física para contribuir de manera efectiva en un futuro inmediato al óptimo funcionamiento de las FFAA., qué duda cabe que la cadete cuando termine el proceso de gestación pueda alcanzar el alto nivel de rendimiento físico exigido. Una medida como suspender a la cadete hasta que termine su embarazo o durante un plazo razonable (...), es una alternativa que no interviene en grado alguno en los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, y que también permite alcanzar el objetivo.

El Alto Tribunal advierte, en consecuencia, que la «prohibición de estado de gestación» como condición para mantener el estatus de cadete de un Centro de Formación de las FFAA. y no ser dada de baja, no puede ser considerada una

medida estrictamente necesaria para alcanzar el objeto y la finalidad señalados ya que existe otra alternativa menos gravosa. Se trata, por tanto, de una medida inconstitucional.

Finalmente, esta sentencia es importante por disponer que la Escuela de Oficiales de la FAP reponga a Andrea Celeste Álvarez Villanueva en su condición de cadete o alumna. Y, sobre todo, por **ordenar** a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las precitadas disposiciones legales, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad.

3.3. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 05121-2015-PA/TC

En este fallo, publicado el 14 de marzo de 2018, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo planteada por una joven practicante de un estudio jurídico⁴ contra el Ministerio Público. En consecuencia, se declaró nulo (i) el dictamen fiscal –de 18 de octubre de 2006– emitido por la Octava Fiscalía Provincial de Lima que resolvió “no haber mérito a formular denuncia penal por la comisión del **delito de violación de la libertad sexual**”; y, (ii) el pronunciamiento confirmatorio de archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, por considerar que ambas decisiones han incurrido en una vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales.

Esta sentencia es relevante para el tema que nos ocupa, por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional afirma, sin ambages, que la violencia contra las mujeres constituye un problema estructural de «relevancia constitucional» que, consecuentemente, exige atención prioritaria y efectiva por parte del Estado. Exigencia fundada, a nivel interno, por la norma jurídica fundamental, la Constitución y, a nivel internacional, por lo dispuesto en la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres,

⁴ En la STC N.º 05121-2015-PA/TC publicada en el Portal Web del Tribunal Constitucional, se deja constancia que, a fin de salvaguardar el derecho a la protección de datos, se han ocultado los nombres de las partes.

(Convención Belém Do Pará), ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26583, de 22 de marzo de 1996.

Asimismo, en un fundamento de voto, emitido por la magistrada Ledesma Narváez –única mujer integrante del Colegiado⁵–, se enfatiza la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia.

En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional reitera que corresponde examinar, a través del proceso de amparo, la motivación llevada a cabo por el Ministerio Público al momento de emitir su decisión. Se sitúa en el marco de la teoría estándar de la argumentación jurídica y examina los dos pronunciamientos fiscales que dispusieron el archivamiento de la denuncia de violación de la libertad sexual, por estimar que existía insuficiencia probatoria para la formulación de la denuncia penal⁶.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que se ha producido una afectación al derecho a la debida motivación en ambas decisiones fiscales. La primera, emitida por la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, habría incurrido en una insuficiencia argumentativa. Así, conforme se aprecia del informe médico obrante en el expediente, la demandante –que denunció haber sido víctima de violación de la libertad sexual– presenta lesiones genitales: desgarramiento perineal (y sangrado activo). Ahora bien, según pronunciamiento de los médicos legistas intervinientes en la investigación, esta lesión podría haberse producido como consecuencia de «una relación sexual consentida» (posibilidad 1) o de «una relación sexual no consentida» (posibilidad 2).

Las dos posibilidades enunciadas en la información fáctica («consentimiento» y «no consentimiento»), sin embargo –advierte el Tribunal–, no se encuentran presentes en el razonamiento llevado a cabo por la fiscal (segunda premisa fáctica)

5 Si tenemos en consideración la composición según el sexo de los magistrados/as, el Tribunal Constitucional es una institución masculinizada. En efecto, desde el inicio de sus funciones en 1996 hasta la actualidad, solo 2 mujeres –frente a 24 hombres– han ocupado una magistratura: la doctora Delia Revoredo Marsano, integrante del primer Colegiado, y la doctora Marianella Ledesma Narváez, integrante del actual colegiado. En tanto que la composición de las magistraturas del Tribunal de Garantías Constitucionales –institución antecesora del TC– fue exclusivamente masculina. Así, durante los diez años de funcionamiento (1982-1992), las mujeres no tuvieron presencia en la magistratura en este Alto Tribunal. Ver: Quispe Ponce (2020).

6 Como enfatiza Atienza, las teorías estándar de la argumentación jurídica se sitúan en el contexto de justificación de los argumentos. Ver: Atienza (2005, p. 6).

al emitir su decisión, limitándose a recoger solo una de las dos posibilidades: la que considera que «no se habría acreditado el no consentimiento». En efecto, en la disposición fiscal provincial de archivamiento se concluyó:

«(...) teniendo en consideración lo vertido por la denunciante (...) así como las declaraciones de los médicos legistas, se puede concluir que el desgarro perineal sufrido como consecuencia de las relaciones sexuales entre y el denunciado no han sido producto de violencia o amenaza; por el contrario se acentúa la alegación sostenida por el denunciado en el sentido que las relaciones sexuales mantenidas con han sido consentidas». (Citado en STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 21)

De este proceso argumentativo se advierte que –como acertadamente pone de manifiesto el Tribunal Constitucional– la fiscal no revela las razones objetivas que le hacen preferir la «posibilidad 1» y la disuaden de la «posibilidad 2». Es decir que, a entender del intérprete supremo de la Constitución, la fiscal no habría fundamentado de manera suficiente por qué dejó de lado las conclusiones médicas objetivas respecto a la posibilidad conforme a la cual los desgarros genitales hubieran sido producidos en el contexto de «relaciones sexuales no consentidas», pese a que le compete realizar tal análisis a efectos de la formalización de la denuncia. Produciéndose, en consecuencia, un déficit de corrección y validez constitucional de la decisión impugnada.

417

Con relación a la segunda resolución –emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal– materia de control constitucional, el Tribunal considera vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, por dos razones: (i) cumplimiento formal de motivación, y (ii) adopción de la decisión sobre la base de patrones discriminatorios.

En cuanto al cumplimiento formal de la exigencia de motivación (i), el Tribunal Constitucional evalúa la disposición fiscal que, en virtud del razonamiento que a continuación se transcribe, ordenó el archivamiento definitivo de la denuncia:

(...) pese a obrar en autos los Certificados Médico Legales que concluyen desfloración antigua, dando cuenta de la existencia objetiva de una relación sexual, no determinan en ningún caso que dicha relación se haya practicado encontrándose la agraviada bajo un estado de inconciencia o incapacidad

de resistir (sic); lo que se acredita con la manifestación policial de R. Anco, recepcionista del Hostal (...) donde refiere que tanto la agraviada como el denunciado ingresaron a la habitación (...) caminando y, por la manifestación de la médico ginecóloga del Servicio de Salud de la Dirección de Asuntos Estudiantiles de la PUCP (...) donde señala que la agraviada no se encontraba en estado de ebriedad al momento de practicarle el examen (...). (STC 05121-2015-PA/TC fundamento 28)

Pues bien, a juicio del Tribunal Constitucional, el proceso argumentativo llevado a cabo por el fiscal carece de una motivación adecuada, suficiente y congruente, fundamentalmente, debido a que desnaturaliza el valor probatorio de los certificados médicos que, en caso de autos, tiene como objetivo probar la violación sexual alegada más no el estado de inconsciencia de la víctima, como pretende el representante del Ministerio Público.

Respecto a la decisión fiscal adoptada sobre la base de patrones discriminatorios (ii), el Tribunal examina el siguiente texto de la resolución:

418

«(...) la sindicación hecha por la denunciante, sin medidos de prueba que sustenten sus afirmaciones, resulta insuficiente para ser considerada como elemento que atribuya responsabilidad penal alguna, más aun teniéndose que desde la fecha en que ocurrieron los hechos a la de formulación de la denuncia transcurrieron cuarentidos días (...) aunado a la edad de la denunciante, su actividad preprofesional en la carrera de Derecho y principalmente la forma y circunstancias del hecho incoado (...).» (STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 29)

El Tribunal advierte dos cuestiones esenciales, por un lado (ii.a), que el Ministerio Público no ha tomado en cuenta «la declaración de la propia recurrente» (la palabra de la víctima), aun cuando en estos casos resulta de vital importancia, dadas las especiales circunstancias que rodean el delito de violación sexual, conforme estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos *Fernández Ortega vs México* y *Rosendo Cantú vs México*.

Con este análisis, el Tribunal Constitucional arroja luz sobre uno de los problemas centrales persistentes en todos los sistemas de administración de justicia de las Américas, también en el Perú. En efecto, la «infravaloración de la palabra de las mujeres» y la «descalificación de las víctimas» en los procesos judiciales de

violencia sexual es un patrón de actuación de los operadores judiciales –constatado por la CIDH–, que supone uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres⁷.

Por otro lado (ii.b), el Tribunal también advierte que la decisión adoptada por el Fiscal Superior se apoya en criterios que constituyen patrones discriminatorios centrados en la conducta de la víctima (el tiempo que tardó en denunciar el hecho) y en su vida (su actividad preprofesional en la carrera de derecho y su edad). Como puede apreciarse, se trataría de una decisión fundada en estereotipos de género, ideas preconcebidas –por el fiscal– sobre «cómo debería actuar una víctima de violación».

Finalmente, en tercer lugar, este fallo es importante porque en el control constitucional que efectúa el Tribunal pone en el punto de mira uno de los problemas prevalentes en los sistemas de administración de justicia de las Américas, a saber, la presencia de patrones discriminatorios y estereotipos de género en la evaluación de los hechos controvertidos, en la interpretación de las disposiciones normativas, la aplicación de las normas jurídicas, y en la justificación de las decisiones llevadas a cabo por los operadores de justicia. Problema vigente en el Perú, al que, a través de este pronunciamiento, el intérprete supremo de la Constitución hace frente, exigiendo una motivación reforzada en los casos de discriminación contra las mujeres, de las que la violencia es una de sus manifestaciones más graves.

4. Los estereotipos de género en el sistema de administración de justicia: análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos de las mujeres

4.1. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas

González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, decidido en 2009, es el primer caso en el que la Corte IDH realiza un análisis explícito de la presencia de estereotipos de género en los procesos judiciales en materia de derechos de

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relatoría sobre los derechos de la mujer. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, 9 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, párrafo 128.

las mujeres. En este emblemático fallo, el Tribunal Interamericano se pronuncia sobre: (i) la desaparición y posterior asesinato de tres mujeres –Claudia Ivette González, de 20 años; Laura Berenice Ramos Monárrez, de 17 años; y Esmeralda Herrera Monreal, de 15 años–; y, (ii) respecto a la inadecuada actuación de los agentes del Estado mexicano encargados de la investigación del caso.

La sentencia es relevante para el tema que nos ocupa, por tres razones esenciales. En primer lugar, porque la Corte IDH adopta un enfoque de género y considera que la respuesta del Estado frente a la denuncia interpuesta por los familiares de las tres mujeres desaparecidas, víctimas de feminicidio estuvo fundada en estereotipos de género. En efecto, conforme alega la Comisión IDH, cuando se denunció cada desaparición, los familiares recibieron comentarios por parte de agentes estatales sobre la conducta de sus hijas –juicios de valor acerca del “comportamiento de las víctimas”– que consideran influenciaron la inacción estatal posterior.

«La madre de la joven Esmeralda Herrera Monreal declaró que, al interponer la denuncia, las autoridades le dijeron que su hija “no está desaparecida, anda con el novio o anda con los amigos de vaga”, “que si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”. (Corte IDH. Caso Gonzáles y otras “Campo algodoner” vs. México, párr. 198)

420

La madre de la joven Claudia Ivette González indicó que cuando acudieron a presentar el reporte de desaparición, un funcionario habría dicho a una amiga de su hija que “seguro se había ido con el novio, porque las muchachas eran muy ‘voladas’ y se les aventaban a los hombres”. La madre también señaló que cuando fueron a poner la denuncia le dijeron que “a lo mejor se fue con el novio, que a lo mejor al rato regresaba”. (Corte IDH. Caso Gonzáles y otras “Campo algodoner” vs. México, párr. 199)

La madre de la joven Laura Berenice Ramos Monárrez indicó que los agentes policiales le dijeron que ella tenía que buscar a su hija porque “todas las niñas que se pierden, todas [...] se van con el novio o quieren vivir su vida solas”» (Corte IDH. Caso Gonzáles y otras “Campo algodoner” vs. México, párr. 200)

A juicio de la Corte IDH, los precitados comentarios efectuados por los funcionarios del Estado mexicano –policía judicial–, constituyen estereotipos de género.

En segundo lugar, porque en este caso, la Corte IDH reconoció que la presencia y uso de estereotipos de género en las actitudes y en las declaraciones de los funcionarios encargados de la recepción de la denuncia e investigación del caso, influyeron en el tipo de respuesta prestada por el Estado ante esta situación de violencia. Una respuesta indiferente, ineficiente y discriminatoria –documentada en autos– por parte de los funcionarios del Estado. En suma, una actitud que, como acertadamente señala la Corte IDH, convierte a los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos de las mujeres, a su vez, en víctimas.

En efecto, del acervo probatorio de este caso se desprende que, ante la indiferencia e inactividad de las autoridades –actitud enmarcada, ciertamente, en un contexto de discriminación y subordinación de las mujeres (Cardoso, 2015, p. 41)– frente a la denuncia de desaparición de las tres víctimas, los familiares no solo tuvieron que emprender, por iniciativa propia y sin el apoyo del Estado, una serie de actuaciones destinadas a su búsqueda; sino que además –como obra en los informes periciales– la actitud indiferente, la falta de información y los juicios reprochables emitidos por las autoridades en contra de las jóvenes desaparecidas, agravó el sufrimiento de los familiares y, evidenció la cultura de discriminación hacia las mujeres persistente (Corte IDH, caso *González y otras “Campo algodono” vs. México*, párr. 419).

De hecho, el Tribunal Interamericano constata –del informe del Estado de México ante el Comité CEDAW– que la «cultura de discriminación» hacia las mujeres “contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. Además, en el precitado informe, el Estado también señaló que esta cultura de discriminación contra las mujeres estaba basada «en una concepción errónea de su inferioridad» (Corte IDH, caso *González y otras “Campo algodono” vs. México*, párr. 398).

En tercer lugar, porque en este caso, la Corte IDH, estima que es posible asociar la subordinación de las mujeres a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes, y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial (Corte IDH, caso *González y otras “Campo algodono” vs. México*, párr. 401).

El Tribunal Interamericano afirma con contundencia que la creación y el uso de estereotipos se convierten en una de las causas y las consecuencias de la violencia de género contra las mujeres. En consecuencia, considera que en este caso la violencia contra las mujeres constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado de México violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana.

Concluye, asimismo, que el Estado incumplió con su deber de debida diligencia en el desempeño de las funciones de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. A juicio de la Corte IDH, esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir. Consecuentemente, el Estado incumplió con su deber de investigar –y con ello su deber de garantizar– los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal. Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Para, en perjuicio de los familiares de las tres víctimas (Corte IDH. Caso González y otras “Campo algodoner” vs. México, párr. 389).

422

4.2. Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas

Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, decidido en 2020, es el primer caso que conoce la Corte IDH sobre violencia sexual contra una niña en el ámbito educativo. En este emblemático fallo, el Tribunal se pronuncia sobre: (i) la violencia sexual cometida contra Paola del Rosario Guzmán Albarracín, entre sus 14 y 16 años de edad, por parte del Vicerrector del colegio secundario Martínez Serrano; y, el posterior suicidio de la adolescente; (ii) los derechos a las garantías judiciales y protección judicial respecto a las actuaciones en los procesos judiciales y administrativos iniciados con posterioridad a su muerte; y, (iii) la violación al derecho a la integridad personal en perjuicio de la madre y hermana de Paola Guzmán Albarracín.

La sentencia es relevante para el tema que nos ocupa, por tres razones esenciales. En primer lugar, porque la Corte IDH adopta un enfoque interseccional, analiza el caso no sólo desde una perspectiva de género, sino también desde una perspectiva de la niñez y adolescencia; y, tiene en cuenta, a su vez, la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Paola Guzmán. Así, sostiene que los actos de acoso y abuso sexual cometidos contra la menor no solo constituyeron, en sí mismos, actos de violencia y discriminación en que confluyeron, de modo interseccional, distintos factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, como la edad y la condición de mujer. Esos actos de violencia y discriminación se enmarcaron, además, en una situación estructural, en la que pese a ser la violencia sexual en el ámbito educativo un problema existente y conocido, el Estado no había adoptado medidas efectivas para revertirlo. Desde esta perspectiva, analiza el caso a la luz del corpus iuris interamericano: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem Do Pará”; Convención sobre los Derechos del Niño, que utiliza para fijar el contenido y los alcances del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

423

En segundo lugar, porque en este caso, la Corte IDH realiza un análisis explícito de la presencia de estereotipos de género en las actuaciones judiciales y administrativas. A partir de la conceptualización de estereotipos de género realizada el Caso *González y otras “Campo Algodonero” vs. México*, considera que la justicia penal de Ecuador abordó el juzgamiento de la muerte y la violencia sexual contra Paola Guzmán Albarracín, en el marco de un régimen jurídico discriminatorio en cuanto al género, y que no consideró la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba por ser niña y sufrir dicha violencia de un docente.

A juicio de la Corte IDH, los estereotipos y prejuicios operaron en las consecuencias del proceso, del siguiente modo:

“(…) La Corte Superior de Justicia de Guayaquil, consideró que no hubo delito de acoso sexual, pues no fue el Vicerrector quién “persiguió” a Paola, sino que fue ella quien requirió sus “favores docentes”, siendo ello el “principio de la seducción”. La misma decisión entendió que la conducta del Vicerrector configuraba “estupro”, y al explicar esto señaló que en ese delito la seducción se dirige a “alcanzar el consentimiento y lograr la cópula carnal,

con mujer honesta”. Sustentó sus afirmaciones citando doctrina especializada, que transcribió, que explica que “[e]s elemento esencial [del delito] el elemento de ‘doncellez’ de la estupro, entendiendo por ‘doncella’ [...] a la joven de vida honesta anterior al hecho, conserve o no su virginidad”. La decisión judicial se refirió a la figura penal del “estupro” que, en la legislación vigente al momento de los hechos del caso, señalaba como requisito para configurar el delito que la víctima fuera una “mujer honesta”.

El Tribunal Interamericano considera que esta decisión muestra un análisis sesgado con base en preconceptos de género. Así, entender que el hecho de requerir “favores docentes” implicaba, per se, que la víctima diera lugar a actos de “seducción”, lo que implícitamente conlleva atribuirle, al menos de modo parcial, responsabilidad en lo que finalmente ocurrió. Esta situación denota, de acuerdo con la Corte, un entendimiento de la mujer, que en este caso era una niña, como “provocadora” y permite la violencia sexual y discriminatoria ejercida en el hostigamiento, eximiendo de responsabilidad al victimario por ello. Considera, asimismo, que al calificar la conducta de “estupro”, la Corte Superior de Justicia de Guayaquil se refirió a requisitos de “honestidad” y “doncellez”, lo que implica la evaluación de la conducta previa de la víctima: un juzgamiento de la víctima, conceptualmente previo a la evaluación del accionar del victimario. De ese modo, el delito se configura en la medida en que la mujer afectada cumpla determinados requisitos de conducta, exigidos de conformidad a preconceptos de género, es decir, a prejuicios sobre las conductas pretendidamente debidas por una mujer o esperadas de ella por su condición de tal.

424

La Corte sostiene que en el curso de las actuaciones relativas al proceso penal hubo determinaciones, que incidieron en el proceso, sesgadas por los preconceptos de género. En consecuencia, concluye que las precitadas actuaciones no fueron llevadas con perspectiva de género, incumplándose los deberes dispuestos por la Convención de Belem do Pará.

En tercer lugar, porque en este caso, la Corte IDH establece estándares sumamente importantes destinados a la prevención y protección de las niñas, niños y adolescentes de la violencia sexual en contextos educativos. Estableció que las niñas/os tienen derecho a un entorno educativo seguro y a una educación libre de violencia sexual. Con este fin, los Estados deben adoptar todas las acciones necesarias para prevenir violaciones a derechos humanos en el curso de su proceso

educativo, que se debe tener en consideración la gravedad y especificidades que presentan la violencia de género, la violencia sexual y la violencia contra la mujer. Asimismo, estima que los Estados deben establecer acciones para vigilar o monitorear la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y desarrollar políticas para su prevención. Deben existir, también, mecanismos simples, accesibles y seguros para que los hechos puedan ser denunciados, investigados y sancionados.

5. Consideraciones finales

Los estereotipos de género hacen referencia a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Bajo esta premisa, la Corte IDH sostiene dos cuestiones esenciales. En primer lugar, que es posible asociar la subordinación de las mujeres a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En segundo lugar, que el uso de estereotipos de género se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra las mujeres.

Pese al reconocimiento constitucional y convencional del principio de igualdad y prohibición de discriminación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizada permite afirmar que, *de facto* la discriminación y violencia contra las mujeres es un problema persistente en la Región y en el Perú. De los casos analizados se advierte que, uno de los factores que agrava esta situación es la presencia de estereotipos de género en la administración de justicia, más precisamente, en la actuación de los funcionarios del Estado encargados de recibir y tramitar las denuncias por discriminación y violencia contra las mujeres; y, en las resoluciones judiciales, fiscales y administrativas. Respuesta que supone la vulneración de derechos fundamentales de las mujeres.

El Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana reiteran la obligación jurídica de los órganos jurisdiccionales de incorporar la perspectiva de género en todas sus actuaciones judiciales (en la evaluación de los hechos controvertidos, en la interpretación de las disposiciones normativas y en la aplicación de las normas jurídicas). Enfatizan en la obligación constitucional y convencional de juzgar con perspectiva de género a fin de contrarrestar la reproducción y/o la normalización de los efectos discriminatorios originados por los estereotipos de género.

Bibliografía

- ATIENZA, M. (2005). *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, México: Universidad Autónoma.
- BARRÉRE UNZUETA, M. A. (2014). *El derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*. Lima: Grijley.
- BARTLETT, K. (2011). *Métodos feministas en el Derecho*. Lima: Palestra.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARDOSO (2015). “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, pp. 26-48.
- CLÉRICO (2018). “Hacia un análisis integral de los estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”, en *Revista de Derecho del Estado*, núm. 41, pp. 67-96.
- COOK, R. J. y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia.
- COOK. (2014). “Entrevista a Revecca Cook: Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales”, en *Anuario de derechos humanos*, núm. 10, pp. 197-204.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la mujer. (9 de diciembre de 2011). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas*.
- Comité CEDAW. Karen Tayag Vertido v. Filipinas, Comunicación N.º 18/2008, UN Doc (CEDAW/C/46/D/18/2008).
- Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Recomendación general núm. 19: La violencia contra la mujer*.
- Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Recomendación general núm. 33: Sobre el acceso de las mujeres a la justicia*.
- Defensoría del Pueblo. (2019). *Supervisión de fiscalías provinciales especializadas en violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Informe de adjuntía N° 012-2019-DP/ADM*. Lima: Defensoría del Pueblo
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Violencia contra las mujeres: perspectivas de las víctimas, obstáculos e índices cuantitativos. Informe de adjuntía N° 002-2018-DP/ADM*. Lima: Defensoría del Pueblo.

- Defensoría del Pueblo. (2015). *Feminicidio íntimo en el Perú: análisis de expedientes judiciales (2012 -2015)*. Informe Defensorial N° 173. Lima: Defensoría del Pueblo.
- FRASER, N. (2008). *Escalas de la justicia*, traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder.
- GIMENO PRESA, M. C. (2020). ¿Qué es juzgar con perspectiva de género? Madrid: Aranzadi.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019). Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (11), pp. 1-26.
- MACKINNON, C. (2014). *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2020). *La perspectiva de género en la protección internacional de los derechos humanos. Diálogo multinivel y deconstrucción de estereotipos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTERO, S. (6 de diciembre de 2017). Las sentencias sin perspectiva de género, los estereotipos que ciegan a la Justicia. *Cuarto Poder*. (Consultado el 14 de marzo de 2021). Disponible en: <<https://goo.gl/1tUSxw>>.
- Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*. Disponible en: <<https://bit.ly/3nsXpNX>>.
- POYATOS, G. (2019). “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, en *Iqual. Revista de género e igualdad*, núm. 2, pp. 1-21.
- QUISPE PONCE, M. C. (2020). “La presencia de las mujeres en la magistratura constitucional en el Perú”, en LP. Disponible en: <https://lpderecho.pe/presencia-mujeres-magistratura-constitucional-peru/>
- SALVIOLI, F. (2020). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México.
- UNDURRAGA, V. (2017). ¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias). *Noticias UAI*. (Consultado el 14 de marzo de 2021). Disponible en: <<https://noticias.uai.cl/columna/cuidado-los-estereotipos-enganan-y-pueden-provocar-injusticias/>>.

El enfoque basado en derechos humanos y su incidencia en políticas públicas de los derechos sociales a partir del Tribunal Constitucional

✍ MELISSA FIORELLA DÍAZ CABRERA*

1. Introducción

Cuando hablamos de enfoque de políticas públicas estamos pensando en categorías y métodos para intervenir en la realidad, tal cual un par de anteojos, visibilizando aquello que tomamos como prioridad, a través del Estado pues tomará decisiones para resolver un problema público, la inacción o la desidia de sus órganos administrativos. El enfoque basado en derechos humanos es ciertamente un instrumento metodológico y además un instrumento ético pues la persona es el centro de decisiones de toda la actividad estatal, y tomará elementos del derecho internacional de los derechos humanos, elementos del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, con el fin de elaborar criterios y métodos logrando que se de vigencia a los derechos sin llegar a judicializar los problemas sino como decisiones de las entidades públicas. por lo tanto, involucra al ciudadano en mecanismos de participación ciudadana, sin llegar a judicializar puede ser exigible en las decisiones administrativas.

Este enfoque no es casual, se justifica precisamente en que el Perú ha firmado la mayor parte de los tratados vinculantes (internacionales y regionales) sobre derechos humanos; sin embargo, mirando nuestra realidad nos preguntamos ¿por qué la efectividad de los derechos humanos sigue siendo tan crítica?

(*) Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad Privada Antenor Orrego. Docente de la Universidad Nacional de Trujillo y Universidad Privada Antenor Orrego.

A pesar de algunos avances, el Estado cumple de manera muy precaria con las obligaciones a las que se ha comprometido. Gran parte de este incumplimiento se puede dar cuenta en la negativa de otorgar eficacia inmediata a los derechos sociales, probablemente porque el Gobierno no incorpora de manera efectiva el espíritu de la normativa internacional sobre estos derechos en el diseño de sus políticas públicas. La perspectiva tradicional siempre parece haber sido mirar el Estado “satisfaciendo necesidades básicas” en lugar de concebirlas como individuos a los cuales está obligado al respeto y defensa de la dignidad humana como fin supremo. En la literatura inicialmente se concebía a los derechos sociales correlativos a los derechos positivos porque corresponden a un deber de hacer o una obligación a cargo del Estado. (FERRAJOLI, L Principia iuris, T.I, Trotta, Madrid, 2011), sin embargo, esa concepción tiene sus detractores como Henry Shue, Christian Courtis, y Víctor Abramovich, pues creen que no debe existir diferenciación entre derechos civiles y políticos dado que no existe la categoría de derechos no fundamentales, y que son tan exigibles como los primeros por lo que no se debiera entender que deben quedar a la espera de algún desarrollo legislativo o la existencia de presupuesto programado para su plena eficacia, pues indirectamente algunos de los derechos sociales, económicos y culturales están en íntima conexión con el derecho a la vida, por ejemplo, la pensión de jubilación, la remuneración mínima vital, algunos derechos colectivos que gozan de protección constitucional especial: pueblos indígenas, personas en situación de desplazamiento, entre otros).

Recuérdese el Informe de la Verdad y la Reconciliación el paradigma cuyo enfoque basado en los derechos humanos y su incidencia en políticas públicas ha originado el Plan Nacional de Los Derechos Humanos, un documento que plasma el compromiso político del Estado luego de 20 años de violencia política y destrucción del Estado de Derecho en el Perú y a partir de ellas la organización e implementación de diversas políticas públicas. En su elaboración el Estado invirtió en la realización de 183 audiencias públicas macrorregionales en las que participaron diversas instituciones públicas y privadas, sin embargo, ese sueño se vio empañado por algunos factores como corrupción, falta de interés de los representantes y presupuesto entre otros, así como la poca preparación académica y profesional de los actores políticos en materia de derechos humanos excusando siempre el cumplimiento y efectividad de los derechos sociales por razones de presupuesto o de desarrollo legislativo.

La justicia constitucional a través de la vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido ajena a esta problemática, y ha decidido intervenir en la evaluación de esas decisiones que supuestamente basada en derechos humanos, los derechos sociales se no se cumplen o se cumplen tardíamente o de manera deficiente al punto de exigirlos al Estado fuera de una delimitación legislativa; afirmando que, ***“el principio de progresividad es en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, dicha progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”*** (STC Exp. N° 2945-2003-AA-F.J. 36). Es con el caso Azanca Alhelí que inaugura la narrativa de la exigibilidad judicial de los derechos sociales a razón de la política de salud pública que establecía a través de la Ley N° 28243: “la gratuidad progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema”: como puede apreciarse el derecho a la salud y vida comprendidas como indesligables y ordenar la exigencia del uso de antirretrovirales para combatir el VIH de manera gratuita, por la gravedad del caso, la afectación directa al derecho a la vida, y la existencia de una ley que se determinó obstaculizaba con el término “progresividad” el acceso a dicho programa, pues la negativa a esos medicamentos los demandantes morirían.

Sin embargo, a raíz de la situación de pandemia que azota a la población ¿qué podría suceder si el Estado no redefine las políticas públicas respecto al sector educación, salud, laboral, etc, o habiéndola dispuesto no ha iniciado ninguna acción tendiente a concretizarlas o existiendo un programa por los que se proveen servicios sociales, no logran satisfacer eficazmente un derecho social?, el tema inclusive podría llegar a analizarse desde un paradigma utilitarista sobre todo en esta crisis sanitaria en el que el país es sujeto de crédito, cuyos presupuestos no programados podrían dejar en cero la caja fiscal y ocasionar conflictos entre poderes del Estado hasta la judicialización de los derechos sociales.

El análisis de las políticas públicas toma mayor importancia y cada vez más profundo en el ámbito profesional y académico a fin de hacer efectivos los derechos sociales desde los Tribunales de justicia. América inició este enfoque

con Estados Unidos, en la década del 50, con los casos sobre segregación racial con el emblemático “Brown vs Board of Education of Topeka” donde la Corte Suprema de Estados Unidos dejó de lado la doctrina “iguales pero separados” fijada en el precedente *Plessy v Ferguson* (1896), y con ella la segregación racial en las escuelas¹. Owen Fiss en *El Derecho como Razón Pública* (2007) ha referido que, la reforma estructural tuvo su origen con el fallo *Brown of education*, convirtiéndose su práctica en regla central. A partir de entonces las cortes cambiaron radicalmente y emprendieron la reconstrucción de la realidad social, la reforma de las escuelas públicas fue un gran paso. El proceso exigía entre otras cuestiones, nuevos procedimientos para la asignación de estudiantes, nuevos criterios para la construcción de escuelas, la reasignación de plantas profesoras, la revisión de los sistemas de transporte para que incluyeran nuevas rutas y distancias, la reasignación de recursos entre escuelas y nuevas actividades, la modificación de currículos, el aumento de asignaciones presupuestarias, la revisión de los horarios para la práctica deportiva entre escuelas y nuevos sistemas de información para el control de desempeño de la organización. Revolucionario para la época porque eso abrió paso a otras reformas en el sistema público.

432

Precisamente, la relación entre enfoque de derechos humanos y las políticas públicas está en que este tipo de sentencias reestructuran algo en la política, su inacción o deficiencia por parte del Estado; denominándosele “sentencias estructurales” pues denotan un control de constitucionalidad fuerte con “activismo dialógico”, y que implica una visibilización de la problemática de interés público dándole solución involucrando a los actores políticos inmersas en el litigio, intervención que reconoce y afirma la fórmula política de Estado Social Democrático de Derecho (Art. 43° de la Constitución de 1993). Como puede verse el enfoque basado en los derechos humanos, no sólo podría mirarse desde una perspectiva en que la problemática social no se judicialice, sino que, estando inmersos en un litigio, el Tribunal cree que las entidades todavía pueden invitarse a dialogar y ser concretos en brindar las soluciones para el problema objeto de demanda,

1 La sentencia del caso *Brown v Board of Education* (1954), puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzales García, Julio V. *Las sentencias básicas del tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del estado del estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005, pp.275-291.

un mecanismo que reafirma los compromisos estatales en materia de derechos humanos y las estrategias por cumplirlas.

El enfoque basado en derechos humanos gira alrededor de la persona y su dignidad como centro de derechos detectando situaciones que impidan, obstaculicen o restrinjan el ejercicio de sus derechos, facilitado además oportunidades de acceso para satisfacer directamente las necesidades.

Este trabajo de investigación pretende contribuir con suficiente información algunos alcances del enfoque basado en derechos humanos y su incidencia en las políticas públicas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así la pregunta que guía el análisis propuesto es: ¿La existencia del enfoque basado en derechos humanos ha contribuido en el análisis de las políticas públicas en la jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional Peruano?

Nuestro objetivo principal es: Determinar si el enfoque basado en derechos humanos ha contribuido en el análisis de las políticas públicas en la jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional Peruano. Los objetivos específicos se concentran en los siguientes puntos de importancia: a) Explicar cuáles son las obligaciones previstas en los instrumentos internacionales vinculantes sobre derechos humanos, y en la Constitución Política del Estado. b) Analizar las sentencias del Tribunal Constitucional sobre revisión de políticas públicas. c) Recomendar la implementación de un enfoque multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario basado en derechos humanos para fortalecer la normatividad internacional, regional y nacional a través de la difusión académica de sentencias estructurales emitidas por el Tribunal Constitucional.

La hipótesis de esta investigación es que el Enfoque basado en derechos humanos ha contribuido significativamente en el análisis de políticas públicas en la jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional. Con ello se reafirma que no existe zona exenta de control constitucional y que incluso la justicia constitucional debe intervenir progresivamente en los asuntos públicos y estructurales cuando lleguen a su instancia ya sea ordenando mecanismos, implementación de medidas olvidadas o mandarlas realizar al Legislativo, entre otros.

La metodología se ha guiado este análisis documental, así como en el muestreo de fuentes, y el estudio de casos que nos debe instruir para futuras lecciones y no repetir el caos.

2. La evolución en la concepción de Estado y su intervención en los derechos

La existencia del Estado no se reduce a la presencia de elementos objetivos que regularmente lo definen como: territorio, población y una autoridad. El Estado es una concepción moderna corresponde a un proceso cultural por medio del cual la idea de un poder no individualizado encuentra su concretización histórica. (Burdeau 1970).

Ciertamente, el nacimiento del Estado moderno se produjo en Europa occidental y se debe a condiciones sociales, económicas, estructurales y culturales específicas que se vivió en cada estado e influyeron en sus estándares de vida. Así y por medio de una dinámica competitiva en los planos militar, económico, y simbólico que los señores feudales fueron arrastrados en un proceso de institucionalización y de diferenciación de la función política, principalmente con la creación de instituciones especializadas en una tarea particular como le Ejército, el cuerpo de policía, una administración fiscal permanente, diversos parlamentos, etc., precisamente una de las características más sobresalientes del Estado moderno es la monopolización del uso legítimo de la violencia física y simbólica (Bordieu, 1993).

434

En los procesos históricos independentistas de los estados latinoamericanos es particularmente ejemplar de una construcción estatal elitista, la élite criolla, sin mayor participación o integración de las poblaciones. También la existencia de la centralización de poder, pero con una integración extremadamente reducida de la población no criolla (Roth, 2006). Ello fue cambiando luego de las guerras mundiales y a pesar de esa repetitividad en América Latina, el aparato estatal no ha sido capaz de penetrar y ocupar todos los espacios sociales y territoriales. Una de las consecuencias del débil anclaje de las instituciones estatales en la sociedad es la facilidad con la que se pueden hacer cambios institucionales, hasta se le ha catalogado como bulimia legisladora y proliferación de instituciones que resulta ilusorio y simbólico. La incapacidad del Estado de compenetrarse con la sociedad, o por lo menos con parte de ésta como la de ejecutar eficazmente sus políticas, socava su legitimidad y lo aleja de la sociedad que pretende regular. Prueba de ello, es la poca confianza que expresa la ciudadanía latinoamericana en sus instituciones representativas, la administración pública y las instituciones democráticas en general (Rojas, 2010).

El Estado moderno se caracteriza por generar un debate político e ideológico sobre qué y cómo hacer. Durante el siglo XIX la filosofía del liberalismo

político y económico concibió un Estado mínimo que debe limitar sus intervenciones a lo estrictamente necesario para proteger la libertad y la propiedad de los individuos. A inicios del siglo XX el fracaso de ese movimiento con las guerras mundiales, crisis económicas y sociales condujo a considerar cambios en el modo de gobernar. El Estado debía intervenir como un regulador central del desarrollo de la vida social y económica de la nación. Así a partir de las primeras décadas del siglo XX bajo la influencia de la ideología socialista (el movimiento obrero y la Revolución bolchevique) y de las ideas económicas del Keynesianismo, se desarrollaron varios modelos de estados que se diferenciaron entre otras cosas, por su grado y modo de intervención en la vida social y económica de sus respectivos países. Sin embargo, a partir de los años setenta del siglo XX, el intervencionismo del Estado es nuevamente cuestionado, el intervencionismo burocrático y keynesiano pareció no estar en capacidad de resolver satisfactoriamente los problemas sociales y económicos de la época. Y fueron surgiendo cambios hacia el neoliberalismo con ciertas reformas de políticas económicas como la globalización, la autonomía de los mercados frente al Estado, pero disponiendo de instituciones fuertes para lograr una regulación eficiente de los mercados, y algunos intentan otra variantes de este nuevo modelo, esto es una combinación de intervencionismo estatal y participación ciudadana, aunado a la consolidación de regímenes democráticos, alianzas regionales como la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), la Alianza del Pacífico, etc, en América Latina.

Es verdad que, los Estados enfrentan problemáticas siempre renovadas en nuevos contextos internacionales, nacionales, regionales y locales: como la pandemia por la COVID19, exigencias por fortalecer la democracia, la participación ciudadana, la autonomía regional y, por ejemplo, reforzar las medidas para la protección del medio ambiente y la seguridad ciudadana, inequidad, desigualdad, pobreza, violencia, terrorismo, corrupción e inseguridad siguen siendo tema de agenda política lo cual influye sobre el funcionamiento del Estado. Como se puede ver, la cuestión de cuándo y cómo interviene el Estado en la sociedad sigue siendo una pregunta vigente.

3. La política pública

La política es la designación de los propósitos y programas por parte de las autoridades públicas, a través de la producción normativa de las instituciones públicas (planes, leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, fallos

jurídicos, etc.) como las actividades políticas y administrativas oficiales realizadas por actores políticos, sociales y otros (discursos, textos, nombramientos, etc.) para la elaboración, decisión, implementación y evaluación de políticas públicas, así como sus efectos en la sociedad y en la actividad política misma.

Siendo un fenómeno complejo en el que interactúan frecuentemente redes estructurales de agentes institucionalizados, debe concebirse la política pública como un conjunto de elementos que, con el concurso activo o voluntariamente inactivo de alguna institución gubernamental o autoridad pública, se articulan racionalmente entre sí, para lograr el mantenimiento o la modificación de algún aspecto de orden social.

Los elementos centrales que permiten identificar la existencia de una política pública son 4: percepción de problemas o expresiones de insatisfacciones, implicación del gobierno o de una autoridad pública, definiciones de objetivos y proceso. Entonces podríamos decir que una política pública existe siempre y cuando instituciones estatales, gubernamentales o públicas se comprometan total o parcialmente con la tarea de alcanzar objetivos, estimados como necesarios para el interés público, cuyo proceso está destinado a cambiar un estado de cosas percibido como problemático o insatisfactorio o hasta inconstitucional. Que en algunos casos puede significar hasta arbitrariedad el análisis de una política pública.

436

Para diferenciarlo de otros términos como programa, plan, proyecto. Programa se entiende como una serie ordenada de operaciones necesarias para llevar a cabo un objetivo en particular de largo plazo; un plan una propuesta detallada para lograr algo, y un proyecto, una iniciativa cuidadosamente planeada y diseñada para lograr un objetivo particular. En conclusión, podemos decir la política se entiende como orientaciones generales y acciones que se desarrollan mediante programas que se concretan en proyectos.

4. Análisis de políticas públicas y el enfoque basado en derechos humanos

El análisis de las políticas públicas consiste precisamente en el análisis del proceso de la acción pública bajo diversas disciplinas académicas tradicionales. Dunn, (1981) manifestaba que, se requieren de múltiples métodos de investigación y argumentos a fin de resolver problemas de política pública. Las perspectivas para analizarlas han ido evolucionando son tres: Primero, una perspectiva

de investigación científica clásica basada en la comprobación de explicaciones causales a partir de datos y evidencias empíricas para soportar la toma de decisión (enfoque neopositivista). A partir de los años 80 una segunda perspectiva, llamada cognitivista integró en sus marcos teóricos, las evidencias empíricas y el papel de las ideas. Finalmente, la interpretativista fundamentada en el construccionismo social, la teoría crítica y el giro argumentativo o lingüístico en las ciencias, minimizó la importancia de las evidencias empíricas.

El enfoque basado en derechos humanos está basado en los valores, principios y normas universales, propios de la dignidad de la persona humana, que se refieren a la vida, libertad, igualdad, seguridad, participación política, bienestar social y cualquier otro aspecto ligado al desarrollo integral de la persona, y que se sustentan en los derechos humanos. Un desarrollo basado en este enfoque, pretende transformar las relaciones de poder que existen, corregir las desigualdades, las prácticas discriminatorias y el injusto reparto de poder, por ser estos los principales problemas que obstaculizan el desarrollo. (Barco, 2014).

Por su parte el enfoque basado en derechos humanos como una mirada integral al Estado democrático de Derecho, permite evaluar la incidencia política condicionando la existencia de mecanismos para viabilizar las demandas ciudadanas los compromisos estatales en materia de derechos humanos y las estrategias para cumplir con esos compromisos estatales en materia de derechos humanos y las estrategias para cumplir con esos compromisos, aclarando el vínculo entre compromisos y estrategias estatales. Beetham y Boyle (1995) consideran que la reivindicación de derechos carece de valor si no se atribuye el deber a una institución o agente responsable de intervenir o abstenerse de hacerlo para que el derecho sea efectivo. Estos autores aseguran solo pueden realizarse cuando existe un deber aceptado por parte de un agente o institución responsable de un respeto y protección. En ese sentido, los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.

En la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Humanos de las naciones unidas (1981), se establece que las obligaciones previstas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no deben limitarse al reconocimiento de los derechos humanos, sino que implican que los Estados se comprometan a garantizar el goce de sus derechos. La Organización de las Naciones Unidas (1966) en el artículo 2° del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales,

formuló dos cosas: la primera de ellas establece que las medidas que buscan la plena realización de los derechos deben adoptarse, dentro de un plano razonablemente breve tras la entrada en vigor del pacto. La segunda postula que los Estados deben comprometerse a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian en el pacto, sin discriminación alguna. Esta segunda consideración es de cumplimiento inmediato. Con ello, la Organización de las Naciones Unidas expresa la necesidad de ir tras toda medida que resulte contrario a lo declarado y ratificado por los Estados, discriminación, desigualdad, falta de recursos básicos para subsistir, pensiones justas, etc.

Una de las primeras obligaciones estatales es: la obligación de respetar los derechos humanos evitando la adopción de medidas que impidan, obstaculicen o restrinjan el ejercicio de estos; en segundo lugar, la obligación de proteger los derechos humanos desplegando los mecanismos y los medios necesarios para impedir que terceros injiera, obstaculicen, o impidan el ejercicio del derecho y proveer directamente los servicios para satisfacer las necesidades de las personas.

438

El marco normativo internacional insiste en que los estados deben cumplir con sus obligaciones y poner a disposición de los ciudadanos los mecanismos (jurídicos o de otro tipo) para que ellos exijan el cumplimiento de sus derechos. Esto depende en gran parte de cómo asumen los derechos en cada nación. En efecto, la naturaleza de los marcos normativos determina las posibilidades de exigibilidad de los derechos. Por ejemplo, los Pactos de Derechos humanos como el Pacto internacional de los derechos sociales, económicos y culturales a diferencia del Pacto de derechos civiles y políticos tienen marcos de control y protección distinto. En el caso de estos últimos se comprometieron a proteger, respetar y a garantizar su goce, de manera inmediata, tras su ratificación, en cambio en los primeros los estados se comprometieron a adoptar medidas para lograr el ejercicio progresivo de esos derechos hasta el máximo de recursos disponibles, pues esas diferencias implican niveles distintos de exigibilidad. Según Sañudo (2012) como consecuencia de la poca atención prestada a estos derechos su contenido parece no estar bien definido, pues implica que los mecanismos para su protección y garantía son limitados. Esta situación debe cambiar con la puesta en marcha del Protocolo Facultativo para el Pacto Internacional de DESC de las Naciones Unidas en el 2008.

En el Perú, el artículo 55° de la **Constitución** dice: «Los **tratados** celebrados por el Estado y en vigor, forman parte **del derecho** nacional» y, asimismo, la Cuarta Disposición Cuarta y Complementaria del Constitución de 1993 que prescribe: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Bajo esta perspectiva se entiende que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y sus contenidos son incorporados en el bloque de constitucionalidad, lo que implican que adquieren fuerza normativa en el ámbito nacional. Esto supone a su vez que en virtud de las obligaciones que ha adquirido, debe desplegar las estrategias necesarias para alcanzar lo estipulado para cada derecho.

5. Principios de incidencia política desde el enfoque basado en los derechos humanos

Vásquez, G. H., Aldecoa, F., & Pazos, M. F. S. (2011) en su libro *Gestión de los derechos humanos: guía para su aplicación en los proyectos de cooperación al desarrollo* cita algunos principios que permiten enfocar el análisis de las políticas públicas desde los derechos humanos.

1. Las acciones de incidencia política, desde un enfoque basado en los derechos humanos, deben tener como referentes los principios de la normativa internacional sobre derechos humanos.
2. Los Estados, en razón de sus obligaciones, son los entes encargados de la garantía, la protección y el respeto de los derechos humanos.
3. La garantía, la protección y el respeto del derecho a la participación política posibilita que la sociedad civil, de manera organizada, pueda influir los asuntos públicos relativos a los derechos humanos.
4. La interdependencia de los derechos debe permear las acciones de incidencia política. Es necesario tener en cuenta que los derechos humanos son interdependientes. Por lo tanto, todas las acciones en beneficio de un derecho repercuten positivamente en beneficio de los otros.

5. La universalidad de los derechos, es decir el reconocimiento de que todas las personas, sin distingo alguno, son sujetos de derechos, implica articular todos los grupos de intereses posibles en una acción.

La incidencia política ha cobrado relevancia en las últimas décadas sobre todo en países con altos niveles de exclusión y desigualdad. Barriga, Fajardo y Meza (2012) sostienen que este enfoque puede reunir los siguientes puntos:

1. La incidencia política es un proceso de acción colectiva llevado a cabo de manera organizada. Esta organización puede responder a un problema coyuntural o a problemas estructurales.
2. La incidencia política es un conjunto de acciones planificadas que tienen un objetivo claro y que han sido definidas mediante la participación de los ciudadanos (movilización social, el litigio estratégico, negociaciones en conflictos colectivos, entre otras), con el fin de influir sobre las instancias de poder político: Ejecutivo, Legislativo y Judicial a través de sus atribuciones de control en pro del cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Desde esta perspectiva, la incidencia política sobre actores privados no es una prioridad dado que el Estado es el que debe desplegar las estrategias necesarias para que terceros (empresas y otros) no interfieran en el ejercicio de los derechos.
3. La incidencia política contempla la exigencia de los derechos humanos (entendiendo que los mecanismos de participación pueden ser usados para reclamar el cumplimiento de las obligaciones), la presión para el posicionamiento de demandas sociales, económicas, políticas y culturales de la sociedad civil, y la participación en el diseño, puesta en marcha, seguimiento y evaluación de las estrategias estatales para la garantía, la protección y respeto de los derechos humanos.
4. El uso de mecanismos de incidencia política depende de la existencia de una institucionalidad adecuada para la protección y el respeto de los derechos humanos, de la garantía del derecho a la participación ciudadana y de la existencia de una ciudadanía con capacidad para hacer uso de dichos mecanismos.
5. La incidencia política es más que una simple estrategia de persuasión de los actores estatales en beneficio de los intereses de los ciudadanos, pues se

presenta como una herramienta clave para ejercer presión sobre el cumplimiento de los compromisos estatales en materia de derechos humanos.

El Programa Nacional de Derechos Humanos curiosamente ha previsto todos los lineamientos con el enfoque basado en derechos humanos: Lineamiento 1: institucionalizar y transversalizar el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas; lineamiento 3: Asegurar la plena vigencia de los derechos humanos integrales; pero la realidad en la jurisprudencia, la elevada carga procesal nos dice en número que algo está fallando y que merece dar lectura a los casos en donde el Tribunal ha tenido que corregir mecanismos que con su retraso ha ocasionado la afectación gravísima de derechos humanos. Por lo que podríamos concluir que el EBDH no excluye a que sea la propia justicia quien revise estos casos de vulneración de derechos.

6. El rol del tribunal constitucional y su intervención en las políticas públicas

Cuando se han agotado los mecanismos de diálogo entre los administrados y el Estado, respecto a la solución de las políticas estatales que afectan derechos sociales, queda la línea del conflicto, del litigio, que se inicia de manera individual y termina con una determinación colectivista que sobre pasa la capacidad procesal de cualquier entidad del Estado a esas sentencias que evalúan este tipo de comportamientos omisivos, de inacción por parte del Estado se les ha catalogado a esos pronunciamientos como SENTENCIAS ESTRUCTURALES dentro de un modelo dialógico. Y revisaremos en adelante como se entrelazan este tipo de sentencias, ¿cuándo se utilizan?

Una sentencia estructural se caracteriza principalmente por concurrir con ella los siguientes elementos: 1) los derechos que son objeto de protección judicial pertenecen a un gran número de personas. 2) la causa de violación de los derechos es una situación de bloqueo institucional; 3) la decisión judicial constituye una orden compleja, pues su cumplimiento involucra a dos o más responsables y; 4) la decisión va seguida por una fase de seguimiento para evaluar el cumplimiento de dicha orden.

Cabe precisar que los Tribunales no “diseñan” la política pública, sino que se “articulan” con la rama política (Ejecutivo, Congreso, etc.), primordialmente de dos formas: “al inicio, señalando un evento como una cuestión que debe

merecer la atención estatal, y al final revisando en la etapa de evaluación los resultados de la implementación de la política diseñada por el respectivo organismo gubernamental. En ese sentido el dictado de una sentencia estructural exige la evaluación estratégica de, cuando menos los siguientes factores:

- a) La legitimidad y fortaleza del sistema judicial;
- b) La capacidad institucional del tribunal así como de los organismos responsables de implementar la decisión;
- c) Los costos de implementación de la decisión (financieros, pero también políticos);
- d) El tamaño del grupo demandante (mientras más extenso, menor nivel de cumplimiento); y finalmente,
- e) Los movimientos sociales en torno al proceso judicial, cuya participación puede ayudar a mantener la presión pública sobre las autoridades concernidas. (RODRIGUEZ, 2014)

442

En el caso peruano, las sentencias estructurales que cumplen con estos parámetros pueden adoptar diferentes variantes. El supuesto más claro e, sin duda cuando en ellas se emplea la técnica del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) frente a violaciones sistémicas y reiteradas de derechos pues se acompañan un conjunto de medidas a ser implementadas por varias autoridades con el objeto de reparar el derecho vulnerado, haciendo factible atacar la omisión o inercia de la autoridad, como pueden ser los procesos de amparo o de cumplimiento, utilizados desde una perspectiva de litigio estructural.

7. Casos de revisión de políticas públicas de entidades del estado por el Tribunal Constitucional

La jurisprudencia constitucional ofrece diversos casos en los que la apreciación de este supuesto resultó correcta. Un caso emblemático sobre un problema estructural de violación de derechos, en el caso del sistema de contratación externa de abogados que realizaba la ONP con el fin de evadir el pago de las pensiones a las personas jubiladas. La STC Exp. N° 05561-2007-PA, que declaró un ECI en este ámbito, puso en evidencia no sólo la temeraria actuación que venía asumiendo la ONP en los procesos judiciales sobre derechos pensionarios que instauraba

contraviniendo la jurisprudencia expresa del TC, sino también todo un aparato institucional diseñado para dilatar dichos procesos por medio de la tercerización de éstos a estudios de abogados, cuya asignación presupuestal incluso superaba los montos que, reclamados por los pensionistas, y sobrecargaba innecesariamente las labores de los jueces constitucionales, por ejemplo, en los fundamentos 40 y 41 llegó a expresar la necesidad de que este sistema de contratación “debe merecer una reestructuración integral”, “de todas las áreas de la ONP” a efectos de eliminar esta práctica manifiestamente contraria los derechos de los pensionistas.

Otro caso conocido caso de inercia, afrontado activamente por la jurisprudencia del TC, ha sido el relativo a la atención de la salud mental en los centros de salud del Estado. El carácter estructural del problema lo demuestra el amplio abanico de asuntos que han merecido la atención, hasta el momento, del Tribunal: desde las órdenes de alta que afectaban la salud de los pacientes, hasta el consentimiento previo e informado para su ingreso a los centros psiquiátricos o las condiciones del internamiento pasando por la falta de capacidad de los centros de atención psiquiátrica para atender las medidas de seguridad de internamiento que son dictadas por el Poder Judicial en el caso Marroquin soto STC N° 03428-2008.HC. Precisamente en las STC N° 03081-2007-PA (Caso Ramón Medina Villafuerte), 05842-2006-HC (Caso Instituto de Salud Mental “Honorio Delgado – Hideyo Noguchi”).

443

Así también en el ámbito universitario, en la STC N° 0017-2008-HC (Caso Filiales universitarias) respecto a la inacción de los órganos rectores del sistema universitario en el país. El problema de la contaminación ambiental en la ciudad de La Oroya, en el caso STC 2002-2006-PC – Caso Fabián y otros, en la cual se ordenó al Ministerio de Salud implementar un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por lomo en la ciudad de La Oroya, incluyendo la participación del gobierno regional, la municipalidad provincial, el ministerio de Energía y Minas y empresas privadas como Doe Run Perú SRL.

El caso del acceso a la información pública en los procesos de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura, en el caso Arellano Serquén STC N° 02579-2003-HD. Asimismo, cuando se declaró un ECI, para lograr la ejecución de una sentencia de la CIDH, STC N° 01722-2011-PA (Caso Sitramun-Lima) en el que el TC llegó a constatar que los órganos jurisdiccionales del Poder

Judicial venían incurriendo en una conducta permanente y constante de incumplimiento de una sentencia laboral por más de 12 años y del mandato ordenado por la Corte IDH en la sentencia del caso *Acevedo Jaramillo y otros vs Perú*, lo que había desencadenado la violación masiva y/o generalizada de varios derechos fundamentales de los beneficiarios de dicho mandato en la etapa de ejecución. E.j. 32.

Otro caso, singular donde se han revisado comportamientos anticonstitucionales por parte de la Administración Pública ha sido respecto de la práctica de las Escuelas de formación policial y militar, de separar a sus alumnos por razón de maternidad o paternidad. Inicialmente el TC había establecido que las escuelas de formación de la Policía se encontraban impedidas de separar a alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo, siendo esta práctica reiterada, al margen de la ley, corroborando con las múltiples quejas que eran recibidas por la Defensoría del Pueblo, denuncias en los medios de prensa. Años después en el caso EXPE N° 01126-2012-PA (Caso Marthyory Pacheco Cahuana) el Tribunal evaluó los requerimientos efectuados por las escuelas policiales y militares a sus estudiantes, para que señalen si eran padres o no, y en función de ello decidir si eran separados de la institución, hoy en día esta situación persiste, y las entidades castrenses se niegan a dialogar, pudiendo incluso el tribunal incrementar el nivel de las órdenes que ha dispuesto inicialmente.

444

Son en total 16 sentencias estructurales que el tribunal Constitucional en los que ha declarado ECI frente a una omisión e inacción por parte de las entidades del Estado, y en todas ellas definitivamente puede verse que la implementación de las políticas públicas se encuentra ausente el enfoque basado en derechos humanos pues como hemos referido líneas arriba, mientras más carga procesal exista demandando en el Tribunal a través de recursos de amparo u otra garantía constitucional mayor debe ser la evaluación de cómo se están comportando las entidades del estado ya sea como acciones, omisiones, o la puesta en práctica de reglamentos que concretizan una política pública ausente de este enfoque. Pues en este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional ingresa a un análisis de las políticas públicas desde una perspectiva académica, profesional, neopositivista, donde tienen presente el estado democrático de derecho y la defensa de la dignidad de la persona que se extiende a todo un colectivo para ir graduando sus órdenes a la entidad que incumple desde las más débiles a la más fuerte.

8. A modo de conclusión

En muchos de los casos abordados el Tribunal ha brindado un marco conceptual para entender la forma en que es posible judicializar los derechos sociales reforzando su vinculación normativa, pero al mismo tiempo respetando el margen de actuación política pertinente, o el principio democrático. Se ha avanzado brindando información objetiva y ha dialogado en más de un caso con las instituciones involucradas, detectando factores, causas, falta de implementación de mecanismos, falta de participación ciudadana, todo ello relacionado con el análisis de políticas públicas en sus diferentes fases: identificación del problema, formulación de acciones, toma de decisiones, implementación y evaluación.



Bibliografía

- BARCO, C. A. (2014). *El enfoque basado en derechos ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?* DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS. *Manual*, 51.
- BARRIGA, M., FAJARDO, J., & MEZA, M. (2012). *Guía de incidencia política de los sectores LGTBI de la ciudad de Bogotá*. Recuperado de la página web de la Corporación Red Somos: <http://www.redsomos.org/contenidos/documentos>.
- BORDIEU, Pierre (1993), “*Espirits d’Etats. Genèse et structure du champ bureaucratique*”, en *Actes de la recherche en Sciences Sociales*, 96/97, pp.49-62.
- BURDEAU, Georges, 1970. *L’Etat*, Seuil, Paris.
- CAPANO, G., (2009) “*Understanding Policy change as an Epistemological and theoretical Problem*” en *Journal of Comparative Policy Analysis*, vol.11,nº 1, pp. 7-31.
- DUNN, W.N. (1981) *Public Policy Analysis: An introduction* Englewoog Cliffs, N.J.: Prentice – Hall.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris*, T.I, Trotta, Madrid.
- FISS, O. M. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRIGUEZ GARAVITO, César y Celeste KAUFFMAN. *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para jueces, funcionarios y activistas*, De Justicia, Bogotá, 2014, pp 13-16.
- ROJAS AREVANO, Francisco, (2010) *Confianza: base para la gobernabilidad y la convivencia democrática en América Latina y el Caribe, VI Informe del Secretario General de FLACSO*, FLACSO, San José.

- ROTH, André-Noël, (2006). *Discurso sin compromiso. La Política de derechos humanos en Colombia*. Ediciones Aurora. Bogotá
- VÁSQUEZ, G. H., Aldecoa, F., & Pazos, M. F. S. (2011). *Gestión de los derechos humanos: guía para su aplicación en los proyectos de cooperación al desarrollo*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

El rol de los jueces constitucionales en el desarrollo del Estado Constitucional

✉ JOSÉ REYNALDO LÓPEZ VIERA*

1. Introducción

El Derecho Constitucional, el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son ramas jurídicas que hoy en día tienen un desarrollo y una expansión inimaginable en el mundo entero a través de las distintas familias jurídicas. Qué duda cabe que el fenómeno de la constitucionalización del derecho en particular y del Estado y de la sociedad en general es algo que cambia, rompe y modifica paradigmas en los estudiosos y operadores del derecho, acostumbrados en muchos países del derecho romano germánico o civil law –como es el caso nuestro– a la aplicación de la ley sin ninguna observancia previa, sería y eficaz a la Constitución como norma jurídica.

Hace mucho tiempo la mayoría de Estados Constitucionales viven lo que se denomina el “fenómeno de la constitucionalización” dentro del cual uno de los aspectos más resaltantes es la subordinación de la ley y cualquier otro tipo de acto estatal e inclusive particular a los principios, valores y derechos que presenta

447

* Abogado y Politólogo por la UIGV, Maestría en Derecho Constitucional por la UNFV y Estudios de Maestría en Política Jurisdiccional por la PUCP y la Universidad Castilla-La Mancha en España. Director en Perú y Docente visitante del Instituto Español de Investigación y Formación Internacional (INEFIN) con sede en Murcia -España. Catedrático de Pregrado de la Universidad Privada TELESUP, UPN, Cesar Vallejo y Universidad Alas Peruanas de los cursos de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público y Realidad Nacional e Internacional. Catedrático de Postgrado en la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad José Carlos Mariátegui. Docente invitado del Ejército del Perú, Ministerio Público, del Colegio de Abogados de Lima, Callao, etc y diversas Cortes Superiores del Perú. Presidente de la Sociedad Iusfilosofica “Atlantida”. Director del círculo de estudios Político-Constitucional: “Carl Schmitt”.

la Constitución, como un plexo armónico, orgánico y sobre todo directamente efectivo. Lamentablemente, una cosa es la teoría y otra es la realidad, una cosa es el “deber ser” y otra es el “ser” como dice el genial jurista Hans Kelsen. En muchos Estados Constitucionales los problemas acerca de la vulneración de los derechos fundamentales, la corrupción, la ineficacia de los órganos estatales, entre otros se presenta por la falta de este “conocimiento constitucional” que no permite despertar el “espíritu constitucional” en los ciudadanos para que el Estado Constitucional deje de ser irreal y se convierta en una auténtica y bella realidad. El presente artículo tiene como objetivo central dar una miríada analítica y crítica acerca de lo que ha significado la evolución del antiguo Estado de Derecho al moderno Estado Constitucional, en donde el rol de los jueces constitucionales es fundamental en su evolución para que luego de conocer y entender esta, podamos describir los problemas y buscar soluciones en aras de consolidar la finalidad máxima del Estado Constitucional: La defensa de los derechos fundamentales.. Comencemos entonces la descripción breve pero analítica y crítica de esta evolución, objetivo central del presente trabajo.

2. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho

*Zagrebel'sky*¹ nos cuenta cómo nació el Estado de Derecho en el siglo XVIII producto de las ideas liberales que impulsaron la Revolución Francesa en contra del *Machtstaat* (Estado bajo el régimen de fuerza) y el *Polizeistaat* (Estado bajo el régimen de Policía) en donde el poder estaba concentrado en manos de un solo hombre. A raíz de las ideas de Montesquieu (Principio de separación de poderes, principio de legalidad, etc) se crea el Estado de Derecho, en donde ya no se hablaría de un “gobierno de hombres, sino de un gobierno de leyes”.²

En este contexto, aparece la primera Constitución de Francia de 1791. Sin embargo, esta Constitución solo era concebida como norma política porque dentro de ella se encuentra la estructura, organización y funciones de los órganos que conforman la sociedad política y jurídicamente organizada llamada “Estado”. Cabe recordar que, solo como “norma política”, las constituciones no tienen implicancias jurídicas, es decir, son normas “declarativas” en donde si se

1 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. 2009, Madrid-España, pp. 21-45.

2 LOCKE, Jhon (2006). En: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid. Tecnos. PP. 131-142.

incumplen o vulneran, no cabría ningún tipo de sanción a ese incumplimiento o vulneración. Este era el sentido o significado de las constituciones a finales del siglo XVIII, cuando comenzaron a aparecer las primeras constituciones en los países del “*derecho romano-germánico*”³ encabezados por Francia.⁴ En efecto, como se sabe la Constitución más que proteger efectivamente los derechos de las personas, tenía una finalidad eminentemente política: Limitar al poder. Esto dio origen al cambio de Estado, de un Estado Monárquico absolutista, se paso a un Estado Liberal de Derecho, ya no era el “*gobierno de los hombres*” ahora sería “*el gobierno de las leyes*”. Aquí nace, el “Principio de Legalidad” y la supremacía de la ley frente a cualquier acto estatal o particular. Todo ello desemboca en la “Soberanía del Parlamento” que a la larga socavaría los cimientos del propio Estado de Derecho dando paso al actual Estado Constitucional de Derecho. En efecto, influenciados por las tesis del *Barón de Montesquieu* (en “*Del Espíritu de las Leyes*”) que a su vez estaba inspirado en *Jhon Locke* (en el “*Tratado sobre el Gobierno Civil*”), los franceses fueron consientes que para limitar el poder absoluto que había ostentado el Monarca, la solución era “dividir el poder” (“Principio de separación de poderes”). El error fue que se creyó de manera ciega, que de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), el Poder Legislativo debería tener supremacía sobre los otros dos, por ostentar la representación popular y eso conlleva a una desnaturalización, en donde la historia demostraría que efectivamente “***ya no era la voluntad arbitraria de uno sino que era la voluntad arbitraria de unos pocos***”, y ¿Quiénes eran esos pocos? Eran los parlamentarios, y sus creaciones “las leyes”, eran dogmas irrefutables. Esto conlleva a la decadencia del Estado Liberal de Derecho y tuvo consecuencias negativas para el derecho, la sociedad y la historia de los países que tomaron este modelo de manera incuestionable. Con todo ello, el Estado Legal de Derecho tendría que variar, centrar su punto de gravitación en algo más importante que la ley, algo por encima de ella, pues esta era la única manera de detener la supremacía arbitraria del parlamento. Ese *cambio*

3 Me refiero a los países del “*derecho romano-germánico*” porque en los países de la “*commonwealth*”, el desarrollo y el significado de las Constituciones y, en sí, el sentimiento constitucional fue muy distinto.

4 Francia fue el primer país de la Europa Continental y el segundo en el mundo, en emitir una Constitución escrita, fue la Constitución francesa de 1791. Cabe recordar que la primera Constitución escrita del mundo no fue dada por un país del “*derecho romano-germánico*” sino de un país con raíces en el “*common law*”: EEUU, fue la Constitución de Filadelfia de 1787, que entro en vigor en 1789 y está vigente hasta la actualidad con 27 enmiendas.

de paradigma del Estado de Derecho se da cuando este pasa a convertirse en el Estado Constitucional de Derecho, y con ello por primera vez la ley se encuentra en una relación de adecuación y subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.

La Constitución se vuelve norma jurídica suprema recién después del periodo de *Post Segunda Guerra Mundial*⁵, cuando la mayoría de Estados europeos se percatan que el Estado de Derecho que había originado “*La soberanía Parlamentaria*” no podía seguir vigente o al menos bajo esa misma concepción, pues el modelo había demostrado sus consecuencias negativas, al punto que ni siquiera había servido para limitar el poder y peor aún no había servido para proteger los valores esenciales más importantes del ser humano: Su dignidad y los derechos que derivan de la misma. Casos históricos emblemáticos para demostrar esto se dieron en la Europa de los años 20 y 30 del siglo pasado, pues si se hace un estudio analítico- jurídico del porque de algunos Estados Fascistas en la Europa del siglo XX, podremos observar que en gran parte se debió a este endeble y tergiversado modelo de “Estado Legislativo” en donde las Constituciones no eran más que “pactos de caballeros” y todo lo que regia era la ley como norma suprema. Así se tiene que en vista de ello, los Parlamentos Europeos comenzaron a avalar el poder absolutista de los dictadores a través de las leyes. El caso más emblemático es el de la Alemania Nazi, en donde fue el mismo Parlamento alemán (El “*Reichstag*”) quien le dio “*Plenos poderes a Hitler*” para dictar “*leyes del mismo rango que la Constitución de Weimar*”, es decir, el Estado de Derecho que se había creado para limitar el poder y cuyo máximo exponente era el Supremo Parlamento, contrariamente a su naturaleza, se lo entregaba a un solo hombre para que lo utilizara sin ningún control y con ello se sometía al Ejecutivo, algo que representaba una contradicción tremenda con la propia esencia del Estado Liberal. Obviamente el pretexto era de que ese Parlamento representaba a la mayoría y eso significaba efectivizar la democracia, por eso que nadie podía refutarle nada al Parlamento Alemán y Hitler ejercía el poder absoluto dentro de un “Estado de Derecho”, tan cierto e increíble como suena. Ya sabemos después como termino esta historia.

5 Recuérdese que las Constituciones que proclaman el Estado Constitucional son básicamente las siguientes: Constitución Italiana de 1947, Constitución Alemana de 1949 (Ley Fundamental de Bonn), Constitución Francesa de 1958, Constitución Portuguesa de 1976 y Constitución Española de 1978.

Por ello que cuando los Estados y sus representantes toman conciencia de que el Parlamento debía de tener un límite en sus actos, es necesario que la Constitución se coloque por encima de ella y sea el Juez el encargado de fiscalizar y cumplir dicha situación. Aquí, el “Estado de Derecho Legislativo” pasa a convertirse en “Estado Constitucional de Derecho” y el “Principio de Legalidad” cede frente al “Principio de Supremacía Constitucional”.⁶

3. El constitucionalismo y sus implicancias en el Estado de Derecho

En los principales ordenamientos de los principales países de la Europa Continental (Italia, Alemania, Francia, Portugal y España), a partir de la proliferación de los respectivos Tribunales Constitucionales, se produjo desde la segunda mitad del siglo XX, una progresiva “constitucionalización” del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado” o “saturado” por la Constitución. Y, ¿Qué significa esto? Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Siguiendo a Guastini⁷, las principales condiciones de constitucionalización son:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”)
- d) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos)

⁶ Aquí debemos mencionar que este “Principio de Supremacía Constitucional”, en la actualidad y desde que el “Estado de Derecho” se convierte en “Estado Constitucional de Derecho”, crea instituciones y mecanismos para poder concretizarse en la realidad. En el caso de las instituciones podemos ver a los Tribunales y a las Cortes Constitucionales que si bien habían sido creados antes de la era del Estado Constitucional, recién comienzan a tener protagonismo en esta etapa como los verdaderos guardianes de las constituciones. En el caso de los mecanismos, sin duda alguna tenemos a las garantías constitucionales como los procesos idóneos para lograr salvaguardar eficazmente la Constitución y por ende a los derechos fundamentales.

⁷ GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento: El caso italiano*. En: *Estudios de teoría constitucional*, IJ-UNAM, México, 2001.

- e) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- f) La interpretación adecuadora de las leyes.
- g) La influencia de la Constitución sobre el debate político.

Es menester señalar que, en esencia, la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder, expresados por escrito en instituciones jurídicas. De manera que, la Constitución jurídica ha convertido en derecho la Constitución real, integrada por factores reales de poder, a fin de que nadie pueda atentar contra ellos, porque equivale a un atentado contra la ley y es castigado.

Considero importante recalcar, que la Constitución hace que la realidad social y política cobre un orden, y a través de éste se asegure un mínimo de justicia, puesto que el poder del Estado se ve constreñido a ejercerse con arreglo a la estructura establecida por la Constitución y se evita el ejercicio abusivo del poder Estatal.

452

La norma fundamental es inspirada por una realidad política profunda. Como se explica líneas arriba, existe una relación esencial y básica entre el sistema de normas (factor jurídico) y el sistema de instituciones y decisiones políticas que las inspiró (factor real).

Es importante no olvidar, que si bien hay un aspecto puramente normativo de la Constitución, éste no es separable de los motivos políticos que la engendraron. Pues ambos factores y su relación intrínseca explican el verdadero sentido de una Constitución.

Como se puede apreciar, la constitucionalización del derecho genera una serie de implicancias en la función jurisdiccional. En efecto, hoy en día las nociones básicas del derecho (fuentes, interpretación, validez, etc) vienen siendo revisadas a la luz de la Constitución y sus valores, principios y preceptos que se encuentran dentro de ella (es el canon interpretativo de todo el orden jurídico), componente o situación que no estaba presente cuando en Occidente apareció el Estado de Derecho. El elemento central, entonces, en la estructura del nuevo derecho, está moldeado por el rol que juega la Constitución. Es una Constitución que condiciona la producción de las demás normas del sistema y que como tal, se presenta como una norma jurídica suprema, al presentarse así, robustece la

imagen del Juez en desmedro de la omnipotencia del legislador que era una característica esencial del Estado de Derecho. Y aquí, surge una revolución jurídica: la reconfiguración de las relaciones entre legislación y jurisdicción, en donde el Juez ya no es mas solo un mero aplicador de la ley⁸, sino que se convierte en un intérprete de la misma, siempre de conformidad con la Constitución.

En ese sentido, la constitucionalización del derecho termina por influir tremendamente en la función jurisdiccional y eso debido básicamente al nuevo rol que ostentan los jueces en este nuevo modelo de Estado.

4. Algunas de características principales del Estado Constitucional y el rol de los jueces

La constitucionalización del derecho termina por influir tremendamente en la función jurisdiccional y eso debido básicamente al nuevo rol que ostentan los jueces en este nuevo modelo de Estado.

4.1. La Constitución como norma política pero también jurídica

En el Estado Constitucional la Constitución es norma política pero también jurídica, porque además de formular la estructura y organización del Estado y señalar las funciones de sus distintos órganos constitucionales, hoy en día es EFECTIVA y se aplica de manera vinculante para todos y ocupa el sitio más importante dentro de la estructura jurídica de un Estado, se encuentra en la cúspide del sistema y subordina a todas las demás normas (leyes, actos administrativos, actos jurisdiccionales) e inclusive regula los actos de los particulares. Es decir, ya no es norma declarativa, hoy es una norma que repliega sus efectos y sus contenidos se deben aplicar a la realidad así no estén desarrollados por las leyes. Siendo así, la Constitución opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa, por un lado, y la identificación, la unidad y la permanencia del orden jurídico, por otro. Si se acepta lo anterior, entonces es fácil percatarse de que no puede haber mucha distancia entre una concepción del orden jurídico

8 Decía el Barón de la Brede y Montesquieu: “Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, en ciertos casos, demasiado rigurosa. **Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes**”. (resaltado y subrayado nuestro). MONTESQUIEU. “*Del Espíritu de las Leyes*”. Traducción y preparación de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1980. Libro XI.

(el concepto y la naturaleza del Derecho) y una concepción de la Constitución (el concepto y la naturaleza de la Constitución). Si ello es así, entonces la teoría de la Constitución se convierte en un fragmento central de la teoría del Derecho y sobre ella se proyectan directamente muchas de las disputas sobre la naturaleza del Derecho⁹.

4.2. Los derechos fundamentales como preceptos primordiales en el Estado Constitucional y la jerarquía igualitaria entre los órganos del Estado:

Con respecto a los derechos fundamentales¹⁰, tenemos claro que estos son los valores esenciales más importantes dentro del esquema del Estado Constitucional: Son el objeto y fin del mismo. Los derechos ya no son concebidos como meras normas preceptivas, sino como principios que exigen un máximo desarrollo de optimización por parte de todos los órganos estatales y no estatales de un Estado¹¹. Los derechos fundamentales legitiman la organización estatal, al constituir el “mínimo de moralidad” exigible a todo derecho¹². La supremacía de la Constitución garantiza que los derechos contenidos en las constituciones no se vean cancelados o vaciados de contenido en el proceso político a través de la actuación de la legislación. Por ello, la garantía de la jurisdicción constitucional supone un control desde el Derecho de defensa, tanto de la primacía constitucional como también en defensa de los derechos. Por ello, una Constitución debe incluir una lista o catálogo de derechos fundamentales, que por supuesto -en vista de los cambios que se presentan en la realidad hoy más que nunca por situaciones como la globalización, la tecnología, etc- no puede ser cerrado sino solo enunciativo¹³, pero siempre tratando también de tener un fundamento claro, concreto y

9 AGUILO, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 23 y 24.

10 Dejamos en claro que “derechos fundamentales” para nosotros es sinónimo de “derechos constitucionales”, pues la misma Constitución a través del artículo 3° les da a los derechos fundamentales, a los derechos civiles y políticos, y a los derechos económicos sociales y culturales el mismo rango y para nada los excluye.

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción hecha por Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007..

12 PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Dickinson, Universidad Carlos III, 2005.

13 Es el caso de nuestra Constitución de 1993, que a través de su artículo 3°, conocido en doctrina como “*clausula numerus apertus*”, permite la incorporación de otros derechos fundamentales que se deriven de la dignidad humana, estado, democrático, forma republicana de gobierno y soberanía

esencial del por qué se debe decir que ha nacido un “*nuevo derecho fundamental*”, y en esto el legislador y sobre todo la jurisdicción constitucional jugaran un papel trascendental para evitar que en base a esto se genere una “inflación de derechos” que obviamente los terminaría desnaturalizando.¹⁴ Con respecto a la estructura del Estado, debemos precisar que en las Constituciones están determinadas las competencias generales y elementales de todos los órganos constitucionales, en donde ninguno goza de supremacía frente a los demás, sino que todos se encuentran en la misma jerarquía, plasmando un verdadero “*check and balance*” o “*pesos y contrapesos*”.¹⁵

Este último carácter de la Constitución, como protectora de los derechos humanos, es muy importante, pues el Estado democrático, es un Estado de Derecho, el cual presupone la limitación del Estado por acción de las leyes y por ende, entendemos que el Poder es admisible solamente con un ordenamiento jurídico de garantías.

De manera sencilla entonces, podemos definir a la Constitución como un cuerpo de normas jurídicas fundamentales que contienen los derechos esenciales de las personas y que determinan la organización del Estado. De lo cual se deduce que, la Constitución constituye la base del ordenamiento jurídico-político de un Estado y por ello, es el instrumento que canaliza las fuerzas políticas y organiza la vida política del Estado.

popular. Cabe resaltar que esta clausula tiene antecedente en nuestra Constitución de 1979. Sin embargo, a nivel mundial el primer país en incluir una clausula de este tipo en su Carta Fundamental, fueron los EEUU en 1791 a través de su Novena Enmienda de la Constitución de 1787.

- 14 El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia a citado este artículo 3° y mediante el mismo ha deducido nuevos derechos fundamentales, sin embargo, según la doctrina especializada, aun falta mucho por desarrollar en este tema, pues nuestro Tribunal no ha sido muy claro en determinar la diferencia entre “derechos nuevos” y “contenidos nuevos de derechos viejos”, ni tampoco cuales serian los requisitos indispensables para catalogar a un “derecho” como un “derecho fundamental” y en consecuencia, darle protección y cobertura constitucional.
- 15 Cierta sector de la doctrina señala que aun no existiendo jerarquía entre los órganos constitucionales en la Constitución, en la praxis los Tribunales o Cortes Constitucionales hoy en día si gozan de cierta posición privilegiada frente a los demás órganos, pues resuelven los conflictos de competencias entre ellos, pueden determinar la validez o invalidez constitucional de los actos emitidos por los demás órganos (legislativo, ejecutivo, judicial, etc) y asimismo, sus actos jurisdiccionales no son revisables por ningún otro órgano estatal. Nosotros creemos que esta polémica enciende encarnizados debates sobre la posición, naturaleza y competencias de los Tribunales Constitucionales, que no es menester tratar en el presente trabajo.

4.3. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

Asimismo, a los derechos fundamentales y a los preceptos que versan sobre la estructura del Estado, debemos añadir las garantías constitucionales como forma de protección de la supremacía y eficacia de los derechos fundamentales, pues sin procesos de este tipo sería ingenuo pensar en un verdadero y real Estado Constitucional que tiene como punto de partida una Constitución eficaz, vinculante y de aplicación inmediata. Pero sin duda, esto genera reticencias por parte de los aun defensores de la supremacía parlamentaria. En efecto, hay muchas voces que señalan que es difícil comprender que un Tribunal Constitucional o un Poder Judicial que no tienen representación directa del pueblo, terminen invalidando o decidiendo por encima de las leyes emanadas del Parlamento que si ostenta la representación popular. Sin embargo, este problema más que todo se encuentra presente en los países del derecho occidental, pues en los países del derecho anglosajón, la situación es distinta. Básicamente la diferencia entre estos dos grupos radica en la tarea o la idea que se tiene del rol del Juez en cada familia jurídica. Mientras en los países del derecho anglosajón siempre se tuvo la imagen de un juez como creador del derecho en concordancia con el legislador¹⁶, en los países de la Europa continental como Francia por ejemplo, se tuvo la creencia errada y absolutista que solo era el legislador quien creaba derecho, pues el Juez solo se limitaba a aplicarla y en ningún caso podía interpretarla. Como se puede apreciar entonces, el fenómeno de la constitucionalización genera todo un cambio paradigmático dentro del sistema jurídico-estatal. Es allí entonces donde al disminuir la supremacía de los Parlamentos, estos pasan a tener un control de sus creaciones por parte de otros órganos del Estado, llámese Tribunal Constitucional y Poder Judicial, y eso genera unos “celos prejuiciosos del representante del pueblo (el parlamento)” pero que más que nada tienen que ver con la “falta de control alguno” con el que los parlamentos contaban en el pasado, en el Estado Liberal de Derecho. Y justamente, para defender su posición, se ha creado la idea de que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, es contrario a

16 Está bastante claro, que en estos países del derecho anglosajón, tanto en Inglaterra como en los EEUU, se entendía que: “*El legislador crea el dispositivo, pero el Juez es quien crea la norma*”. Es decir, se tenía muy distinguidas ambas funciones, pues el legislador crea el dispositivo legal pero él no es quien lo aplica, es el Juez quien lo aplica y por ende él es el encargado de darle un significado a ese dispositivo a la luz del caso en concreto. Por tanto, los dos –tanto legislador como Juez- crean el derecho, algo que en Francia a finales del Siglo XVIII era totalmente impensable.

la Democracia, pues se dice que un Poder Judicial o un Tribunal Constitucional no representan el poder soberano del pueblo que si se encuentra perfectamente representado en el Parlamento, tesis que considero errada pues “Control Judicial de constitucionalidad” y “democracia” pueden ir de la mano y no solo pueden, sino que deben ir de la mano pues se necesitan recíprocamente para poder existir la una y la otra de manera efectiva. Ya ha quedado demostrado líneas arriba y en la lectura también se hace referencia a esto, que la supremacía del Parlamento y el no control de sus actos por parte de otros órganos genera arbitrariedad y el pretexto perfecto es la “voluntad de la mayoría”, ocasionando consecuencias totalmente contrarias a la democracia. Hoy en día, la forma de concebir la democracia dista de ser la que se tuvo en el Estado Legal de Derecho, pues la democracia hoy se entiende como “***el gobierno de la mayoría, pero con respeto pleno a las minorías***” y en ese sentido, allí también entra la importancia de los órganos jurisdiccionales, haciendo que los derechos fundamentales no solo sean efectivos para las mayorías sino también para las minorías, es decir, se evita la dictadura de las mayorías y con eso tenemos como resultado una Democracia de avanzada, una democracia para todos, en donde el control constitucional jurisdiccional de las leyes se convierte en portaestandarte de la efectividad de los derechos fundamentales para todos y no solo para un grupo mayoritario, en desmedro de un grupo minoritario.

5. La aparición del Derecho Procesal Constitucional producto de la consagración del Estado Constitucional de Derecho

El Derecho Procesal Constitucional, como nueva disciplina, tiene su precedente en la denominada “jurisdicción constitucional” o “justicia constitucional”, esto es, aquella materia que permite la realización del Derecho Constitucional en su dimensión fáctica de supremacía y control, a través de procedimientos ágiles que garanticen la tutela de los derechos fundamentales y la salvaguarda del principio de supremacía constitucional.

A diferencia del Control Político de constitucionalidad que se basa en razones de oportunidad y conveniencia, la Defensa Jurisdiccional de la Constitución asume una orientación exclusivamente técnica. Tiene su lógica en la idea de impedir la ruptura de la coherencia interna del ordenamiento constitucional.

Mediante la Jurisdicción Constitucional se asegura el cumplimiento del orden jurídico, en la medida que las normas y los actos de los detentadores del

poder se adecúan a los mandatos y los principios de la Constitución; en la medida que se delimita el área de aplicación de las leyes y se garantiza la prevalencia de la Constitución sobre la norma ordinaria. Como bien dice Lucas Verdú, la jurisdicción constitucional “*significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo*”.¹⁷

Kelsen en su Teoría General del Derecho y del Estado, había sostenido que el orden jurídico personificado por el Estado, no es un sistema de normas coordinados entre sí que se hallen yuxtapuestas o en un mismo nivel. Lo que caracteriza al sistema es más bien la relación jerárquica entre distintos niveles de normas, cuya unidad está dada por qué la creación de la norma más baja en el grado inferior está determinada por otra de grado superior que, a su vez, está condicionada en su creación por otra de mayor jerarquía. La unidad del sistema se basa en que este regreso concluye en la Constitución como la norma hipotética fundante que representa la validez de todo el orden jurídico.

Es por ello, que para garantizar la supremacía de la Constitución, como la norma fundamental que establece los grados de producción y aplicación del derecho –parámetro de validez- el constitucionalismo ha ideado dos modelos de jurisdicción constitucional, que sin ser los únicos, son los primeros y originarios de los cuales nacen los demás: el difuso y el concentrado.

458

Asimismo, como podemos observar, en nuestro país y en América Latina, ya se impuso el nombre de “Derecho Procesal Constitucional”, casi por completo, surgiendo así una nueva disciplina jurídica, con un *nomen iuris*, que creemos es el correcto por ser el más amplio y sobre todo el más completo; y el nombre de “Jurisdicción Constitucional” *stricto sensu* o en su significado restringido (como debe ser), ha sido reemplazado y además, replanteado para ser considerado como uno de los capítulos de aquella, como pensamos es lo más adecuado.

A la luz de la realidad, como bien se ha descrito, en los últimos años se sistematizó la nueva disciplina jurídica llamada Derecho Procesal Constitucional, que conllevó a un replanteamiento de la Jurisdicción Constitucional que, a la vez, cedió su lugar a la nueva rama jurídica.

17 LUCAS VERDÚ, Pablo (1983) “Curso de Derecho Político”, Tecnos S.A., T. II, P. 687

Desde esta perspectiva entonces, cuando en su oportunidad se hizo la clasificación de los contenidos de la Jurisdicción Constitucional, según la tesis del gran jurista *Mauro Cappelletti*¹⁸, nos damos cuenta que como bien nos dice el maestro *García Belaunde*¹⁹ estos contenidos son válidos y plenamente aceptados en la medida de que hablemos de “jurisdicción” o “justicia constitucional” o equivalentes en sentido amplio. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción *stricto sensu*, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esta tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un “Derecho Procesal Constitucional”. Y tal clasificación tripartita, iniciada por *Cappelletti*, válida en su momento, pierde hoy su valor científico, si bien, por comodidad, se sigue utilizando.

En consecuencia la Jurisdicción Constitucional *stricto sensu* paso a integrar y ser uno de los contenidos del Derecho Procesal Constitucional (pues la Jurisdicción Constitucional, como parte del Derecho Procesal Constitucional y de acuerdo con la opinión de *García Belaunde*, se encargaría de estudiar y analizar los distintos modelos o sistemas existentes, entre otros temas, que más adelante desarrollaremos). Es por ello que los contenidos de la Jurisdicción Constitucional -entendida en sentido amplio-, pasaron a formar parte de otro elemento integrante del Derecho Procesal Constitucional: Los Procesos Constitucionales.

Bajo esta concepción, entonces, como bien señala la doctrina mayoritaria, ya no nos vamos a referir a los Contenidos de la Jurisdicción Constitucional, sino a la clasificación de los Procesos Constitucionales en: Procesos Constitucionales

18 Hablar de los contenidos de la jurisdicción constitucional durante el período que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta hace algunos años, es hablar en sí de la sistematización -aceptada por unanimidad por la doctrina- enunciada por *Mauro Cappelletti* y afinada por *Fix-Zamudio*, que se basa en una concepción tripartita que se desarrolla considerando los aspectos tanto subjetivo como objetivo de la jurisdicción constitucional. Estos tres aspectos, además, se separaran sólo para efectos de estudio, pero en la práctica están estrechamente relacionados. La diferencia de estos, radica en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; pero principalmente en su pre-tensión. De acuerdo a ello, los contenidos de la Jurisdicción Constitucional serían, de acuerdo con *Cappelletti* y *Fix*, los siguientes: La Jurisdicción constitucional de la libertad, la Jurisdicción Constitucional Orgánica y la Jurisdicción Constitucional Comunitaria o Internacional.

19 GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2001) “Derecho Procesal Constitucional”, Editorial TEMIS S.A., P. 26.

de la Libertad (antes: Jurisdicción Constitucional de la libertad) y los Procesos Constitucionales Orgánicos (antes: Jurisdicción Constitucional orgánica). Nuestro Código Procesal Constitucional también se refiere a ellos bajo la denominación de “Procesos Constitucionales” y ya no de “Acciones de Garantía”, como se refiere nuestra Constitución de 1993.

En cuanto al tercer contenido de la Jurisdicción Constitucional denominado “Jurisdicción Constitucional Comunitaria e Internacional”, hay una discusión actualmente en la doctrina, en cuanto a donde debe estar contenida, si en el Derecho Procesal Constitucional o en el Derecho Internacional Público y más exactamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ejemplo, *García Belaunde* nos dice que: “...este tercer contenido completaba los dos anteriores y era bueno establecerlo así, dada la estrechez y relación cada vez mayor entre los ordenamientos internos y los de carácter supranacional o transnacional; pero todo ello era correcto en la medida de que la Jurisdicción Constitucional no era propiamente una disciplina jurídica y más se constituía en un empeño académico. Pero cuando la Jurisdicción Constitucional y sus temas, por el hecho de su crecimiento vertiginoso, adquieren una fisonomía adecuada y se enrola, con todas sus consecuencias teóricas y prácticas, en la teoría general del proceso, que es la parte básica y fundante del Derecho Procesal como ciencia, entonces, surge el Derecho Procesal Constitucional, que, como se sabe, es una disciplina de derecho público interno, aun cuando vinculada con el entorno internacional. Pero aquella parte denominada “Jurisdicción Constitucional Internacional”, al tomar una forma adecuada, debe insertarse en la problemática internacional, y en consecuencia, enrolarse en el Derecho Internacional Público, en donde se desarrolla y crece armónicamente y al que en rigor pertenece. Y dentro del derecho externo, se ubican no sólo el clásico Derecho Internacional Público, con todas sus ramas y contenidos, sino además, el Derecho Internacional Comunitario, el Derecho Internacional Humanitario y el más reciente Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta suerte, el grueso sector de la Jurisdicción Constitucional Supranacional, desaparece y se aloja, con los rigores del caso, en dicho sector internacional del derecho, y básicamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”

Está claro que, el Derecho Procesal Constitucional tiene entre sus diversas funciones desarrollar los procesos constitucionales que se encuentran en la Constitución, y, por ejemplo, en nuestro país, encontramos la Jurisdicción Constitucional Internacional claramente establecida en nuestra Constitución

Política²⁰ y también en nuestro Código Procesal Constitucional²¹; además porque el Derecho Procesal Constitucional tiene como finalidad primordial mantener la vigencia de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución, pero si en el caso del Perú o de cualquier nación, esta tutela es denegada por parte de las instancias jurisdiccionales internas, es obligación de esta disciplina jurídica ahondar y dar a conocer cuáles son los instrumentos internacionales de los que se podrá valer la persona afectada para hacer efectiva la tutela de sus derechos en las instancias internacionales de las cuales el Perú forme parte, tal como lo señala la Constitución y el Código Procesal Constitucional. Por otro lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene que tomar vital importancia al estudio de la Jurisdicción Internacional porque justamente, es que, a través de ella, va cumplir su objetivo fundamental: La de salvaguardar y proteger todos los Derechos Humanos establecidos en los distintos tratados adoptados por los Sujetos de Derecho Internacional y que constituyen principios generales del Derecho, para impedir, de esta manera, que las personas sean violentadas ya sea por los Estados o por otras personas. Es por estas razones que considero, que la llamada “Jurisdicción Constitucional Internacional” sea estudiada por ambas ramas jurídicas de derecho interno y externo.

Ahora, como bien hemos analizado, el contenido de la Jurisdicción Constitucional paso a ser el contenido o clasificación de los Procesos Constitucionales, a partir de la aparición del Derecho Procesal Constitucional como rama jurídica, de la cual la Jurisdicción Constitucional formaba parte. Por lo que tenemos:

- Procesos Constitucionales de la Libertad (antes: Jurisdicción Constitucional de la libertad)
- Procesos Constitucionales Orgánicos (antes: Jurisdicción Constitucional orgánica); y porque no,

20 Constitución Política del Perú, Artículo 205: “*Agotada la Jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte*”

21 Código Procesal Constitucional, Artículo 114: “*Para los efectos de lo establecido en el artículo 205º de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú*”.

- Procesos Constitucionales Internacionales (antes: Jurisdicción Constitucional Internacional o Transnacional)

De acuerdo a esto, habrá que distinguir entre las diversas modalidades que se dan en los países con respecto a estos procesos, sobre todo en el caso de América Latina, donde se han desarrollado y enriquecido, dándoles matices distintos que los diferencian de los existentes en Europa. Por otro lado, hay que recalcar la diferencia que existe entre los Procesos que nacen en la Constitución en forma expresa para cautelar valores o principios constitucionales, de aquellos mecanismos, de carácter incidental, que también sirven para proteger la constitucionalidad, como es el caso de la inaplicación de normas o *Judicial Review* que rige en los Estados Unidos. Para lo doctrina la *Judicial Review* es una técnica jurídica que opera dentro de un proceso, que no necesariamente es constitucional; por lo que no podemos considerarla en sí como un proceso, sino como una técnica.

En consecuencia, del artículo 200° de la Constitución Política del Perú y el actual Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales en el Perú se clasifican de la siguiente manera:

462

- a) Procesos Constitucionales de la Libertad: Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Proceso de Cumplimiento.
- b) Procesos Constitucionales Orgánicos: Inconstitucionalidad, Acción Popular y Proceso Competencial.
- c) Procesos Constitucionales Internacionales: Sistema Universal (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) y Sistema Regional Americano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

6. Conclusiones y algunas apreciaciones críticas sobre el rol de los jueces en el Estado Constitucional

En ese sentido, con respecto a este fenómeno analizado en líneas superiores, paso a dar algunas conclusiones:

- a) Efectivamente, el Estado Constitucional reconfigura las nociones básicas del derecho pues hoy existe un “canon interpretativo” para todas las normas, actos estatales y particulares que serán validos en la medida de que respeten ese canon que es la Constitución.

- b) En la figura del Estado de Derecho, anterior al Estado Constitucional, el parámetro de validez de las normas era la ley y la Constitución solo era una norma política, que servía para limitar el poder pero que no poseía efectos vinculantes²².
- c) Que la Constitución se torne en la norma suprema, implica la reconfiguración de la relación entre el Juez y el Legislador, pues la supremacía de este último cae en desmedro a favor del primero.

Estoy de acuerdo de que en el Estado Constitucional el legislador ya no puede seguir detentando ese poder omnímodo que poseía en el Estado de Derecho y que trajo consecuencias negativas al punto de desnaturalizar la propia esencia del Estado de Derecho. Pero, no se debe permitir que bajo pretexto de salvaguarda de la Constitución como norma suprema y por ende el sometimiento del legislador a ella, saquemos a relucir la imagen excesivamente del Juez y que este pase a tomar la posición que antes tenía el legislador, como autoridad soberana, arbitraria e ilimitada, por ello hay que tener cuidado con que se termine por desnaturalizar la propia esencia del Estado de Derecho Constitucional dejando todo en manos de un Juez, como en antaño el Estado de Derecho dejó todo en manos del legislador.

463

En ese sentido, no puedo dejar de preocuparme con el abuso que los jueces pueden ejercer de su nuevo rol, so pretexto de ejercer el control constitucional de las leyes y de salvaguardar a la Constitución como norma suprema, le delegemos tanta confianza al punto de que este se comience a atribuir facultades omnímodas como lo hizo el legislador de antaño.²³ Eso sí sería contraproducente para el propio Estado Constitucional, pues pasaríamos a estar en un peligro latente de que los jueces —y sobre todo los constitucionales— empiecen a creer tener un poder

22 Bastaría dar una *miriada* a las obras de los autores que postularon y forjaron los cimientos del Estado de Derecho (*Locke, Montequieu o Rosseau*) y sus respectivas obras para darnos cuenta que ellos en ningún momento tomaron a la Constitución como una fuente jurídica que subordinaría a las demás normas, sino que solo la tomaron como una norma política que se encargaría de limitar al poder y nada más.

23 Aquí es importante señalar lo que el propio Tocqueville ya había referido: “*Ahora bien, mientras más necesario es que un poder sea fuerte, es más preciso darle extensión e independencia. **Cuanto más extenso e independiente es un poder, más peligroso es el abuso que se puede hacer de él. El origen del mal no está en la constitución de ese poder, sino en la constitución misma del Estado que necesita la existencia de ese poder***”. (el resaltado y subrayado es nuestro) TOCQUEVILLE, Alexis de, ob. Cit. P. 148.

omnímodo y comiencen a aplicar las tesis que los Jueces Supremos de EEUU tenían hace muchos atrás: “*La Constitución es lo que los Jueces Supremos dice que es*”. Eso a mi criterio, sería usurpar de manera temible el Poder Constituyente que descansa en el pueblo.

Como bien advierte el profesor García Amado preocupándose por esta situación: “Pero en un Estado Constitucional y de Derecho no puede hacerse de la Constitución el depósito de las supremas verdades morales omniabarcadoras y **con capacidad de producir solución por sí para cualquier cuestión, concretadas por los jueces y los tribunales constitucionales a base de enmendar al legislador en razón de la justicia de cada caso concreto y haciendo, de este modo, ocioso el juego de la política y vano el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos**”. (el resaltado y subrayado es nuestro)²⁴



Bibliografía

- ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993
- CASTILLO CORDOVA, Luis. «*El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional*». En Luis Sáenz Dávalos. El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional, número 3. Lima: Palestra, 2007
- CARPISO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. GRIJLEY. Lima. 2009
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles Descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque*. En: *JUS Constitucional* N° 1. GRIJLEY. Lima. 2008
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo*. En: *Advocatus*. Lima. 2003.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. México, Porrúa e IMDPC. 2008.
- GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento: El caso italiano*. En: *Estudios de teoría constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2001.

24 En: ZAVALA EGAS, Jorge. 2010) *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Tomado del Blog *Dura Lex*. Editorial, EDILEX SA. Quito, pp. 523 y ss.

- LOPEZ VIERA, José Reynaldo y QUIROGA LEÓN. Aníbal. *Los Procesos Constitucionales*. APECC. Lima. 2015.
- LOPEZ VIERA, José Reynaldo. *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Instituciones básicas y modernas*. APECC. Lima. 2015.
- LUCAS VERDU, Pablo. “Curso de Derecho Político”, Tecnos S.A., T. II, 1983.
- MONTESQUIEU. “*Del Espíritu de las Leyes*”. Traducción y preparación de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1980. Libro XI.
- PACHECO, Toribio. *Cuestiones Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima. 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. 2009, Madrid-España
- ZAVALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Tomado del Blog *Dura Lex*. Editorial, EDILEX SA. Quito. 2010.

Estado de Derecho y desigualdades sociales

Aproximación desde una teoría decadalimensional del Estado

✉ ROBERTO CABRERA SUÁREZ*

1. Introducción

Nunca hemos tenido tantos derechos y, sin embargo, las desigualdades continúan creciendo. Esta observación requiere que se preste atención renovada a la actividad de las instituciones responsables de enunciar y aplicar la ley, ya sea penal, civil o administrativa. De hecho, estas instituciones están atravesadas, en diversos grados según la época y la sociedad, por la voluntad de actuar sobre las desigualdades, teniendo en cuenta las relaciones sociales en las que forman parte para garantizar una diversidad de derechos (para ser educado y reintegrado, para ser libre y protegido, etc.).

467

Por lo tanto, es muy útil cuestionar las condiciones concretas para la movilización de derechos. A raíz de la Segunda Guerra Mundial, y durante algunas décadas, los derechos apoyaron importantes transformaciones sociales, particularmente en términos de igualdad y discriminación.

En cuanto a los mecanismos legales destinados a una mayor justicia social, sus efectos parecen depender directamente de la voluntad política y los recursos asignados.

En este contexto, ¿Cómo podemos interpretar el hecho de que, a pesar de la ausencia de beneficios sociales y estructurales tangibles, la demanda de derechos sigue siendo el horizonte final de muchos movimientos sociales? Si la

* Doctor en Derecho, Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España, Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla-La Mancha. Profesor de Introducción a las Ciencias Jurídicas en la Universidad Nacional de Tumbes.

carga simbólica de la ley y las instituciones de justicia ciertamente constituye parte de la respuesta a esta pregunta, también parece que la ley constituye para muchos, incluso hoy, el corazón del vínculo social. Si bien nos permite afirmarnos tanto como anticipar y simplificar la relación con los demás, la ley sigue siendo una herramienta esencial en las luchas por el reconocimiento y la igualdad.

Para comprender este fenómeno, en última instancia, es necesario observar la concepción de la ley y las experiencias subjetivas de las personas que se enfrentan a la justicia. La discrepancia entre el discurso sobre los derechos como una modalidad esencial de los lazos sociales y la convivencia y la realidad de los grupos afectados por ellos, por lo tanto, resalta la dinámica por la cual las desigualdades se producen y reproducen.

2. Estado de Derecho: tema complejo

468 Estar dispuesto a caracterizar y conceptualizar el Estado de Derecho hoy, no es una iniciativa que aparentemente tenga mayores dificultades. De hecho, por mucho tiempo abordar el tema pasa por la formación de juristas, forma parte de la agenda y debate político de las llamadas democracias contemporáneas y constituye una expresión que se encuentra fácilmente en la vida cotidiana de la mayoría de los ciudadanos.

Esta aparente facilidad para caracterizar y conceptualizar el Estado de Derecho no se confirma, sin embargo, cuando se profundiza el análisis del tema. El Estado de Derecho tiene, además de su contenido legal e institucional específico, una carga retórica-ideológica muy fuerte. Debido a este doble significado, la caracterización y la conceptualización del Estado de Derecho se vuelve bastante compleja, y siempre es necesario especificar en qué sentido se está utilizando la expresión.

En este trabajo, caracterizaremos al Estado de Derecho, no desde el ángulo retórico-político, sino desde la predominancia analítica, es decir, en su sentido jurídico-institucional específico.

La afirmación del Estado de Derecho presupone una clara distinción entre ley y poder y una subordinación del poder a la ley. Por lo tanto, es posible afirmar que la institucionalización del Estado de Derecho tiende a producir, en general, la eliminación del arbitraje en el ejercicio de los poderes públicos, la subordinación

del poder al imperio de la ley y el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales, que son, en definitiva, la materialización de una idea de justicia presente en la constitución del Estado.

Como resultado de ello, es posible afirmar que el Estado de Derecho no es ninguna de las siguientes formas de Estado:

- a) No es un Estado que promulga leyes arbitrarias, cruel e inhumano.
- b) No es un Estado en el que la ley se identifica con las razones impuestas por aquellos que ejercen el poder.
- c) No es un Estado basado en la injusticia o en la formulación y aplicación de la ley con una marcada desigualdad.

Es importante reconocer que el Estado de Derecho es una configuración singular del Estado moderno. Esta singularidad está garantizada por diez dimensiones o características esenciales.

3. Estado de Derecho: dimensiones esenciales y concepto

469

La primera dimensión esencial del Estado de Derecho es que es un estado subordinado al derecho. Esto significa, concretamente, tres cosas:

- a) El Estado se encuentra sujeto a la ley, en particular a una Constitución (por lo que es posible definir la constitución como el estado legal de lo político y el derecho constitucional como derecho político, para el político y subordinante del político).
- b) El Estado actúa a través de la ley.
- c) El Estado está sujeto a una idea de justicia.

Decir que el Estado está sujeto a la ley significa que el poder político no es un poder libre, desatado, o que trasciende cualquier legislación. De lo contrario, implica que la ley da forma al poder, lo organiza y lo somete a un conjunto de reglas y principios legales. En otras palabras, significa que “la ley transforma el poder, poniéndolo bajo el imperio de la ley. Desde un punto de vista práctico, esto significa que las autoridades estatales, locales y regionales, los organismos, funcionarios o agentes del sector público deben observar, respetar y cumplir con las normas legales vigentes, como los particulares deberían hacerlo.

Por lo tanto, afirmar que el Estado actúa a través de la ley significa decir que el ejercicio del poder solo puede realizarse a través de instrumentos legales institucionalizados por el imperio de la ley y el orden legal vigente. En este sentido, es importante tener en cuenta que ningún organismo, ningún titular, ningún empleado o cualquier agente de público, pueden hacer uso del poder, o realizar actos, cumplir con tareas o alcanzar fines ajenos al autorizado por el orden legal.

Señalar que el Estado está sujeto a una idea de justicia significa afirmar que el Estado de Derecho está sujeto a supuestos axiológicos reconocidos por una Constitución. Esto evita que el Estado abuse de la ley, ya sea para crear normas legales o para revisar o enmendar la Constitución misma.

En otras palabras, el aspecto de legalidad de las normas (aspecto formal) siempre debe referirse al aspecto de legitimidad (aspecto material, justicia) en el proceso legislativo de producción. Sin esta dimensión de legitimidad, las normas no son constitutivas de derechos en un sentido técnico específico.

La segunda dimensión esencial es que el Estado de Derecho es un estado de derechos fundamentales. Es decir, un Estado que reconoce y, por regla general, constitucionaliza un conjunto de derechos, que constituyen uno de los principios estructurantes de su conformación institucional. Este hecho convierte los derechos fundamentales en uno de los más importantes pilares del Estado de derecho y una referencia esencial para la legitimidad del orden legal vigente. Para Ferrajoli, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica (Ferrajoli, 1999).

La tercera dimensión esencial consiste en que el Estado de Derecho es un Estado que observa el principio de razonabilidad, es decir, es un estado de medida justa porque está estructurado en torno al principio material comúnmente llamado principio de prohibición excesiva.

Este principio pretende enfatizar la importancia de garantías individuales y la protección de los derechos adquiridos contra acciones excesivamente agresivas, restrictivas y coercitivas por parte de las autoridades públicas en el ámbito jurídico-personal. Es, por lo tanto, en pocas palabras, otra garantía más para el fortalecimiento y respeto de los derechos de los ciudadanos.

Una de las facetas importantes del estado de derecho es la razonabilidad. Esta se trasluce a través de todas las decisiones ejecutivas, legislativas y constitucionales. La antítesis al estado de derecho es la arbitrariedad. Cualquier forma de arbitrariedad en el proceso de toma de decisiones o proceso legislativo y/o el proceso de modificación constitucional no debe suscribirse a la arbitrariedad.

La cuarta dimensión esencial radica en que el Estado de Derecho es un estado que establece el principio de legalidad de la administración pública en todas sus esferas. Como resultado, toda la administración pública está prohibida de realizar cualquier actividad no relacionada con la legislación reguladora general y específica.

El Estado de Derecho es una traducción del término alemán “Rechtsstaat”, que significa un Estado donde prevalece el Derecho. Un Estado donde los ciudadanos, grandes o pequeños, están sujetos a la ley en el sentido más amplio. Mejor aún, un Estado en el que todas las autoridades políticas y administrativas, centrales y locales, actúan cumpliendo efectivamente las normas legales vigentes y en el que todos los individuos también se benefician de las libertades públicas y de las garantías procesales y jurisdiccionales.

471

El principio de legalidad se refiere a la idea de que cualquier decisión que surja de una autoridad judicial o administrativa solo puede ser legítima cuando se basa en un texto legal. Claramente, todo lo que no está prohibido por la ley no se puede evitar. Del mismo modo, nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena.

La quinta dimensión esencial se enfoca en que el Estado de Derecho es un estado que responde por sus acciones, es decir, es un Estado que es civilmente responsable de los daños que causa y que alcanzan la esfera jurídica de las personas. Ello, obviamente, no priva al Estado de derecho a tratar de establecer la responsabilidad del funcionario que actuó en su nombre, principalmente con el objetivo de ser compensados por las pérdidas económicas causadas por el hecho generador del daño.

La sexta dimensión esencial se enfoca en que el Estado de Derecho es un estado que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a los servicios de justicia en caso de amenaza o daño a los derechos del ciudadano. Este principio se complementa, entre otros supuestos, con la garantía de un juicio

justo e independiente, observando el principio de contradicción y el derecho a la defensa, institucionalizando el derecho a elegir un defensor y reconociendo que el ciudadano debe contar con la asistencia obligatoria de un abogado cuando el propio ciudadano lo exige.

La séptima dimensión sienta sus bases en que el Estado de Derecho es un estado de seguridad y otorga confianza a la gente, es decir, un estado de certeza de aplicación de la ley, de claridad y racionalidad del trabajo legislativo y transparencia en el ejercicio del poder. Por eso es un estado que busca establecer una vida para los ciudadanos que sea segura, predecible y calculable. De ahí, por lo tanto, la idea del derecho adquirido, la cosa juzgada y la no retroactividad de leyes nocivas.

La octava dimensión esencial es que el Estado de Derecho es un estado estructurado para la división de poderes, es decir, del fraccionamiento del poder estatal e independencia de sus tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial (división horizontal de poder). Además, también es, por regla general, un Estado institucionalmente estructurado de forma descentralizada (división vertical del poder), incluso cuando se configura como Estado unitario.

472

La novena dimensión se materializa en el hecho de que el Estado de Derecho es un estado de libertad, es decir, es un Estado que respeta y alienta los procesos de autonomía de los ciudadanos, ya sea en su esfera privada o pública.

El Estado de Derecho es un instrumento destinado a proteger la libertad de las personas. Montesquieu escribe: “Cuando en la misma persona o en el mismo poder judicial, el poder legislativo se encuentra con el poder ejecutivo, no hay libertad porque podemos temer que el mismo monarca o el mismo senado hace leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. En la misma línea, no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de la legislatura y el ejecutivo. Si este poder se une al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario pues el juez sería un legislador. Por otro lado, si fuera unido al poder de ejecución, el juez podría tener la fuerza de un opresor (Montesquieu, 1748).

La décima dimensión esencial es que el Estado de Derecho es un estado democrático y republicano, es decir, es un estado basado en la soberanía popular y en la defensa y el cuidado del bien público. Como resultado, el poder, bajo el imperio de la ley, siempre se encuentra basado en el pueblo (en la soberanía

popular) y debe ejercerse de una manera que se otorgue preferencia a la protección de bienes colectivos, fundamentales para la construcción de una sociedad democrática y republicana.

Por lo tanto, el Estado de Derecho puede conceptualizarse como, un Estado subordinado a la ley, que defiende los derechos fundamentales y la seguridad de sus ciudadanos y que se basa en el principio de razonabilidad, responsabilidad por su actos y respeto al sistema judicial. Además, se estructura en función de la división de poderes y la descentralización de sus actividades, siendo su administración guiada por el principio de legalidad y centrado en la supremacía de los principios de libertad e igualdad, sin quitar nunca la base popular del poder y la defensa del bien público.

Si todas estas dimensiones se encuentran presentes, obtendremos una perfecta realización del Estado.

Institucionalizar esta forma de estado moderno es, sin duda, un logro político extraordinario y una referencia fundamental para una sociabilidad humana más avanzada, sin olvidar que constituye una de las condiciones indispensables para el reconocimiento y respeto institucional de la dignidad humana.

4. Desigualdades sociales y sus consecuencias para la efectividad del Estado de Derecho

Este escenario tiene grandes consecuencias para el Estado de Derecho. De estas consecuencias, destacan dos: la falta de efectividad de los supuestos legales del Estado de Derecho y la distorsión de la ciudadanía. Estas dos consecuencias se relativizan, en cierta medida, en algunos de los supuestos del estado de derecho, siendo posible verificar que algunas de sus declaraciones más importantes no pasan, para amplios sectores de la sociedad, de declaraciones inútiles, sin relevancia para sus vidas concretas.

Además, permiten la aparición, como ya se mencionó, de poderes paralelos al poder institucionalizado y la desviación de las normas vigentes cuando entran en conflicto con los intereses de grupos dominantes. Estos dos hechos impiden que la ley cumpla su papel mediador de conflictos sociales y eso constituye un horizonte de sentido común para toda la sociedad. Esto produce una fuerte sensación de que el derecho vale más para algunos que para otros, generando como

consecuencia el incumplimiento de uno de los supuestos fundamentales de la sociedad moderna: que todos somos iguales ante la ley.

Finalmente, también produce un círculo vicioso de impunidad y desacredita el sistema de justicia del país. De esta manera, se entiende, entonces, la gran incredulidad de la población en la justicia y la sensación de que solo funciona para los ricos o, mejor dicho, que no funciona, porque los ricos no son castigados y los pobres no están protegidos.

Comprender este hecho es fundamental para comprender la realidad actual del país y algunos de sus problemas más importantes hoy en día. Entre estos problemas se encuentra lo que es posible llamar como distorsión de la ciudadanía. Esta distorsión ocurre porque la falta de efectividad del Estado de Derecho y las desigualdades sociales existentes generan una división social perversa, centrada en segmentar a las personas en tres grupos sociales con detalles específicos. De hecho, es posible identificar un grupo social formado por ciudadanos (grupo de personas que tienen derechos y deberes); un grupo social formado por ciudadanos en exceso (grupo de personas que solo tienen derechos); y un grupo social formado por subciudadanos (grupo de personas que solo tienen deberes).

474

Del lado del grupo social formado por subciudadanos, es posible percibir que se generalizan las relaciones sociales en las que no tienen acceso a las garantías del Estado, de la ley y los beneficios producidos por la sociedad, pero dependen cada vez más de sus imponentes prescripciones. Es que, aunque carecen de las condiciones reales para ejercer sus derechos, no están liberados de los deberes y responsabilidades impuestos por el estado coercitivo, sometiéndose radicalmente a sus estructuras punitivas, principalmente al derecho penal. Por lo tanto, no son personas excluidas, como se imagina normalmente, pero constituye un grupo social perversamente incluido (incluido a través de los rigores de la ley, pero no a las garantías del Estado de Derecho y beneficios de la sociedad).

Es por eso que los subciudadanos siempre aparecen ante los sectores dominantes de la sociedad no como ciudadanos plenos y dignos de respeto, sino como deudores, acusados, denunciados, condenados, etc. En otras palabras, no tienen suficientes instrumentos o recursos para proteger sus derechos.

Esta integración perversa de subciudadanos es, por otro lado, inseparable de la integración privilegiada de ciudadanos en exceso, que a menudo, con el

apoyo de los poderes del Estado, desarrollan acciones políticas y económicas que les permitan alejarse del Estado de derecho y les otorga la garantía de derechos exclusivos.

La ley no actúa como el horizonte para la acción y para la experiencia jurídico-política de los propietarios del poder, sino más bien como una oferta que, dependiendo de la posible constelación de intereses, será usada, puesta en desuso o abandonada por ellos siempre que les convenga.

Finalmente, está el grupo social de ciudadanos. Es decir, un grupo de personas que son sujeto a los rigores y beneficios de la ley y que constituyen un grupo social intermediario de la sociedad. Por lo tanto, se incluye entre ellos la modesta clase media, trabajadores asalariados con un contrato formal, pequeños funcionarios, pequeños terratenientes urbanos y rurales.

La situación correctiva de este grupo social no significa, sin embargo, que sus miembros han garantizado fácilmente sus derechos principales. Por el contrario, estas personas no siempre son conscientes de sus derechos, y cuando lo hacen, carecen de los medios necesarios para hacerlos cumplir, como el acceso a los organismos y autoridades competentes, y los recursos para financiar demandas legales. A menudo están a merced de la policía y otros agentes de la ley que definen en la práctica qué derechos serán respetados o no.

5. Consideraciones finales

Dicho esto, es posible ver que la efectividad del Estado de Derecho es bastante difícil en nuestra sociedad. Por lo tanto, es importante preguntarnos, para finalizar este artículo, si deberíamos desanimarnos ante este escenario, eliminando la esperanza de construir una sociedad más democrática. La única respuesta posible es, por supuesto, la negativa, porque si es cierto que tenemos obstáculos extraordinarios que superar en este viaje, también es cierto que se han hecho en los últimos años, muchos progresos

La llamada “justicia distributiva”, un concepto apreciado por los juristas, ha demostrado que las sociedades no han mantenido el nivel de igualdad en las economías más importantes del mundo (Weber, 1984). Las propuestas discutidas en los parlamentos no han podido reducir este fenómeno desintegrador en el tejido social. El sistema legal se ha renovado a un ritmo lento, mientras que la realidad y los hechos están ganando terreno todos los días.

Además de la parálisis legislativa en los principales países occidentales, la aplicación de las leyes por parte de los tribunales, especialmente los superiores, se ha caracterizado por un particularismo, lo que importa son los intereses económicos específicos en cada caso, sin observar sus efectos que se extienden a toda la sociedad. El principal elemento de desagregación en la aplicación de la ley es el hecho de que la discriminación económica, a través de la desigualdad de ingresos y riqueza, ha resultado en una discriminación equivalente para el acceso efectivo a la justicia. Las discusiones formales en los tribunales han impedido que una parte importante de los más pobres tenga acceso a tutela jurisdiccional. (Teubner, G. y Febbrajo, A, 1992).

El aumento de la riqueza y la desigualdad de ingresos, a su vez, redujo la oferta de asistencia legal a los más pobres.

Finalmente, la desigualdad basada en el proceso económico produce, en el campo legal, el llamado legalismo en detrimento del Estado de Derecho. El legalismo es la tergiversación pura de la aplicación de la norma desde la fundación constitucional (que es el resultado del pacto político) que debe ser para guiar la verificación de los derechos y deberes sociales que se olvida o se distorsiona a favor de la preponderancia de las normas infraconstitucionales. Vale la pena decir que la formación de la voluntad y el juicio de los asuntos legales depende de la existencia de una verdadera democracia participativa, que, a su vez, no está respaldada por la existencia de desigualdades sistémicas y, por qué no decir, inmorales.

476

La falta predominante de igualdad económica en el mundo necesita ser debatida también desde la perspectiva de la ley. El riesgo de este preocupante proceso es que la esencia de la ley para hacer la paz se perderá en su propia funcionalidad aparente y, por lo tanto, no solo se extenderá la desigualdad, sino que se lesiona al Estado de Derecho.

En cualquier caso, es importante no olvidar, que todos los que quieren un mundo mejor y ser regulados por el imperio de la ley, deben vigilar y cuidar el Estado de Derecho.

Por lo tanto, queremos construir una sociedad mejor ordenada, tendremos que afirmar este proyecto de manera ética y política y luchar por su efectividad. Esto, sin embargo, requiere establecer un compromiso efectivo con la lucha contra las desigualdades sociales existentes en nuestros países.



Bibliografía

FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

MONTESQUIEU. (1748). *Complete Works (The Spirit of Laws)* (Vol. 1).

TEUBNER, Gunther y FEBBRAJO, Alberto. (1992). *Estado, derecho y economía como sistemas autopoieticos: regulación y autonomía en una nueva perspectiva*.

WEBER, M. (1984). *Economía y Sociedad* (2 ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Constitucionalidad del proceso penal militar policial

✉ ROSLEM CÁCERES LÓPEZ*

“En un Estado Constitucional de Derecho que difiere de un estado con Constitución, el Juez Penal Militar Policial, se encuentra en la obligación de velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y la plena observancia de los principios de la función jurisdiccional”

1. Planteamiento del tema

479

En la actualidad, luego de haber vivido diversos paradigmas en la interpretación del derecho, confluyen concepciones jurídicas de diverso calibre que van a conllevar a una corrección jurídica que ha decir verdad, muchas veces toma un itinerario tormentoso, poco claro, defectuoso, dudoso para posteriormente incidir negativamente en el proceso conllevando a una inexorable impunidad o vulnerando los derechos del procesado.

Esa es la razón por la cual me incliné por realizar un estudio respecto a que **¿Cómo deben justificar sus resoluciones y disposiciones los Jueces y Fiscales del Fuero Militar Policial en un Estado Constitucional de Derecho?**

* Abogada, Magister en Gestión de Políticas Públicas, Doctora en Derecho por la Escuela de Post Grado de la Universidad Federico Villareal, con Master Oficial por la Universidad Castilla la Mancha- España, candidata a Máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Especialista en argumentación en el Estado Constitucional, Conciliadora Extrajudicial, Árbitro de Derecho.

Para ello plantearé una metodología básica que me permita reunir las condiciones necesarias a fin de desarrollar el tema considerando que el cuestionamiento está basado en la forma como se deben justificar las Resoluciones y Disposiciones Fiscales, considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho y la Constitución viene causando especial relevancia en el proceso penal donde las garantías de la función jurisdiccional guardan relación con la constitución y deben gozar de plena observancia por los magistrados del Fuero Militar Policial, lo que se debe reflejar en las resoluciones y disposiciones que emiten los mismos que exigen una adecuada interpretación a la luz de la constitución y el Bloque de Constitucionalidad no ajeno al proceso penal militar policial, dentro de los parámetros exigidos en un Estado Constitucional de Derecho.

2. Hacia un Estado Constitucional de derecho

En el Perú, a lo largo de su historia republicana ha tenido 12 constituciones, o sea siempre fue un país con Constitución, constituciones que albergaban derechos fundamentales, derechos colectivos, sociales a partir de la Constitución de 1920, constituciones con duración escasa como la de 1823, sin embargo a pesar de la existencia de tantas constituciones el Perú la Constitución como Carta de principios y valores supremos estaba muy alejada a la realidad, tal vez por su génesis, que no yace en nuestra realidad porque siempre fuimos receptores de modelos foráneos, hemos vivido una sociedad disque democrática inestable, muchas veces incoherente con los fenómenos socio jurídicos y con las disposiciones infra legales, siendo receptores de modelos extraños, hemos omitido nuestros propios valores como patria, en ese ínterin nos hemos adentrado en un itinerario ciego de la realidad, de las necesidades de los pueblos, de los derechos de los ciudadanos en su mayoría de veces olvidados, por eso siempre fue cuestionable y en ello estoy de acuerdo en que la Constitución no fue la causa de nuestras grandezas económicas como país ni de nuestras miserias, siendo todo ello, decisiones de los políticos quienes imbuidos en intereses económicos y políticos han llevado a nuestro país muchas veces a una crisis política de los que hemos salido convalecientes para buscar un itinerario acorde a nuestros intereses, creo que ahora podemos decir que hemos avanzado considerablemente pero aún nos falta mucho por hacer.

Que decir de los magistrados?, aún persiste un gran sector que practica lo que en hace siglos mencionó Montesquieu, es decir “la boca de la Ley” que

se limitan a una aplicación subsuntiva de la Ley y a un rechazo de las nuevas corrientes del derecho especialmente aquellas requieren una justificación argumentativa.

Considero en particular que en el Perú si bien es cierto aún persiste el culto a la Ley, un gran sector de los operadores del derecho están inclinando su mirada a otros tipos de interpretación que supera esa única interpretación subsuntiva plagada del único respeto a la regla aunque esta vulnere derechos fundamentales, principios y valores necesarios en un estado democrático constitucional, este avance es importante porque nos permite tener un abanico de buenas posibilidades para construir una corrección jurídica acorde a las exigencias de cada caso en concreto, en ese sentido autores como Robert Alexy¹, mencionan que el Estado Constitucional Democrático trata de resolver la vieja discrepancia entre derecho y la moral, sobre el constitucionalismo se han generado diversas discusiones y posiciones por ejemplo el debate sobre el constitucionalismo que escribió Manuel Atienza² a propósito del escrito de Luigi Ferrajoli sobre la clasificación del constitucionalismo, mencionando dos tipos de constitucionalismo el principialista o argumentativo y el garantista, refiriendo que el principialista estaría sosteniendo la vieja tesis del derecho y la moral que ha vuelto nuevamente a la palestra por la contraposición entre principios y reglas y por atribuir un papel central a la ponderación en la jurisdicción mientras que el constitucionalismo que él defiende niega la tesis del constitucionalismo principialista y se basa en el conjunto de normas producidas, independientemente de su contenido y cuestiona el constitucionalismo principialista porque presentan debilidades teóricas y peligros prácticos. Este debate ha generado diversas opiniones en el mundo jurídico y la revelación de filósofos críticos de ambas posiciones así como de intérpretes jurídicos en todos sus niveles que han desarrollado diversas tesis en ambas vertientes, lo cual es importante porque ya no nos encontramos en un status quo donde tenemos la obligación de respetar solo la ley sino que yacen otras opciones de justificación donde la argumentación jugara un papel preponderante para convencer una opción diferente.

-
- 1 Robert Alexy es un jurista alemán y catedrático de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, citado en Revista Doxa, 2005- LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1980, p. 52
 - 2 Un debate sobre el constitucionalismo. A propósito de un escrito de Luigi Ferrajoli; Manuel Atienza; en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 13-14.

En suma, en nuestro país estas nuevas vertientes de percibir el derecho han calado, de repente no tan hondo pero están adentrándose paulatinamente, ello se observa en la importancia que tiene la Constitución como norma suprema y al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, lo que ha generado el respeto por las instituciones democráticas y el respeto por la persona humana y su dignidad, ese valor supremo por el que el Estado ha creado garantías de diversa índole a fin de resguardar el disfrute ideal de los derechos.

El Estado Constitucional de derecho exige el respeto de los valores supremos, y de los principios que defiende y efectiviza la Constitución, esa efectivización debe ser objetiva y no solo recogida en dispositivos legales sino en la construcción de normas al momento de defenderlas, es en ese sentido el magistrado militar policial tiene una gran responsabilidad en la interpretación que realiza, la misma que debe advertir los principios, y valores que la Constitución defiende

482

En esa línea, en un Estado Constitucional de Derecho, se habla de una justificación del derecho donde deben primar los principios en nivel superior que las reglas y ello implica desarrollar una teoría argumentativa para justificar las decisiones especialmente de los operadores del derecho

Ahora bien, cuando hablamos de la constitucionalización del derecho penal, en opinión de Cesar Landa, la Constitución ha influido en el derecho público pero que tendría más vinculación con el derecho penal porque este instrumento represivo se encuentra relacionado con un valor supremo como es la libertad personal, el mismo que basado en el principio de legalidad no puede ser ejercido arbitrariamente por el Estado porque el respeto de la dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado³ ello implica, según el Profesor Landa, que las categorías jurídico penales son pasibles de interpretación a través de diversos métodos de interpretación⁴. Con ello se fortalece la tesis que establecemos respecto

3 Cesar Landa; “La constitucionalización del derecho peruano” en *Constitutionalization of Peruvian Law*.

4 Cesar Landa citando a Mir Puig, Santiago. “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”. En *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón Valencia*; Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, pp. 1357-1382.

que en un Estado Constitucional de derecho se debe garantizar la efectivización de los derechos fundamentales, en el ámbito penal observando plenamente los principios que garantizan el respeto de la dignidad de la persona eso implica que la aplicación de diversas instituciones penales deberán ser coherentes con los postulados que garantizan la libertad y todos los principios que giran alrededor de la persona en suma, la exigencia al juez en la labor interpretativa que realiza no solo está subordinado a la Ley como categoriza el profesor Landa, sino en principio a la Constitución ya que si la Ley no es coherente con la Constitución se podría cometer cualquier arbitrariedad que será pasible de cuestionamiento posterior.

3. Crisis del Positivismo

Anteriormente habíamos establecido la importancia del constitucionalismo y la Constitución, la observancia de sus principios y valores y la exigencia para los operadores del derecho de estar más obligados por la Constitución que por las leyes, la argumentación en vez de subsunción y demás elementos que se desarrollan en un Estado Constitucional de Derecho. Al desarrollar esa concepción nos referimos a la superación del positivismo a ultranza que muchas veces deviene en formalismo, sin embargo no se podría decir que el positivismo como concepción ha desaparecido porque aún tiene seguidores que han sido considerados escépticos respecto a la evolución del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y mantiene viva la llama en contraposición del llamado pospositivismo que defiende Manuel Atienza y otros.

Por otro lado, me parece acertada la expresión de François Géný cuando expresa que “Una interpretación jurídica que pretenda contentarse con la sola ley escrita, o bien se engaña manifiestamente a sí misma, o permanece impotente para satisfacer las necesidades legítimas de la vida”⁵ es correcta porque siendo el derecho un instrumento social su labor no descansa en la estructura fría de la ley sino debe ser entendida con la interpretación que el operador jurídico le asigne para resolver un caso en concreto y esa interpretación puede rebasar las paredes legales y elevarse a la categoría de principios, lo cual implica como dice Josep Aguiló Regla, un cambio de paradigma producto del tránsito del Estado Legal de

5 De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho; Ferney Rodríguez Serpa, Pilar Ruiz Zapata, *Revista Republicana*; ISSN: 1909 - 4450 • núm. 9.

Derecho al Estado Constitucional de Derecho que se desarrolló desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días⁶, el cambio de paradigma ha generado diversos debates entre el pospositivismo y el positivismo como las posturas de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza, adentrándonos como menciona Ferney Rodríguez Serpa en el nuevo derecho donde predomina el imperio de los principios.

Es importante para los magistrados y todo operador del derecho la justificación de los derechos cambiando el paradigma subsuntivo que el operador viene aplicando porque las nuevas concepciones del derecho han dotado nuevas herramientas que contribuyen con la argumentación jurídica, como los principios en contraposición de las reglas que se aplica todo o nada, basando su fundamentación solo en reglas⁷

4. Bloque de constitucionalidad

Es importante tener en cuenta que en la labor interpretativa que realice el Fuero Militar Policial se tenga en cuenta las normas que integran el llamado Bloque de Constitucionalidad⁸, entendida esta como normas y principios que no necesariamente se encuentran expresamente en la Constitución pero que tienen la categoría de parámetro constitucional que deben ser observados por el operador jurídico cuando se trate de aplicar normas restrictivas a los derechos fundamentales especialmente que restrinjan la libertad personal y no someterse estrictamente a los parámetros normativos del Código Penal Militar Policial, aunque se debe tener en cuenta que el citado Código, también define algunos artículos que pertenecen a los parámetros del Bloque de Constitucionalidad, que no debe considerarse como suficiente sino una herramienta adicional al llamado Bloque de Constitucionalidad.

6 Josep Aguiló; Regla en el Constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli, en un debate sobre el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli, en Monográfico *Revista Doxa*, núm. 34, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, pág. 52.

7 Cesar Landa; en “La Constitucionalización del Derecho Penal”.

8 Exp. N° 0001-2013-P1/TC, Lima, Presidente de la República, Pleno Jurisdiccional; Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa, que establece disposiciones relativas a la prestación del servicio de transporte regular de personas. Cdo-9.

Bien, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC⁹ ha desarrollado el concepto de Bloque de Constitucionalidad, estableciendo que comprenden el llamado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política del Perú y las normas que desarrollan la Constitución, en ese sentido el llamado Bloque no descansa solamente en la Constitución como norma suprema, sino sale de ella y se subyace en las leyes, tratados internacionales en materia de derechos humanos, aquellos que desarrollan y protegen los derechos fundamentales, ergo, se puede afirmar que el Bloque de Constitucionalidad rompe la estructura formal de la Constitución para introducirse en su ámbito material, lo cual le asigna valor porque en cada contenido de esas normas se encuentran los principios y valores constitucionales que empoderan a la Constitución constituyéndola en un terreno de principios ergo en una Carta de textura abierta, sujeta a una interpretación constitucional propia de un Estado Constitucional Democrático, que tiene luz y fuerza propia y no una norma jurídica ordinaria objeto de manipulación de intereses políticos y personales propias de una Constitución Cerrada.

En el Pleno Jurisdiccional, Expediente 0001-2013-PI/TC¹⁰ el Tribunal Constitucional, también hace mención a las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad, mencionando que estas desarrollan y complementan los preceptos constitucionales. Claro está que las normas, principios y valores que nacen de la Constitución y se desarrollan en otros instrumentos legales son una garantía para los ciudadanos, garantía que nace de la Constitución como Norma Suprema

9 Pleno Jurisdiccional; Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC. "...moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos".

10 Pleno Jurisdiccional; Expediente N° 0001-2013-PI/TC; Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de noviembre de 2015 Caso Vehículos M2 Clase III - MIMO. El TC establece que; "Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos" (fundamento 10.5 de la STC 0013- 2003-CC/TC).

y se ramifica en el ordenamiento jurídico fortaleciendo la fuerza normativa de la Constitución.

Decíamos que el Código Penal Policial, no está exento de ser parte del llamado Bloque de Constitucionalidad, al haberse considerado algunas disposiciones que pertenecen a la categoría de este Bloque, mencionaré algunas disposiciones que a mi juicio se encuentran dentro del mencionado parámetro por lo que deben ser de observancia obligatoria por los operadores de la Justicia Militar en la, interpretación que realizan para tomar decisiones judiciales contra el imputado, procesado o acusado en el itinerario del proceso judicial militar.

486

Código Penal Militar Policial	
Artículo III.- Prevalencia de las normas en materia de derechos humanos	“...Los principios y postulados sobre derechos fundamentales de la persona humana contenidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano tienen preeminencia sobre las disposiciones de este Código...”
Artículo IV.- Principio de legalidad	“.. Ningún militar o policía podrá ser investigado, juzgado o sancionado por un acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito de función militar o policial por la ley penal vigente al momento de su comisión. No podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prevista en la ley y los reglamentos de la materia...”
Artículo X.- Principio de culpabilidad	“...La pena requiere de la culpabilidad probada del autor...”
Artículo XI.- Derecho de defensa	“... En todo proceso se garantizará el derecho de defensa...”
Artículo XIII.- Prohibición de doble incriminación	“...Ningún militar o policía será procesado o sancionado penalmente más de una vez en el Fuero Militar Policial cuando exista la identidad del sujeto, hecho y fundamento...”
PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES Artículo 143.- Juicio previo	“...Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho imputado, respetando los derechos y garantías establecidas en la Constitución Política del Estado, los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos y de acuerdo a las normas de este Código...”

<p>Artículo 146.- Principio de presunción de inocencia</p>	<p>“... 1. Todo militar o policía imputado de la comisión de un hecho punible es considerado inocente, y debe ser tratado como tal, en tanto no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme y debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.</p> <p>En caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado...”</p>
<p>Artículo 147.- Derecho de no autoincriminación</p>	<p>“...Ningún militar o policía puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de responsabilidad.</p> <p>Queda prohibida la adopción de cualquier medida tendente a que el imputado declare contra sí mismo o se menoscabe su voluntad. Toda admisión de los hechos o confesión, debe ser libre y espontánea y con su expreso consentimiento...”</p>
<p>Artículo 148.- Derecho de defensa</p>	<p>“... 1. Todo militar o policía tiene derecho a que se le informe de sus derechos, se le comunique la imputación formulada en su contra y a ser asistido por un abogado defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y a utilizar los medios de prueba pertinentes, conforme a ley...”</p>
<p>Artículo 150.- Protección de la intimidad y privacidad</p>	<p>“...Durante el procedimiento se respetará el derecho a la intimidad y a la privacidad del imputado, del agraviado y de cualquier otra persona que tenga participación en el proceso, en especial lo referente a la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles privados y las comunicaciones de toda índole.</p> <p>Sólo con autorización del juez competente y bajo las reglas de este Código podrán ser allanados los domicilios e intervenida la correspondencia y las comunicaciones telefónicas y electrónicas, o incautados los documentos privados...”</p>

<p>Artículo 152.- Igualdad de trato</p>	<p>“... Se garantiza la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer sus facultades y derechos.</p> <p>Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo superar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten...”</p>
<p>Artículo 153.- Separación de la función de investigar y de juzgar</p>	<p>“...Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal...”</p>
<p>Artículo 154.- Justicia en tiempo razonable</p>	<p>“... Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en este Código.</p> <p>El retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituirá falta grave¹¹...”</p>

5. Garantías en el proceso penal militar policial

488

La Justicia Militar se ha caracterizado por ser siempre drástica e inquisitiva antes de la vigencia del nuevo Código Penal Militar Policial¹² asimismo con el Código anterior se establecían un abanico de delitos que generaban conflicto con los delitos del fuero ordinario al no encontrarse delimitados los delitos que comprenderían delitos de función, este inconveniente que ha generado diversos conflictos de competencia ha sido superado con el nuevo Código Penal Militar Policial donde los delitos de función están relacionados estrechamente con la finalidad constitucional que justifica la existencia de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, asimismo de acuerdo a lo establecido en el Código Penal Militar Policial será delito de función lo establecido en el artículo II del Título Preliminar¹³.

Bien, la Justicia Militar Policial ha sido objeto de control especialmente del Tribunal Constitucional, así tenemos que en la Sentencia Expediente 00022-2011-PI/

11 Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, Promulgado: 31-08-2010. Publicado: 01-09-2010.

12 Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094.

13 Artículo II.- Delito de función

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

TC¹⁴ sobre demanda de inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Penal Militar Policial vigente aduciendo que violan las garantías judiciales de la cosa juzgada, el juez natural, la prohibición del avocamiento y la independencia e imparcialidad de los jueces, desnaturalizan los, delitos de función y autorizan que jueces militares conozcan sobre ilícitos penales de carácter común¹⁵.

Sobre estos cuestionamientos a la Justicia Militar, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado que la Justicia militar con relación al Delito de Función asume la tesis funcional¹⁶ como uno de los elementos del delito de función¹⁷ y esta tesis es adoptada por la Jurisdicción Militar en la actualidad. Por otro lado, el Tribunal también ha declarado constitucional algunos principios que han sido cuestionados tales como la defensa nacional como un principio esencial militar, la disciplina, este principio ha sido materia de análisis inclusive por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recomendando la corte limitar la

14 Pleno Jurisdiccional, Expediente N° 00022-2011-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015, demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.° 1094.

15 Argumentos de la demanda, Pleno Jurisdiccional, Expediente N° 00022-2011-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015.

16 Expediente 00022-2011-PI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015
Elemento funcional

Cdo. 81. La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal. Los tribunales militares solo están habilitados, ergo, para juzgar de los asuntos constitutivos de infracciones cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones. Se requerirá que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP

Cdo. 82. Asimismo, es preciso que exista una relación normativa entre la actividad del policía o militar -función encomendada- y la comisión del delito. Con esto se quiere decir que el delito de función debe ser entendido como el quebrantamiento de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio; esto es, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder -o una extralimitación- ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.

Inexistencia de este nexo funcional para la habilitación de la jurisdicción penal militar policial implicaría que la garantía de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado constitucional y democrático de Derecho no encontrarían tutela efectiva en la justicia ordinaria.

17 B.2.b. Elementos del delito de función Cdo 77. La calificación o no de un delito como de función dependerá de que en cada caso se verifique la concurrencia de sus 3 elementos: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento funcional; y (iii) elemento objetivo.

competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina¹⁸, entendida esta como “...un conjunto de deberes que imponen al militar y al policía su permanencia en el servicio, el acatamiento y observancia fiel del orden establecido y preceptos que la reglamenta. Sobre ella deben sustentarse gran parte de los bienes jurídicos que sean protegidos a través de los delitos de función...”¹⁹. Sobre esa base el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de varios artículos²⁰ del Nuevo Código Penal Militar sustentando que no se configuran como delitos de función y vulneran el artículo 173^{o21} de la Constitución Política, asimismo han pasado el filtro del control constitucional, es decir en términos usados por el Tribunal, han sido reafirmados como constitucionales muchos otros artículos²² por encontrarse acorde con los elementos del delito de función así como con los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, que en la demanda de inconstitucionalidad han sido cuestionados.

Ahora bien, considerando que el nuevo Código Penal Militar Policial ha resistido el control constitucional, lo que nos hace afirmar que los tipos penales contenidos en él, reúnen los elementos del delito de función, *mutatis mutandis* la

18 Párrafo 18 de las Observaciones y Recomendaciones a Colombia, de 5 de mayo de 1997 (reiteró lo requerido en 1992, CCPR/C/79/Add.2.

19 Cdo 91 de la Expediente 00022-2011-PI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015.

20 Parte Resolutiva de la Sentencia Expediente 00022-2011-PI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2015. Declarar INCONSTITUCIONALES en su totalidad los artículos 60 (rebelión), 81 (devastación), 82 (saqueo), 83 (confiscación arbitraria), 84 (confiscación sin formalidades), 85 (exacción), 86 (contribuciones ilegales), 87 (abolición de derecho), 88 (afectación de personas protegidas), 89 (lesiones fuera de combate), 90 (confinación ilegal), 93 (medios prohibidos en las hostilidades), 97 (daños graves al medio ambiente), y 131 (excesos en el mando - tipo imprudente) / del Decreto Legislativo N.º 1094, Código Penal Militar Policial, por no constituir delitos de función, según lo establecido en el artículo 173 de la Constitución, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico.

21 Constitución Política del Perú.

Artículo 173º: En caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, están sometidos al Fuero Respectivo y a al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La Casación a que se refiere el artículo 141º, solo es aplicable cuando se impone la pena de muerte...”

22 Reafirmar como CONSTITUCIONALES los artículos 91 (métodos prohibidos en las hostilidades), 92 (medios prohibidos en las hostilidades), 95 (impedimento a operaciones humanitarias), 96 (utilización indebida de signos protectores), 130 (excesos en el ejercicio del mando), 132 (exceso en el mando en agravio del subordinado), 140 (certificación falsa sobre asuntos del servicio) y 142 (destrucción de documentación militar policial) del Decreto Legislativo N.º 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

justicia militar al ser una jurisdicción excepcional amparada por la Constitución debe observar todas las garantías de la función jurisdiccional y el pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, propio de un Estado Constitucional de Derecho.

Sobre las garantías sustanciales y procesales de la Constitución se ha escrito por doquier, conviene revisar como se ha venido pronunciando el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, considerando que en la actualidad su influencia en el proceso penal es incuestionable, y de obligatoria observancia para todos los que administran justicia y el Fuero Militar no está exento de su observancia y aplicación en los procesos penales militares por delitos de función que se ventilan en el Fuero. Dentro de las garantías materiales de acuerdo a lo mencionado en la Sentencia²³ destacan;

“...**a**) el principio de legalidad penal (artículo 2º, inciso 24, apartado “d”); **b**) el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3º y 43º), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º inciso 1); **c**) el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200º); **d**) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139º inciso 9); **e**) la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139º inciso 11); **f**) el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139º.12); **g**) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º inciso 8); **h**) el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103º); y **i**) el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2º, inciso 24 apartado “e”), entre otras²⁴.

23 Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006, Proceso de Inconstitucionalidad, Decana del Colegio de Abogados de Lima.

24 Considerando 4 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006.

De las garantías de orden procesal la sentencia señala;

“...**a)** los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3); **b)** la publicidad de los procesos (artículo 139° inciso 4); **c)** el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139° inciso 5); **d)** el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139° inciso 6); **e)** la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el *sobreseimiento definitivo* y la *prescripción producen los efectos de cosa juzgada* (artículo 139° inciso 13); **f)** el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139° inciso 14); **g)** el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139° inciso 15); entre otras...”²⁵.

En la sentencia de referencia, el Tc además de considerar las garantías antes mencionadas también señala que ha identificado otras garantías procesales constitucionales tales como;

492

a) el derecho a un juez independiente e imparcial; **b)** el derecho al libre acceso a la jurisdicción; **c)** el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva; **d)** el derecho a la prueba; **e)** el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; **f)** el principio *non bis in idem*; **g)** el principio de igualdad procesal de las partes; **h)** el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; entre otras garantías²⁶.

Esta sentencia es importante porque como diría Luigi Ferrajoli tiene un enfoque principialista y no garantista, más importante aún porque invoca a los legisladores el deber de respetar estos principios cuando determinen delitos y penas y regulen el proceso sosteniendo que el derecho penal, procesal penal y ejecución no se entiende sino es dentro de un marco constitucional, amen este enfoque que ha realizado el Tribunal, de cómo se debe ver el proceso penal también compromete a los operadores jurídicos especialmente a los magistrados que administran

25 Considerando 4 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006.

26 Considerando 4 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006.

justicia en el ámbito penal lo cual abarca también al ámbito militar policial, donde la observancia de estas garantías es un compromiso con la sociedad, el Estado Constitucional Democrático como garantía del respeto a la dignidad de la persona, por ende no es admisible ningún tipo de arbitrariedad en la aplicación del Código Penal Militar Policial ni en el desarrollo del proceso porque no habrá espacio donde no ingrese el control constitucional y refleje vulneraciones a cualquiera de esas garantías mencionadas ut supra.

Desarrollaré algunas garantías que deben observarse en el desarrollo del proceso penal militar policial que han sido materia de análisis, reconocimiento y desarrollo por sentencias del Tribunal Constitucional.

5.1. El debido Proceso

Es una de las garantías del proceso sobre el que el tribunal ha emitido reiteradas sentencias lo que hace prever que es una de las más vulneradas, el desarrollo jurisprudencial de esta garantía no se agota en la Constitución porque existe todo un desarrollo jurisprudencial en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se hace hincapié que la aplicación de las garantías del debido proceso no se limita a los recursos judiciales sino en toda instancia procesal, con la finalidad que las personas puedan defenderse adecuadamente

493

Veamos cómo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en la sentencia **EXP. N.º 04944-2011-PA/TC**²⁷ expresa que el debido proceso supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales con la finalidad que las personas se encuentren en condiciones de defender, asimismo el debido proceso comprende un haz de derechos que forman parte de un estándar mínimo, dentro del cual se encuentra por ejemplo el derecho a la motivación de resoluciones judiciales²⁸. En el **EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC**²⁹.

27 Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Lima, Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, Sentencia del Tribunal Constitucional.

28 Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Lima, Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, Sentencia del Tribunal Constitucional.

29 Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera, Sentencia del Tribunal Constitucional.

5.2. El principio de legalidad³⁰

Ccomo uno de los principios importantes reconocido por la Constitución y por los tratados y Convenios en materia de Derechos Humanos de los que el Perú es parte como la Declaración Universal de los Derechos Humanos³¹, Convención Americana sobre los derechos Humanos³² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³.

El principio de legalidad tiene gran relevancia en el ámbito penal al considerarse además de un principio constitucional, un derecho subjetivo, así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en su sentencia Expediente N.º 2758-2004-HC/TC³⁴, es muy importante lo señalado por la citada sentencia, esa importancia

30 Constitución Política, Artículo 2º- Inciso 24; literal d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

31 Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 11.
“... (1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
(2) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...”

32 Convención Americana de los Derechos Humanos
Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad
“...Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...”

33 Artículo 15 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

34 Considerando 18, de la Sentencia. Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, N° 0012-2006-PI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 15 de diciembre de 2006. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Colegio de Abogados de Lima. “...este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC que:

(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta

es de carácter material porque el principio de legalidad limita los márgenes de actuación no solo de los legisladores al momento de emitir leyes que no deben ser contrarias ni vulneratorias a este principio sino también a los magistrados cuando van a calificar los delitos de función y consideran como tal conductas no tipificadas en el ordenamiento penal Militar Policial y en su vertiente subjetiva el Tribunal ha manifestado que es un derecho que garantiza a toda persona sometida a un proceso penal que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa. Esta visión constitucional del principio de legalidad obliga a los magistrados a la prohibición de la aplicación retroactiva del a Ley penal salvo que favorezca al reo, la prohibición de la aplicación de la analogía, sobre la analogía en materia penal militar policial, ha sido proscrita al encontrarse prohibida expresamente por el Código Penal Militar Policial³⁵, la prohibición de cláusulas legales indeterminadas y la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito³⁶, lo que se debe entender que toda conducta prohibida debe estar tipificada en el ordenamiento penal militar policial previamente, ergo la Constitución garantiza la plena observancia del principio de legalidad en el desarrollo del proceso desde el inicio de la investigación a fin de evitar la vulneración al principio de legalidad y por ende un proceso ineficaz.

5.3 La motivación

Como garantía constitucional, menciona el Tribunal supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la

y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

(...) Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

35 Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

“... Artículo V.- Prohibición de la analogía

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito de función militar o policial, ni para definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad por aplicarse...”

36 Considerando 22. De la sentencia- 0012-2006-PI/TC, Como tal, el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación³⁷ En el Fuero Militar también tiene especial relevancia ya que el juez militar policial así como el fiscal cuando desarrollan sus decisiones en las resoluciones y disposiciones deben explicar esas decisiones dentro de un contexto de justificación, es decir sustentar con razones jurídicas sus decisiones de tal forma que se encuentren justificadas interna y externamente para considerarse solidas jurídicamente. Sobre la motivación el Tribunal Constitucional ha emitido reiterada jurisprudencia desarrollando inclusive los tipos de motivación, en la sentencia N° 3943-2006-PA/TC ³⁸ que también debe ser observada por los magistrados del Fuero Militar Policial.

37 Considerando 18 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, Lima, Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.

38 En el expediente N° 3943-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional, ha sostenido que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.
- d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

5.4 Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación

El otro derecho que deriva del debido proceso según el Tribunal Constitucional es el que tiene un reconocimiento que no se agota en la Constitución sino que encuentra su protección en la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el particular este derecho tiene relación con la imputación objetiva que realiza el fiscal contra el imputado que implica que el fiscal determine en forma clara, precisa y concreta los cargos sobre los cuales recae la imputación, ello comprende el detalle coherente de los hechos, lugar y circunstancias a efectos que el imputado pueda defenderse haciendo uso de su derecho de defensa, ya que una imputación imprecisa, vaga, ilógica, incoherente supone una vulneración abierta al principio de imputación necesaria³⁹ así como al derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación. Este derecho a la comunicación de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos rige inclusive antes que se formule la acusación, considera la Corte inclusive cuando se le notifique para su primera declaración, lo que en mi opinión es coherente, considerando que la base del derecho de defensa es el conocimiento satisfactorio del imputado de los cargos sobre los que recae su imputación. Es menester el cumplimiento de este derecho que evitará la prosecución de un proceso contaminado de errores judiciales y posibles nulidades acarreadas a consecuencia de una imputación deficiente y carente de coherencia que conlleva innegablemente a destruirse ante el control de constitucionalidad que se dará en el desarrollo del proceso.

497

5.5. Derecho a la Defensa

Es otro de los derechos irrestrictos en materia penal, que asiste al imputado en todos los estadios del proceso, el Tribunal Constitucional ha desarrollado sendos análisis respecto este derecho y mencionado aspectos relevantes que deben ser observados por el intérprete en materia penal, uno de los aspectos que se debe tener en cuenta es que el derecho de defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y finaliza cuando finaliza el proceso, el Tribunal menciona que el derecho de defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como

39 Exp. N° 07978-2013-PHC/TC, Arequipa, Wilson Gaudencio Valencia Charaja, Sentencia del Tribunal Constitucional.

un verdadero sujeto del proceso y no como un objeto del mismo⁴⁰. El respeto al derecho a la defensa tiene su justificación en que el imputado debe tener conocimiento de manera clara y detallada la imputación en su contra desde su notificación, y contar con el derecho de defensa en todo el desarrollo de la investigación, es posible que la imputación varíe ampliándose o agregando otros cargos por lo que este derecho es irrestricto, la persona investigada no debe quedar en ningún momento en estado de indefensión, este derecho se ejerce a través de otros derechos como el derecho de ejercer su autodefensa material, el derecho a intervenir en el proceso en igualdad de condiciones en la actividad probatoria, el derecho a no auto incriminarse, el derecho a la defensa técnica, el derecho al traductor o interprete, el derecho a ser oído entre otros⁴¹.

5.6. El derecho a la presunción de inocencia

El fundamento de este derecho elevado a la categoría de principio ha sido desarrollado no solo por el Tribunal Constitucional sino también por la Corte Interamericana de derechos humanos, la Corte a mencionado en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de fecha 12 de noviembre de 1997, que el principio de presunción de inocencia como garantía judicial implica que una persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, lo que implica que una persona no puede ser detenida más allá de los límites permitidos porque si no devendría en una detención ilegal a menos que se sustente adecuadamente la prisión preventiva como una medida excepcional, la Corte ha resaltado que este derecho también exige que una persona no pueda ser condenada si no existe prueba plena. Al respecto, en el proceso penal militar policial, se ha identificado una serie de falencias respecto a este derecho, considerando que en Sala Suprema de Guerra se han emitido Resoluciones y Sentencias que han declarado la nulidad de procesos por vulnerar los derechos del imputado así como sentencias absolutorias por insuficiencia probatoria al no haberse incorporado al proceso pruebas plenas sino algunas veces copias simples sin ningún tipo de corroboración y una serie de irregularidades en la incorporación de la prueba al proceso penal militar

40 Considerando 29, 30, 31, de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

41 Considerando 32 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

policial generando un proceso penal ineficaz además de vulnerar los principios de celeridad procesal, economía procesal y otros de relevancia constitucional.

El Tribunal Europeo ha precisado que el principio de presunción de inocencia no se limita a una simple garantías procesal en materia penal, su alcance es más amplio exige al Estado que ningún representante de este puede declarar culpable a una persona mientras no se pruebe su culpabilidad⁴²

5.7. Derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial

Este derecho en mi opinión es más que un derecho una garantía de la función jurisdiccional que no ha dejado de tener eco en las sentencias del Tribunal Constitucional así como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es una garantía del debido proceso protegido también por instrumentos internacionales como la Convención Americana que establece que este derecho es una garantía que exige que el procesado debe ser juzgado en un plazo razonable y por un juez o tribunal independiente e imparcial⁴³

499

El Tribunal Constitucional también ha expresado que es una garantía fundamental del debido proceso, haciendo alusión que la Corte Interamericana ha mencionado que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos es la garantías de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en la faceta institucional, esto es en relación con el Poder Judicial, como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico”⁴⁴.

42 Considerando 43 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

43 El artículo 8.1 de la Convención Americana establece:
Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal (...) independiente e imparcial (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

44 Considerando 43 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

Asume el Tribunal haciendo referencia a la sentencia (Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, sentencia del 5 de agosto de 2008), que el objetivo de la Sentencia radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial e incluso por los magistrados que tienen facultades de revisión o apelación⁴⁵

Al respecto mucho se ha cuestionado esta garantía en el proceso penal militar policial, alegando que los jueces y fiscales que forman parte de los tribunales militares policiales no están imbuidos de imparcialidad e independencia por provenir de las instituciones Militares y Policiales donde prima la jerarquía y la obediencia debida, lo que podría influir en las decisiones de los magistrados los que podrían ser intimidados o condicionados a una decisión fuera de los parámetros de la imparcialidad e independencia, también se ha cuestionado la forma como se han nombrado a los magistrados del Fuero Militar Policial alegando que deberían ser nombrados por un Órgano como el Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, en mi opinión, el Fuero Militar Policial es una jurisdicción excepcional y *suigeneris* cuya existencia tiene protección constitucional, es una Institución que se encuentra bajo la lupa de la Constitución al igual que el Poder Judicial, las sentencias que emite pueden ser cuestionadas a nivel Tribunal Constitucional, cualquier error judicial es pasible de nulidad y de responsabilidad funcional, el magistrado militar policial no razona al margen de la ley y la Constitución, se encuentra obligado por las mismas y por los tratados y convenios en materia de derechos humanos, asimismo la organización y funciones está regulada por el legislador mediante una Ley de Organización y Funciones. La imparcialidad e independencia es una garantía que en mi opinión pertenece al fuero interno del magistrado, porque a este le es exigible lo establecido en la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial que reza por la independencia e imparcialidad que debe prevalecer ante cualquier intento de influencia relacionada con la jerarquía militar que no tiene por qué ser una justificación para el cumplimiento de esta garantía del debido proceso, también puedo afirmar que en el tiempo que me vengo laborando en esta Institución no he visto de manera objetiva algún cuestionamiento al cumplimiento

45 Considerando 43 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, Lima, César Humberto Tineo Cabrera.

de esta garantía. Por otro lado es menester mencionar que la especialidad del proceso militar policial radica en el conocimiento especial, valga la redundancia de los magistrados de las características y la naturaleza propia de la vida militar y policial que le es más familiar inclusive en los usos y costumbres propias de la vida militar y policial, además reúnen las condiciones de una formación jurídica continua y exigente para satisfacer los estándares de exigencia jurisdiccional, los que deben ser consideradas también como una garantía del proceso penal militar policial.

Considero que los magistrados que administran justicia así como las fiscalía en todos los tipos de procesos están obligados a demostrar imparcialidad objetiva y subjetiva, la última porque esta ligada al fuero interno del magistrado que debe estar exento de cualquier tipo de interés con el proceso y en la dimensión objetiva el magistrado solo debe observar el pleno respeto a las leyes y la Constitución como norma Suprema, debe ser un verdadero soldado de la Constitución y a la vez una garantía del respeto a misma, esta vertiente se encuentra estrechamente ligada a la subjetiva que debe rechazar cualquier tipo de amenaza o intromisión directa o indirecta haciendo prevalecer el respeto a la Constitución ergo a las garantías que ella alberga.

5.8. Principio *non bis in idem*

Este principio, considero que más que un principio es una garantía del debido proceso que también se encuentra protegido por instrumentos internacionales como la Convención Americana⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷ los mismos que buscan proteger a las personas que ya han sido procesados por los mismos hechos siempre que se trate del mismo sujeto, y mismo fundamento. En el Fuero Militar Policial se ventilan los procesos por delitos de función los mismos que difieren de los delitos comunes, las razones ya las hemos expuesto anteriormente, lo que se podría alegar es que los delitos de función difieren en el fundamento con respecto al catálogo de delitos del fuero

46 El artículo 8.4 de la Convención Americana prescribe que:

El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

47 Artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto dispone:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por [el mismo hecho] por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

común y tienen prevalencia sobre los procesos administrativos que se realiza en las instituciones castrenses, así lo han mencionado los pronunciamientos de la Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial.

6. Conclusiones

De acuerdo a lo desarrollado se ha podido determinar que la constitucionalización del derecho penal militar policial ha existido desde que el nuevo Código Penal Militar Policial ha establecido en su contenido normas que se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad, como parámetros de control del proceso militar policial y de plena observancia por los magistrados del Fuero Militar Policial

El fuero Militar Policial en el desarrollo del proceso penal especializado, no está exento de la observancia de las garantías de la función jurisdiccional a viva cuenta que estas garantías se encuentran protegidas no solo por la Constitución Política sino por instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte.

502

El proceso penal militar policial al no ser ajeno a la observancia de las garantías de la función jurisdiccional especialmente del debido proceso, se encuentra acorde a las exigencias de los parámetros del Estado Constitucional de Derecho.

7. Recomendaciones

Los Magistrados del Fuero Militar policial deben justificar sus resoluciones y disposiciones fiscales con plena observancia de las garantías del debido proceso, poniendo en especial relevancia la motivación, la misma que debe darse dentro de un contexto de justificación interna y externa para satisfacer las exigencias de un Estado Constitucional de Derecho subsistente en el principio democrático.

A los magistrados del Fuero Militar Policial, deben cambiar el esquema mental de subsumirse en el culto a la ley, degenerando el positivismo en un formalismo radical que ya no cabe en un Estado Constitucional de Derecho, máxime si el mismo Código Penal Policial reúne las condiciones como una norma coherente con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que exigen una adecuada interpretación y aplicación, lo

que les exige adecuar sus decisiones dentro de los parámetros de las exigencias del proceso penal militar garantista acorde con el Estado Constitucional de Derecho.



Bibliografía

- AGUILÓ REGLA Josep “*En el Constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli, en un debate sobre el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli*”, en Monográfico revista Doxa, núm. 34, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, pág. 52.
- ALEXY Robert, Revista Doxa, 2005 por Larenz, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1980, p. 52
- CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1094 Promulgado: 31-08-2010. Publicado : 01-09-2010.
- EXP. N° 0001-2013-PI/TC LIMA PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, PLENO JURISDICCIONAL Expediente 0001-2013-PI/TC “*Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa, que establece disposiciones relativas a la prestación del servicio de transporte regular de personas*”. Cdo-9
- EXP. N° 04944-2011-PA/TC LIMA MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- EXP. N° 00156-2012-PHC/TC LIMA CÉSAR HUMBERTO TINEO CABRERA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- FERRAJOLI Luigi (1999) “*Derechos y Garantías. La Ley del más débil*”. Capítulo 5 la soberanía del mundo moderno Trotta Madrid Pp- 125-158.
- LANDA Cesar citando a Mir Puig, Santiago. «*El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*». En Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, pp. 1357-1382.
- LANDA Cesar en “la Constitucionalización del Derecho Penal”.
- MANUEL Atienza, “*Un debate sobre el constitucionalismo a propósito de un escrito de luigi ferrajoli*” en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 13-14
- RODRÍGUEZ SERPA Ferney “*de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho*”, Pilar Ruiz Zapata, Revista Republicana ISSN: 1909 - 4450 • núm. 9
- PLENO JURISDICCIONAL Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC.

PLENO JURISDICCIONAL Expediente 0001-2013-PI/TC SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 24 de noviembre de 2015

PLENO JURISDICCIONAL Expediente 00022-2011-PI/TC SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 8 de julio de 2015

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 15 de diciembre de 2006

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Convención Americana de los Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Fundamentos constitucionales del decreto de urgencia

✎ MIGUEL ALEJANDRO ESTELA LA PUENTE*

1. Introducción

El presente artículo, pretende promover el debate en torno a la necesidad de incluir en la agenda política nacional el tratamiento del decreto de urgencia como facultad legislativa extraordinaria y excepcional del Presidente de la República que nuestra Constitución, Tribunal Constitucional y legislación le ha otorgado a dicha herramienta característica, aunque no exclusiva, del régimen presidencialista.

505

En primer lugar, se pretende explicar cuál es la naturaleza jurídica del decreto de urgencia; en tal circunstancia, no se busca realizar un ejercicio metafórico, una cuestión de fe o un intento por ser pioneros en astronomía jurídica como seguramente calificarían algunos filósofos del derecho al advertir *prima facie* las palabras “naturaleza jurídica” en un artículo académico, sino que la utilización de este concepto acompañado al de decreto de urgencia tiene fines eminentemente prácticos, el cual es contribuir al entendimiento de la institución que se estudia y, a partir de dicho entendimiento del concepto, emplear su uso adecuado para los fines que el constituyente se propuso: controlar los actos normativos del Presidente de la República, en este caso, el decreto de urgencia.

En segundo lugar, se abordará el tratamiento constitucional que, según nuestra carta magna, se le otorga al decreto de urgencia, esto es, bajo qué supuestos de hecho el Presidente de la República podrá hacer uso de esta capacidad

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, egresado de la maestría en Derecho Constitucional de la misma Casa de Estudios e investigador en la materia.

legislativa para la cual se le ha concedido competencia extraordinaria y qué consecuencias genera dicho uso.

En tercer lugar, se analizará la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional mediante la cual se analizan criterios aplicados a casos prácticos relativos a la institución del decreto de urgencia y si éstos calzan o no en el contexto de pandemia mundial ocasionada por la COVID-19. Para cumplir este propósito, se señalará dos casos seleccionados resueltos por el Tribunal Constitucional a través de los cuales se definen criterios que establecen en qué condiciones el decreto de urgencia puede ser ejercido.

En cuarto lugar, el presente trabajo también analizará los tipos de control a los que se refiere el decreto de urgencia una vez entrado en vigor luego de su publicación en el diario oficial El Peruano, pues al ser una prerrogativa legislativa excepcional del Presidente de la República no es absoluta, sino que se somete a dos tipos de control, es decir, el control político, ejecutado exclusivamente por el Congreso de la República, más específicamente, por la Comisión de Constitución en primera instancia y luego por el pleno del Parlamento nacional en última instancia. Por otro lado, el control jurídico al que se somete el decreto de urgencia es efectuado por el Tribunal Constitucional una vez que éste toma conocimiento luego de que el veinticinco por ciento del número legal de congresistas decidiera plantearlo mediante una acción de inconstitucionalidad en aras de salvaguardar el derecho de las minorías parlamentarias.

506

En quinto y último lugar, se indicará la forma en la que es controlado el decreto de urgencia cuando no existe Parlamento que controle políticamente ni tampoco minorías parlamentarias que planteen acción de inconstitucionalidad. Ante tal supuesto, sólo la Comisión Permanente que subsiste cuando el Presidente de la República disuelve el Poder Legislativo, es capaz de controlar –con restricciones– los decretos de urgencia emitidos por el Presidente de la República en un periodo al que se le ha dado el nombre de *interregno parlamentario*.

2. Naturaleza jurídica del decreto de urgencia

Definir qué es la naturaleza jurídica *stricto sensu* es un tema muy complicado que podría dejarse al análisis exclusivo de la filosofía del Derecho; por ello, no deja de tener razón el profesor español ESTEVEZ (1960, p.160), cuando afirma:

Sin embargo, tampoco hay que desconocer que -los especialistas en disciplinas particulares pueden alegar a su favor una atenuante muy calificada. Pueden decir, no sin razón, que el tema de la naturaleza jurídica desborda su competencia, pues por su carácter general entra de lleno en el ámbito jurisdiccional del filósofo. Y el filósofo del Derecho, a quien, en efecto, correspondería estudiar esta materia, no tendrá más remedio que rendirse a la inculpación, puesto que tampoco ha consagrado su atención al problema.

Ante semejante afirmación, muy sencillo sería eximirse de responsabilidad respecto a realizar el esfuerzo de lo que significa naturaleza jurídica, en este caso, del decreto de urgencia. Sin embargo, no es propicio proceder de manera tan ligera, pues, justamente, a lo que se pretende contribuir es al entendimiento cada vez más completo, en la medida de lo posible, de aquello relativo al estudio del decreto de urgencia y *a posteriori* de cualquier institución que se procure someter al significado de naturaleza jurídica como primer peldaño en el estudio de alguna institución jurídica.

Para tales efectos, se considera relevante el método de pensamiento filosófico denominado utilitarismo, el cual tuvo como referente a **BENTHAM** (1781, p.13) y cuya obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, citamos a continuación para destacar la parte trascendente del pensamiento utilitarista que sirve al propósito contributivo de este artículo:

Se dice que un hombre es partidario del principio de utilidad, cuando la aprobación o reprobación que él anexa a cualquier acción, o a cualquier medida, es determinada por y proporcionada por la tendencia según la que él concibe que dicha acción aumenta o disminuye la felicidad de la comunidad: o, en otras palabras, a su conformidad o disconformidad con las leyes o dictados de la utilidad.¹

Precisamente, nos adherimos en parte a la premisa planteada por **BENTHAM** cuando indica que un hombre es partidario del principio de utilidad, según su propia autodeterminación, cuando dicha acción aumenta o disminuye la felicidad de la comunidad.

1 Traducción del autor: Miguel Alejandro Estela La Puente.

En este caso, debe resaltarse que, si reemplazamos la palabra felicidad por entendimiento práctico, sería perfectamente traducible este fragmento del pensamiento utilitarista benthiano a la intención subyacente en este artículo, pues lo que se pretende es aterrizar, simplificar el concepto de naturaleza jurídica y hacerlo útil para los efectos del análisis de cualquier institución jurídica.

En ese sentido, dada la conexión entre el método de pensamiento utilitarista y el concepto de naturaleza jurídica es que resulta pertinente otorgarle, a ésta última, una función de uso práctico; de tal manera, que maximice las posibilidades de utilidad al entendimiento de la institución que se someta al análisis. Para cumplir con tal función utilitaria, se plantea la siguiente fórmula:

QE	+	CS	+	PS	=	NJ
(Qué es)		(Cómo se usa)		(Para Qué Sirve)	=	Naturaleza Jurídica

Ahora bien, una vez aplicada esta fórmula se obtendrá un resultado del cual se desprende su definición, su instrumentalidad y su finalidad, que dará como resultado la utilidad del concepto propio de naturaleza jurídica para efectos prácticos.

508

El primer elemento es una aproximación conceptual y lo que se busca es arribar al entendimiento más preciso posible de la institución, incluso más allá de los consensos doctrinarios; pues lo que se pretende es obtener la utilidad del concepto a cada caso particular sin que ello implique una trasgresión constitucional sino, todo lo contrario, respetar los parámetros formales y materiales establecidos por el Tribunal Constitucional.

En el caso del segundo elemento, se pretende mostrar cuál es el mecanismo de uso de la institución, es decir, cómo es que el sujeto activo (el Presidente de la República) ejercita su competencia (objeto) sobre el sector o grupo social (sujeto pasivo) sobre el cual recaen los efectos jurídicos del decreto de urgencia; en buena cuenta, este segundo elemento atañe directamente a los requisitos formales *sine qua non* es imposible que la resolución emitida por el Presidente de la República aunque lleve el nombre de decreto de urgencia sea considerado como tal.

En el caso del tercer y último elemento de la fórmula, este servirá para que se pueda identificar el problema que se pretende solucionar con la emisión del

decreto de urgencia; sobre la base de este último elemento, se comprobará si el decreto de urgencia cumple con los requisitos sustanciales para su emisión.

A) Sobre la definición de decreto de urgencia (Qué es)

Sobre el primer elemento a tratar, esto es, respecto a la definición del decreto de urgencia, se puede recoger la observación puntualizada por **PLANAS** (1993, p.137) cuando indicó que:

Lo que la doctrina conoce como el decreto de necesidad y urgencia, según hemos visto en el Derecho Constitucional Comparado, puede adoptar fórmulas como “decretos”, “medidas” o “disposiciones”. Siempre especifica su estricto aspecto transitorio que le reconoce fuerza legal sin ser ley. Brasil (1988) se preocupa de resaltar que son “medidas provisionales”; Italia (1947) las denomina “medidas provisionales”; Austria (1920), “decretos transitorios de modificación de leyes”; y España (1978) reconoce que estas “disposiciones legislativas provisionales tomarán forma de decretos-leyes”. Provisionalidad y transitoriedad -aunque, como veremos, no significan lo mismo- son características señaladas expresamente por los textos constitucionales a fin de resguardar la competencia legislativa del Parlamento.

Sobre esta definición, cabe acotar que se trata de una aproximación basada en el año en el que se aprobó la Constitución actual de 1993, cuya sustancia conceptual se ampara en la experiencia práctica nacional desprendida de la Constitución de 1979, que estuvo vigente durante 13 años, la misma que recogió el concepto de decreto de urgencia de las constituciones de Austria, Italia y España, es decir, del derecho comparado.

Sin embargo, esta aproximación deja clara la idea de que el decreto de urgencia es un instituto que habilita una facultad legislativa excepcional que se le atribuye al Presidente de la República; puesto que, la facultad legislativa ordinaria le corresponde al Parlamento desde su origen. En cada Estado, como bien señala Planas, quienes han detentado el poder de aprobar leyes o modificar constituciones han resaltado la transitoriedad o provisionalidad del decreto de urgencia, justamente, para dejar asentada la idea que se trata de una competencia que, en principio, solo corresponde al Parlamento y, de manera extraordinaria y excepcional, al Presidente de la República.

Por otro lado, **ARANA** (2013, p.339) nos aproxima al concepto de decreto de urgencia haciendo uso de la definición de decreto ley que es la institución hermana del decreto de urgencia peruano en el Reino de España, pues, a nuestro criterio, sólo se trata de un cambio en la etiqueta o nomenclatura; ya que, los presupuestos constitucionales del decreto de urgencia y decreto ley son, en esencia, lo mismo. Dicho autor, sostiene lo siguiente:

Su denominación refleja muy bien su naturaleza: es «decreto», esto es, una norma dictada por el gobierno en ejercicio de poderes propios y directos –no de previa habilitación parlamentaria–, y es «ley», norma con la misma fuerza o rango que las que emanan del Parlamento. El ser dos cosas a la vez revela que tiene un carácter singular, excepcional y provisional, tal y como el Tribunal Constitucional recuerda, por ejemplo, en su sentencia 137/2011, de 14 de septiembre: «en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa».

510

Esta perspectiva indicada por **ARANA** constata el carácter excepcional de la atribución presidencial incluso en un régimen político parlamentario como el español². Asimismo, esta medida extraordinaria tiene rango y fuerza de ley, el *rango* lo otorga la misma Constitución y la *fuerza* significa que cabe aplicarse en todo el territorio nacional, pero esta fuerza de ley es solo activa toda vez que si bien puede modificar o hasta derogar una ley emanada del Parlamento, no tiene fuerza de ley pasiva en la medida que no es capaz de resistir una derogación o modificación a través del control político que ejerce el Parlamento o el control jurídico que realiza el Tribunal Constitucional cuando una minoría parlamentaria lo somete a su jurisdicción a través del planteamiento de una acción de inconstitucionalidad.

En nuestro país, el carácter excepcional de los decretos de urgencia se sustenta en el artículo 118° inciso 19 de la Constitución, solo se habilita la posibilidad

2 El Perú optó por denominar a esta medida extraordinaria como decreto de urgencia para diferenciarlo de los decretos ley, que es una fuente de derecho utilizada por los gobiernos de facto o autoridades que han llegado al poder por medio de golpes de Estado y usan esta institución para regular la vida de la sociedad cuando no existe Parlamento y no estar dentro de los parámetros de un Estado Constitucional de Derecho.

de dictar dicha fuente de Derecho con rango y fuerza de ley en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso, el cual puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia. Por otro lado, existe contenido vedado al decreto de urgencia en nuestro orden jurídico constitucional conforme al tercer párrafo del artículo 74° de la Constitución, que indica que los decretos de urgencia no pueden regular sobre materia tributaria.

Finalmente, sobre este primer elemento, se podría indicar que el decreto de urgencia es una fuente de derecho con rango y fuerza de ley que emana del Poder Ejecutivo, más específicamente, del Presidente de la República y que solo se pueden emitir de manera excepcional ante una situación de urgencia que requiera de interés nacional, sólo en materia económica y financiera, no se le puede otorgar contenido tributario y; así como es excepcional, también es provisional hasta que el Congreso ejerza control político o las minorías parlamentarias acudan al Tribunal Constitucional para que éste efectúe control jurídico sobre estos.

B) Sobre el mecanismo de uso del decreto de urgencia (Cómo se usa)

Ahora bien, al referirnos al mecanismo de uso del decreto de urgencia se hace referencia a los presupuestos formales que deben existir para que el Presidente se encuentre habilitado el momento de dictar esta norma. En tal sentido, nuestra Constitución Política señala que los requisitos *ex ante*, es decir, los requisitos necesarios previos a la emisión de un decreto de urgencia, están consagrados en los artículos 118° inciso 19, 123° inciso 3 y 125° inciso 2 y 74° en su párrafo tercero.

En el caso del artículo 118° inciso 19, la Constitución indica lo siguiente:

Artículo 118°. - Atribuciones y obligaciones del Presidente

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Sobre esta norma, se puede observar que se exigen dos presupuestos formales de validez los cuales deben responder a i) que el contenido sea exclusivamente sobre materia económica y financiera; en este caso, si otro fuese el contenido de

la norma queda claro que dicho decreto no podría ser convalidado por el Congreso de la República y correspondería derogarlo y dejarlo sin efecto en todos sus extremos pues es una norma que nació defectuosa e infringió desde su origen a la propia Constitución; del mismo modo, el segundo presupuesto formal que exige esta norma es **ii)** que dicho contenido en materia económica y financiera se sustente en circunstancias tales que sean de interés nacional, sobre este último presupuesto referido al interés nacional, cabe acotar que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad; caso contrario, el decreto de urgencia no estaría amparado en el interés nacional sino en interés particular.

En el artículo 123° inciso 3, la Constitución señala que el Presidente del Consejo de Ministros debe refrendar con su firma el documento que contiene el decreto de urgencia, ello como presupuesto que otorga validez necesaria para que el documento surta efectos; caso contrario, si en el contenido del documento no se halla dicho refrendo, corresponde al Congreso, al momento de efectuar control político, derogue y deje sin efectos el decreto de urgencia por tener un vicio de forma exigido por la Constitución Política del Estado.

512

Del mismo modo, en el artículo 125° incisos 2 y 3, la Constitución consigna que antes de que el decreto de urgencia sea firmado por el Presidente del Poder Ejecutivo y refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, éste sea deliberado (inciso 3) y aprobado (inciso 2) por el Consejo de Ministros. Ello, debe constar en el acta de sesión de Consejo de Ministros correspondiente a fin de que se pueda cumplir con dicho requisito formal de validez que habilite al Presidente del gobierno la emisión del decreto de urgencia y este no sea derogado de plano por el Congreso al momento de efectuar el control político por existir un notable y evidente vicio formal.

Respecto al caso del párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución, el mandato es prohibitivo, pues ocurre lo mismo que los anteriores presupuestos en sentido negativo: los decretos de urgencia no deben versar en materia tributaria; caso contrario, son inválidos desde su nacimiento y; por tanto, pasibles de ser derogados desde el primer instante de su nacimiento.

Finalmente, debe quedar claro que todos estos requisitos formales que otorgan validez al decreto de urgencia para que pueda ser emitido por el Presidente

del gobierno, deben ser concurrentes, es decir, deben cumplirse todos y cada uno de ellos, no puede existir cumplimiento parcial o particular de cada uno; pues, el documento aspirante a surtir los efectos jurídicos otorgados al decreto de urgencia sería nulo desde su origen. Todos estos requisitos que exige la Constitución son *ex ante*, decir, deben cumplirse antes de su publicación a efectos de que no devengan en inválidos de plano.

Finalmente, cabe acotar que respecto a los requisitos formales *ex ante* que debe cumplir el decreto de urgencia, se trata de una resolución que debe versar sobre materia económica, financiera mas no tributaria, de interés nacional no particular y que debe estar refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Presidente del gobierno previa deliberación y aprobación del Gabinete, el cual debe quedar registrado mediante acta de la sesión correspondiente.

C) Sobre la finalidad del decreto de urgencia (Para qué sirve)

La finalidad que persigue el decreto de urgencia encuentra su basamento en dos principios fundamentales **i)** el principio de necesidad y **ii)** el principio de conexidad.

En el caso del **principio de necesidad**, el decreto de urgencia debe responder a una situación tal que el tiempo que demande la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción) impida la prevención de daños o, en todo caso, que los mismos devengan en irreparables. Esto significa que en una situación de emergencia y necesidad si se siguiera el proceso ordinario de aprobación de leyes por el Congreso y la promulgación parte del Presidente, la situación que pretende revertirse se agravaría y los daños que cause serían irreparables por la extensión y prolongación de los plazos; por ello, interviene el Presidente a través del uso de la institución del decreto de urgencia, para que en circunstancias de necesidad y urgencia, se prescinda del trámite ordinario y se le habiliten facultades legislativas extraordinarias, excepcionales y provisionales para que se eviten, prevengan o reviertan situaciones imposibles de ser solucionadas a través del trámite común de aprobación de leyes que es burocrático y; por lo tanto, lento.

Por otro lado, respecto al **principio de conexidad**, en el decreto de urgencia, debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. Esto significa que el contenido de dicha norma excepcional no debe incluir cualquier disposición que no guarde

relación con la situación que se pretende solucionar y que no modifican de manera instantánea la situación problemática existente, pues si no se cumple ello no se podría justificar el carácter extraordinario y de urgente necesidad.

D) La naturaleza jurídica del decreto de urgencia

Ahora bien, la naturaleza jurídica del decreto de urgencia es aquella que lo concibe como una fuente de derecho con rango y fuerza de ley que emana del Poder Ejecutivo, más específicamente, del Presidente de la República y que solo se pueden emitir de manera excepcional ante una situación de urgencia (**Definición**), sólo con contenido en materia económica y financiera, no se le puede otorgar contenido tributario y que; así como es excepcional también es provisional. Del mismo modo, su emisión debe cumplir con requisitos *ex ante*, pues se trata de una resolución que debe versar sobre interés nacional no sobre intereses particulares; asimismo, debe estar refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Presidente del gobierno previo acuerdo del gabinete ministerial, el cual debe quedar registrado en la sesión correspondiente (**Mecanismo de uso**).

514

Finalmente, su emisión debe sujetarse al principio de necesidad en la medida que solo puede dictarse si el trámite ordinario de expedición de leyes impide la prevención de daños o la reversión de los mismos (**Finalidad**); en ese sentido, también debe someterse al principio de conexidad que exige una vinculación inmediata entre la medida que se pretende aplicar y las circunstancias extraordinarias que sustentan la existencia del decreto de urgencia.

3. Jurisprudencia constitucional relevante sobre decreto de urgencia: criterios para la emisión del decreto de urgencia

Ahora bien, respecto a los pronunciamientos relevantes en materia del instituto del decreto de urgencia corresponde analizar cuáles son los criterios en los que se debe sustentar el contenido de la resolución que alberga el decreto de urgencia, pues no se trata, como se ha mencionado *supra*, de emitir un documento cualquiera y ponerle como rótulo cualquier etiqueta que regule cualquier cosa; no, se trata de que el contenido, es decir, el factor endógeno de la norma, debe encontrar justificación fáctica, esto es, hechos que sean coherentes con las medidas que pretende revertir dicho norma excepcional.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia recaída en el expediente N°708-2005-PA/TC (Caso denominado Callao V.S

Repuestos de calidad S.A.C), en cuya virtud del fundamento N° 7 se puede apreciar que: *“Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del reglamento del Congreso (...)”*.

Dicho fundamento, encuentra su finalidad en la coherencia y logicidad que debe tener el factor endógeno como exógeno de la norma, pues son los factores exógenos que motivan la emisión y moldean la estructura interna del decreto de urgencia. Se podría decir que el *factum* equivale al supuesto de hecho que debe cumplirse *sine qua non* para que la norma pueda nacer. Ahora bien, ese *factum* o supuesto de hecho debe cumplir con ciertos criterios concurrentes y motivados que deben estar señalados en la exposición de motivos de la resolución que contiene el decreto de urgencia.

Por consiguiente, de acuerdo a la sentencia precitada del Tribunal Constitucional, son cinco (5) los criterios que ha determinado el guardián de la Constitución Política del Estado, y con la finalidad de ser ilustrativos al respecto, se comentará cada uno de dichos criterios en función a la situación actual que acontece en nuestro país; por ello, se tomará, a modo de ejemplo, la emisión del decreto de urgencia N°028-2020 que se dictó en el marco del estado de emergencia nacional³ para la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención y control del COVID-19, la cual es una variación del virus denominado “coronavirus” y que ha generado una situación excepcional en todo aspecto de la sociedad, generando una cantidad ingente de decretos de urgencia que a la fecha casi todos han dejado de ser controlados políticamente por el Congreso de la República, lo que hace inferir que muchos de los emitidos pueda estar generando efectos jurídicos aun cuando han nacido posiblemente defectuosos en la forma.

a) **Criterio de excepcionalidad**

En función a la sentencia precitada, el primer criterio a analizar es el de excepcionalidad, el cual ha sido definido de la siguiente manera:

3 Mediante Decreto Supremo N°044-2020 PCM que declara el estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19-

Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español –criterio que este Colegiado sustancialmente comparte– que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma.

Por tanto, lo que corresponde cuestionar, a modo de ejemplo, es si el decreto de urgencia N°028-2020 cumple con el criterio de excepcionalidad y tiene por objeto revertir una situación extraordinaria e imprevisible en materia económica y financiera en atención al hecho concreto. Pues bien, el objeto del decreto invocado en su artículo 1° establece que tiene por finalidad de adquirir bienes y servicios para la obtención, transporte y procesamiento de muestras para el diagnóstico de COVID-19, necesarios para prevenir y atender la emergencia por COVID-19 a nivel nacional.

516

Del mismo modo, el artículo 2° inciso 2 del precitado decreto de urgencia busca regular en materia económica y financiera a efectos de contratar directamente y prescindir del procedimiento ordinario de contratación pública, esto, en función al inciso b) del artículo 27° de la ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado. En tal sentido, ante la situación de emergencia nacional por la rauda propagación del virus COVID-19, el Estado requiere exonerar de las etapas ordinarias del proceso de contratación pública, tales como convocatoria, inscripción de postores, calificación de postores, análisis de propuesta técnica y económica a fin de no ralentizar la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención de la propagación del virus.

Ante tal situación ¿se podría decir que el objeto del decreto de urgencia y sus medidas económicas buscan revertir una situación extraordinaria e imprevisible? Ello es discutible, pues si bien el Poder Ejecutivo ya tenía conocimiento de la forma vertiginosa de propagación del virus; una vez se detectó casos de infectados dentro del territorio nacional, sí bien se generó una situación extraordinaria, la cual se pudo prever con otras medidas administrativas, no se pudo pronosticar la

magnitud del daño; por lo que, este último supuesto podría calzar con el criterio que el Tribunal recoge de su homólogo español en la medida que ello corresponde a la discrecionalidad del órgano político facultado de medir la excepcionalidad e imprevisibilidad. Empero, resulta inexorable destacar, que esa discrecionalidad política del Presidente de la República no puede ser absolutamente amplia, pues podría camuflarse con otro tipo de intereses que utilicen como excusa la emisión de un decreto de urgencia.

A pesar de ello, debe entenderse que la discrecionalidad no es absoluta, tengamos en cuenta que dicho criterio adoptado por el Tribunal Constitucional español; así como, su homólogo peruano, en la década de los ochentas, no admitían las demandas de inconstitucionalidad contra decretos de urgencias por razones estrictamente restrictivas, tal es el caso de la resolución N°057-90-TR emitida por el tribunal de Garantías Constitucionales y que **LANDA** (2003) comenta de la siguiente manera:

(...) Así, la mayoría de magistrados razonó de la siguiente manera: de conformidad con el art.298°, inciso 1, de la Constitución e 1979, solo se puede “declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo y, como en esta enumeración taxativa no era posible incoar una acción de inconstitucionalidad contra un decreto supremo de urgencia dictado al amparo el artículo 211°, inciso 20, de la Constitución de 1979, la mayoría de magistrados constitucionales opinó que el TGC estaba impedido de pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del decreto supremo N°057-90-TR (...).

De lo anterior comentado por **LANDA**, se puede colegir que el predecesor del Tribunal Constitucional, creado por la Constitución de 1979, adoptó criterios restrictivos para declarar inadmisibles de plano las demandas de constitucionalidad planteadas contra decretos de urgencia porque no estaban en la lista taxativa que contemplaba la Constitución, no se examinaba el fondo y tampoco si existía correlato o vinculación entre la medida económica o financiera y los hechos que justificaron dicha emisión. Se trata pues, de un criterio superado que, en la actualidad, la misma Constitución de 1993 ha incluido en su catálogo actual en el artículo 200° inciso 4. Por lo que, la discrecionalidad tiene que

someterse pues al criterio de excepcionalidad a efectos de revertir situaciones extraordinarias e irreversibles como es el caso del decreto de urgencia N°028-2020 bajo análisis.

b) Criterio de necesidad

En la sentencia *in comento*, se indica que se debe tener en cuenta que, para la emisión del decreto de urgencia: *“Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que, demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), impida la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables”*.

Es el caso del decreto de urgencia N°028-2020, si para la exoneración de las etapas ordinarias del proceso de selección, esto es, para la materialización de la contratación directa, se hubiera emitido una ley, en lugar de un decreto de urgencia, con todas sus etapas desde la presentación del proyecto de ley hasta la aprobación de la autógrafa y su posterior promulgación por parte del Poder Ejecutivo, hubiera transcurrido tanto tiempo que los daños por la falta de adquisición de muestras para el diagnóstico de COVID-19 o pruebas rápidas serológicas hubieran causado daños irreparables de tal magnitud que no se hubiera podido conocer la cantidad de infectados a nivel nacional y el respectivo control médico sobre los mismos; por eso, la excepcionalidad de la facultad legislativa por parte del Poder Ejecutivo con cargo, por supuesto, de dar cuenta al Congreso de la República *ex post*, en este caso, resulta necesario; por lo que, se cumple el criterio de necesidad para la expedición célere de la norma. Ello no es impedimento para que una vez desaparecida la necesidad, la norma sea dejada sin efecto por parte del Parlamento.

518

c) Criterio de transitoriedad

Del mismo modo, el criterio de transitoriedad exige que: *“las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa”*. En el caso del decreto de urgencia N°028-2020 bajo análisis, el artículo 7° señala que este tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020; por lo que, las medidas urgentes gozan de vigor hasta esa fecha. A pesar de ello, si el propio decreto de urgencia no hubiera contemplado plazo máximo de vigencia, entonces se hubiera entendido que su vigencia estaría justificada en la medida que se mantenga el estado de emergencia nacional.

A modo de antecedente, se puede decir que la ley N°25397 de fecha 3 de febrero de 1992 en su artículo 4, les otorgó a los decretos de urgencia, llamados en ese entonces decretos supremos extraordinarios, un plazo de vigencia de 6 meses. Esta ley solo estuvo vigente durante 4 semanas; puesto que, fue una de las justificaciones que utilizó el ex presidente Alberto Fujimori para disolver el Congreso de la República debido a que consideraba que era una limitación obstruccionista a las labores del Poder Ejecutivo en un contexto invadido por el terrorismo.

Pues bien, más allá de los argumentos esbozados por el Presidente de esa época, esta ley fijaba un plazo de vigencia máximo de 6 meses, lo que representaba un baremo de limitación al Poder Ejecutivo, aunque este estuviera obligado a someter su decreto de urgencia al control político del Parlamento. En tal sentido, si existía pues el control político no había razón para limitar a un plazo determinado la vigencia del decreto de urgencia, más aún si los hechos que causaron la existencia de dicho decreto subsisten y pueden ser el motivo de su prolongación o prórroga por parte del Poder Ejecutivo o modificación o derogación por parte del Poder Legislativo.

d) Criterio de generalidad

Sobre este criterio, el Tribunal Constitucional ha indicado que: *“El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el caso Colegio de Notarios de Lima (...) alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, debe ser el ‘interés nacional’ el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos a intereses determinados, sino, por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad (...)”*

El interés nacional está estrechamente vinculado a la prohibición de interés particular, ello significa que un decreto de urgencia no puede emitirse para beneficiar a una persona, un grupo de personas o a un determinado sector de la sociedad, sino que, por su característica excepcional que le otorga al Presidente de la República la capacidad de legislar para revertir situaciones no imprevisibles es que el contenido normativo no puede tener nombre propio para beneficio exclusivo de algún particular sino que la reparación del daño o la reversión de circunstancias adversas no puede estar dirigida para el beneficio de los particulares.

En cuanto al ejemplo del decreto de urgencia N°28-2020, supongamos que en dicha norma se hubiera indicado que solo la empresa “X” puede obtener la buena pro de las contrataciones con el estado. Ahora bien, la exoneración del procedimiento ordinario de contratación ya constituye una situación extraordinaria porque el Estado puede contratar directamente o por invitación con la empresa que mejor oferta económica y técnica tenga en el mercado obviando diversas formalidades para la participación de postores en toda su plenitud, con todos los procedimientos que se requieren en una contratación ordinaria.

Sobre el particular, agregar que, si sólo una empresa puede ser invitada por el Estado y que éste pueda contratar directamente solo con ella, entonces estaríamos ante una norma de carácter particular que viola el criterio de generalidad, pues se debe garantizar siempre la potestad pública de escoger la mejor oferta que asegure beneficio en nombre del interés nacional y no de una persona o grupo selecto.

e) **Criterio de conexidad**

Sobre las particularidades de este criterio, el Tribunal Constitucional advirtió en la sentencia recaída en el expediente N°708-2005-PA/TC ya precitada para invocar el contenido de estos criterios imprescindibles para dotar de contenido al decreto de urgencia que:

Conexidad: debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que a la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él ‘cualquier género de disposiciones: ni aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido mismo, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad’ (...) Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del Decreto de Urgencia y no de las acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada (...).”

Este criterio es claro y consideramos que no requiere de una explicación exhaustiva, pero sí precisa; por lo que, se irá de manera directa al ejemplo que invocamos respecto al decreto de urgencia N°028-2020, es decir, si este decreto de urgencia se hubiera emitido para exonerar del trámite ordinario de un proceso

de selección a determinados postores amparando su motivación en el supuesto de, por ejemplo, un cambio de estación del clima, no habría ningún tipo de conexidad, pues el proceso natural del cambio de estación y; por lo tanto, de clima no puede justificar de ninguna manera la exoneración de un proceso de selección para contratar directamente, pues no hay ninguna emergencia de por medio, salvo, por supuesto, que exista algún fenómeno o catástrofe natural como un terremoto que cause gran daño y deban aplicarse exoneraciones para responder ante la emergencia; sin embargo, en el caso de la norma que nos ocupa, el clima no tiene ninguna trascendente en cuanto a la propagación del contagio del COVID-19, se trataría de una razón irrelevante respecto del criterio de conexidad, el supuesto de hecho no se constituiría en factor determinante; por lo que, no se cumpliría con este criterio.

En consecuencia, este principio indica de modo taxativo que debe existir perfecta y motivada correspondencia entre los hechos (factor exógeno) y el contenido normativo (factor endógeno) por medio del cual se busca resolver a causa de esos hechos.

4. Jurisprudencia constitucional relevante sobre decreto de urgencia: parámetros de control político y jurídico

El sustento de la jurisprudencia que citaremos a continuación encuentra en su motivación la manifestación fundamental del equilibrio de poderes en su modalidad de control parlamentario de los actos normativos del Presidente. Cabe traer a colación que nuestro régimen político es el presidencialismo; en esa línea, **DELGADO GUEMBES** (1998), citando a **LOEWENSTEIN** indica que, existen regímenes presidenciales “frenados”, “moderados”, “atenuados” o “disminuidos” y que en el Perú **GARCIA BELAUNDE** apunta que el nuestro es un modelo presidencial disminuido, atenuado o frenado, tesis con la que concordó **PANIAGUA CORAZAO**.

Entonces, si el Perú es un presidencialismo atenuado significa que no es un presidencialismo puro; por lo que, existe control por parte del Parlamento y esta particular situación nos ubica en una clasificación híbrida como diría **SHUGART y CAREY** (1992), que es la referencia que toma **DELGADO-GUEMBES** para desarrollar su postura, pues tanto el Poder Legislativo como Ejecutivo tienen competencias similares destinadas al control y equilibrio de poderes mutuo.

Ahora bien, de acuerdo a la sentencia recaída en el expediente N°0004-2011-PI/TC (caso 25% del número legal de congresistas) en su fundamento N°4, el Tribunal Constitucional hace referencia al control político que ejerce el Parlamento sobre el decreto de urgencia e indica lo siguiente:

(...) Un control de esta naturaleza no se identifica con lo que es propio del control jurídico. Ello es consecuencia de la naturaleza del órgano que realiza el control y de las tareas que la Constitución asigna éste. El Parlamento es un órgano político por naturaleza, basado en el mandato representativo, en la elección directa de sus representantes y en el sufragio universal, igual, libre y secreto. Refleja en su composición a todos los sectores (intereses) de la sociedad [principio de pluralismo] y, en su seno, quienes los representan debaten públicamente sobre las cuestiones más trascendentes que concier-ten a la *res publica*.

En ese mismo sentido, respecto al control jurídico, en su fundamento N°5, el Tribunal Constitucional en la precitada sentencia consigna lo siguiente:

522

(...) De ahí que, a diferencia del control jurídico, cuyo criterio de evaluación por antonomasia sea el de validez/invalidéz del objeto controlado, los criterios de simple oportunidad y de conveniencia/inconveniencia sean los que se empleen en el control político. De simple oportunidad, pues encontrándose facultades para realizar el control respecto de cualquier medida gubernamental, depende de la decisión política del Parlamento y, en particular, de las relaciones entre minoría y mayorías políticas, el que lo quiera ejercer. Y se realiza bajo el criterio de conveniencia/inconveniencia ya que, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, las críticas al Ejecutivo pueden tener el derecho como fundamento, pero también sustentarse en razones económicas, financieras, sociales, de orientación política o por puros argumentos de poder. Puesto que no existe catálogo de criterios limitados o delimitados para el escrutinio político, la subjetividad y disponibilidad de su parámetro son algunos de los factores que singularizan al control político.

Por consiguiente, corresponde pues analizar el fundamento N°4 de la sentencia *in comento* que se refiere al control político que ejerce el Parlamento, el cual se sustenta en la representación política que cristalizan sus integrantes; ya que, son el reflejo de determinados sectores de la sociedad, lo que significa que, dentro de este poder del Estado, habitan diversos intereses que pueden ser coincidentes

o en pugna y que se atienden en función a la discrecionalidad que implican las reglas del juego de poder dentro de un sistema democrático.

Es por ello, que el Tribunal Constitucional indica que la forma como se ejerce el control político va a depender de las relaciones que se produzcan entre las mayorías y las minorías parlamentarias, las cuales se sustentan en la conveniencia o inconveniencia de los intereses de los representados, por eso, no se podría decir que si el Parlamento no controla un decreto de urgencia, necesariamente, sobre la base de diferentes razones que pueden ser económicas, sociales o simplemente de poder, renuncia a su derecho de controlarlos *ex post*, pues existe discrecionalidad, la cual se puede fundamentar en diferentes motivos que atañen pues a los intereses que la sociedad haya puesto en el Congreso para que sean representados.

Por otro lado, el Tribunal dice que este control político difiere del control jurídico en la medida que el razonamiento jurídico siempre se va a sustentar en la evaluación de validez o invalidez del presupuesto normativo que para ello existen parámetros a los se deben adscribir los magistrados para poder determinar dicha validez o invalidez; por ello, el control jurídico se despoja de intereses y de subjetividades para trascender al ámbito de la imparcialidad.

523

Sin embargo, se considera oportuno indicar que, como se ha visto en párrafos precedentes, los criterios que utiliza el Tribunal Constitucional en la sentencia N°708-2005-PA/TC para ejercer control jurídico sobre los decretos de urgencia bien podrían ser usados por los congresistas al momento de ejercer control político; puesto que, subsumir los intereses de determinados sectores sociales en la formalidad que exige el Tribunal Constitucional no se opone a las razones que podrían tener los congresistas para estimar o desestimar un decreto de urgencia; sin embargo, el control político al estar supeditado a intereses de cualquier índole, corre el riesgo de dejar de lado los criterios del Alto Tribunal o si los usa, solo sirven como meras etiquetas sin mayor fundamentación.

5. El decreto de urgencia en el interregno parlamentario a posteriori de la disolución del Congreso

Sobre este acápite, el Perú ha tenido una reciente experiencia el último 30 de septiembre de 2019, pues el ex Presidente de la República: Martín Vizcarra, disolvió Congreso bajo el argumento de la denominada denegación fáctica de la cuestión de confianza; y esto, al ser una experiencia nueva bajo nuestra vigente

Constitución de 1993, no se tiene abundante producción académica respecto, pues recién encuentra su primera evidencia empírica en la fecha indicada.

Sobre el particular, si bien el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N°0006-2018-PI/TC en el caso denominado “cuestión de confianza y crisis total del gabinete”, en su fundamento N° 75 indicó que: “(...) *este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que puedan plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera*”.

Este argumento ha sido muy cuestionado por la academia, pues la denegación fáctica no es concepto que, además de indeterminado y ambiguo, no existe como supuesto habilitante en la Constitución a efectos de que se le faculte al Presidente invocarlo para que, de esta manera, pueda disolver el Congreso; sin embargo, el Tribunal Constitucional convalidó el acto del Presidente llevando a cabo una interpretación que, a criterio de quien suscribe, implica el resquebrajamiento del principio de supremacía constitucional.

524

Por otro lado, una vez disuelto el Parlamento, el artículo 46° del Reglamento del Congreso de la República señala que durante el periodo denominado interregno parlamentario, subsiste la Comisión Permanente, la cual ejerce funciones de control. Del mismo modo, el artículo 42° del precitado Reglamento consigna que la Comisión Permanente ejerce sus funciones incluso en el interregno parlamentario derivado de la disolución del Congreso. Cabe resaltar entonces que a la Comisión Permanente *a posteriori* de la disolución del Congreso tiene atribuciones netamente residuales, esto es, existe sólo para que se sostenga el principio de separación de poderes como indica el artículo 43° de la Constitución política del Estado.

Esta función residual se encuentra contemplada de manera implícita en el artículo 135° de la Constitución cuando indica que el Presidente legisla y da cuenta al Congreso de la República para que este los eleve al nuevo Congreso a través de informes de control. Pero la pregunta es: ¿bajo qué parámetros o base jurídica se elaboran estos informes si existe vacío constitucional en este aspecto?

Para responder la anterior pregunta, se cita el informe recaído en el decreto de urgencia N°014-2020 que regula disposiciones generales necesarias para la

negociación colectiva en el sector público en cuya página 11 punto b.2, se consigna lo siguiente:

Dado que no hay disposición alguna que exima a los decretos de urgencia el artículo 135° de la Constitución Política de los requisitos formales usuales para la emisión de normas con rango de ley por parte del Ejecutivo, se puede afirmar que estas normas requieren para su emisión, tal como los decretos de urgencia el numeral 19 del artículo 118° de la Constitución política del refrendo del Presidente del Consejo de Ministros y la aprobación del consejo de ministros. En tal sentido, se puede concluir que los requisitos formales para su aprobación son los mismos que los exigidos para los decretos de urgencia ordinarios.

Asimismo, es fundamental señalar que, en la búsqueda de maximizar el respeto y la vigencia el principio democrático y de separación de poderes, establecidos esencialmente en los artículos 43° y 44° de la Constitución Política, los requisitos de los decretos de urgencia en normalidad constitucional, son los criterios de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad señalados ampliamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Desde luego, estos criterios se aplican a los ajustes razonables que corresponden a las circunstancias específicas que existen en una situación de interregno parlamentario.

En tal sentido, coincidimos con los fundamentos expuestos en el precitado informe de la Comisión Permanente, toda vez que el decreto de urgencia en interregno parlamentario sigue siendo tal, con la misma naturaleza jurídica utilitaria, sólo que ya no se le exige al Presidente que el contenido objeto de urgencia se limite a materia económica y financiera, es más, tampoco se prohíbe legislar en materia tributaria; por lo tanto, hasta la instalación del nuevo Congreso, el Presidente legisla con cierta libertad, pero se tiene que limitar a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional sin menoscabar las denominadas cláusulas pétreas, como es el caso de la violación de Derechos Humanos o el principio democrático, pues su abolición o modificación implicaría destrucción del Estado de Derecho.

Es decir, su objetivo debe ser revertir el daño causado que se pretende resolver o menguar su impacto gravoso, se debe sujetar estrictamente a los mismos criterios con la salvedad que sólo el nuevo Congreso puede efectuar control político

sobre los decretos de urgencia; por lo que, se concluye en este extremo que los decretos de urgencia controlados por la Comisión Permanente, tienen carácter residual y sus informes son meramente recomendatorios al nuevo Parlamento.

6. Conclusiones

- a) Sobre la base del desarrollo de cada uno de los elementos indicados, se puede decir que la naturaleza jurídica del decreto de urgencia es aquella que lo concibe como una fuente de derecho con rango y fuerza de ley que emana del Poder Ejecutivo, más específicamente, del gobierno central y que solo se pueden emitir de manera excepcional ante una situación de urgencia en materia económica y financiera, no se le puede otorgar contenido tributario y que; así como es excepcional también es provisional. Del mismo modo, su emisión debe cumplir con requisitos *ex ante*, pues se trata de una resolución que debe versar sobre interés nacional no sobre intereses particulares y que debe estar refrendado por el presidente del consejo de ministros y el Presidente del gobierno previo acuerdo del consejo de ministros, el cual debe estar bajo la constancia del acta de sesión correspondiente del consejo de ministros.

526

Asimismo, su emisión debe sujetarse al principio de necesidad en la medida que solo puede dictarse si el trámite ordinario de expedición de leyes impide la prevención de daños o la reversión de los mismos; en ese sentido, también debe someterse al principio de conexidad que exige una vinculación inmediata entre la medida que se pretende aplicar y las circunstancias extraordinarias que sustentan la existencia del decreto de urgencia.

- b) Los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional que debe tomar en consideración tanto el Poder Ejecutivo al momento de emitir los decretos de urgencia y el Poder Legislativo al momento de efectuar control político son los de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad los cuales, de no cumplirse, serán observados en el control jurídico que ejerce el Tribunal Constitucional, el cual realizará un juicio de validez o invalidez del decreto de urgencia si se somete a su judicatura una demanda de inconstitucionalidad.
- c) Es correcto afirmar que el control político que ejerce el Parlamento se sustenta en la representación política que cristalizan sus integrantes; ya que,

son el reflejo de determinados sectores de la sociedad, lo que significa que, dentro de este poder del Estado, habitan diversos intereses que pueden ser coincidentes o en pugna y que se atienden en función a la discrecionalidad que implican las reglas del juego de poder dentro de un sistema democrático.

En ese sentido, la forma como se ejerce el control político va a depender de las relaciones que se produzcan entre las mayorías y las minorías parlamentarias que se sustenta en la conveniencia o inconveniencia de sus intereses, por eso, no se podría decir que si el Parlamento no controla un decreto de urgencia, éste renuncia a su derecho de controlarlos *ex post*, pues existe discrecionalidad, la cual se puede fundamentar en diferentes motivos que atañen pues a los intereses que la sociedad haya puesto en el Congreso para que sean representados.

- d) Por otro lado, este control político difiere del control jurídico en la medida que el razonamiento jurídico siempre se va a sustentar en la evaluación de validez o invalidez del presupuesto normativo que para ello existen parámetros a los se deben adscribir los magistrados para poder determinar dicha validez o invalidez; por ello, el control jurídico se despoja de intereses y de subjetividades para trascender al ámbito de la imparcialidad. Todo esto, desde luego, en el mundo del *deber ser*.
- e) El decreto de urgencia en interregno parlamentario sigue siendo tal, con la misma naturaleza jurídica utilitaria, sólo que ya no se le exige al Presidente que el contenido objeto de urgencia se limite a materia económica y financiera, es más, tampoco se prohíbe legislar en materia tributaria; por lo tanto, hasta la instalación del nuevo Congreso, el Presidente legisla con libertad, pero se tiene que limitar a los criterio establecidos por el Tribunal Constitucional, es decir, su objetivo debe ser revertir el daño causado que se pretende resolver o menguar su impacto gravoso.

7. Recomendaciones

- a) Se recomienda a los operadores que ejercen representación parlamentaria, presenten, debatan y aprueben una ley de desarrollo constitucional respecto del artículo 118° inciso 19) de la Constitución que tome como referencia la ley N°25397 de fecha 31 de enero de 1992, ley denominada como “ley de

control parlamentario sobre los actos normativos del presidente de la República”. Como se mencionó en su oportunidad, esta ley estuvo vigente tan sólo por unas pocas semanas hasta el auto golpe de Estado perpetrado por el ex Presidente Alberto Fujimori, pero ese contenido debe ser ampliado y modernizado en el sentido de que las limitaciones al decreto de urgencia deben tener en consideración presupuestos habilitantes coherentes con la realidad actual y tomar como premisa fundamental la salvaguarda del principio de separación de poderes sin que ello implique que el Poder Ejecutivo ejerza abuso en la emisión del decreto de urgencia, pues la idea es que la cantidad de los decretos de urgencia sea razonable y su calidad coherente.

- b) Se recomienda a los operadores que ejercen representación parlamentaria, presenten, debatan y aprueben una ley de desarrollo constitucional respecto del artículo 135° de la carta fundamental a efectos de que el Poder Ejecutivo emita decretos de urgencia dentro de los criterios fijados por el Tribunal Constitucional a efectos de que no se aproveche la discrecionalidad para reformar la Constitución, leyes orgánicas o el reglamento del Congreso de la República, pues ello si constituiría una afrenta al principio de separación y equilibrio de poderes contemplado en el artículo 43° de la Constitución política del Estado.

528



Bibliografía

- ARANA, E. (2013). Revista de administración pública. *Uso y abuso del decreto-ley*, (191). 337-365. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4386736>
- BENTHAM, J. (1823). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Recuperado de: http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/278/bentham_0175_EBk_v6.0.pdf
- Congreso de la República. (11 de julio de 2014). Ley de Contrataciones del Estado. [Ley N°30225]. DO: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>
- Congreso de la República. (3 de febrero de 1992). Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República. [Ley N°25397], DO: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/86059C73FC81F35405257E43006CFCD8/\\$FILE/L25397.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/86059C73FC81F35405257E43006CFCD8/$FILE/L25397.pdf)

- Congreso de la República (25 de febrero de 2020). Informe recaído en el decreto de urgencia 024-2020 que regula disposiciones necesarias para la negociación colectiva en el sector público (a folios 12). DO: Portal Institucional del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Decretos/Urgencias/2020/INFORME-FINAL-014-2020.pdf
- Congreso de la República (Julio de 2020). Reglamento del Congreso de la República. DO: Portal Institucional del Congreso de la República. Recuperado de: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/reglamento/reglamento-congreso-\(2020-mayo-15\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/reglamento/reglamento-congreso-(2020-mayo-15).pdf)
- Constitución Política del Perú del Perú [Const.] (30 de diciembre de 1993). 13era Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf
- DELGADO-GUEMBES, C. (1998). *Régimen de Gobierno y Poder Presidencial*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/8970675/CDG-Regimen-de-gobierno-y-poder-presidencial-en-el-Peru#download>
- ESTÉVEZ, J. L. (1956). Anuario de filosofía del derecho. *Sobre el concepto de "Naturaleza jurídica"*, (4). 159-182. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2057273.pdf>
- LANDA, C. (2003). Pensamiento Constitucional. *Los decretos de urgencia en el Perú*. 9(9). 131-148. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3320/3164>
- PLANAS SILVA, P. (1993). Ius et Veritas. *Decreto de urgencia y "medidas extraordinarias". Notas para una tipificación*, (7). 133-158. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15404/15856>
- Presidencia de la República. (19 de marzo de 2020). Dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera para la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención y control de COVID-19. [Decreto de Urgencia N°028-2020]. DO: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/569060/DU028_2020.pdf
- Tribunal Constitucional. (20 de abril de 2005) Sentencia 708-2005-PA/TC. Fundamento 7. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00708-2005-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (20 de septiembre de 2011). Sentencia N°0004-2011-PI/TC. Fundamentos 4 y 5. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2011-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (6 de noviembre de 2018). Sentencia N°0006-2018-PI/TC. Fundamento 75. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00006-2018-AI.pdf>

Una mirada crítica al Nuevo Código Procesal Constitucional

Cambios innecesarios y retos de una reforma*

✉ CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS**

1. Introducción

El Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC) ha visto la luz hace solamente unas semanas atrás y ha entrado en vigor prácticamente de manera inmediata, es decir, no nos ha dado tregua. Y hay algunas modificaciones que trae consigo esta norma que, de pronto, desde una perspectiva quizá no muy enterada de la jurisprudencia constitucional, podríamos calificar como aportes, innovaciones o cambios necesarios y la verdad es que no es así.

531

* El presente trabajo es una transcripción de la ponencia magistral realizada en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Docente universitario. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Educación con mención en Docencia en Educación Superior por la Universidad San Ignacio de Loyola. Master of Business Administration in International Business (MBA) por San Ignacio University (Miami). Maestro en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid (España). Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado del Executive MBA de la Universidad San Ignacio de Loyola. Diplomatura Internacional en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.

Fue Director Académico de la Escuela de Postgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola y del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico. También se desempeñó como Asesor Principal en el Congreso de la República, integró el Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial y fue asesor del Despacho Viceministerial de MYPE e Industria en el Ministerio de la Producción.

Es autor de múltiples libros y trabajos especializados publicados tanto en el Perú como en el extranjero. Conferencista en actividades nacionales e internacionales. Actualmente, se desempeña como docente universitario tanto a nivel de postgrado como de pregrado.

Dicho esto, este artículo va a formular una crítica al llamado “nuevo” código procesal constitucional, que de hecho para empezar de nuevo tiene muy poco y creo que, por ello, hay que partir de la propia denominación con la que el Congreso de la República ha aprobado esta norma. En efecto, si hacemos un análisis comparativo, en estricto, estamos más bien ante una reforma del código procesal constitucional que entró en vigencia en el año 2004, más que ante un nuevo código procesal constitucional. Es más, los aspectos que podríamos calificar como nuevos, no solamente no lo son desde el punto de vista de que ya tenían algún respaldo jurisprudencial, sino que, además, algunos cambios que podríamos calificar como “nuevos” no son necesariamente bien recibidos o por lo menos no han sido tan indispensables de llevar a cabo y, por el contrario, nos pueden terminar complicando el ejercicio de la defensa en el ámbito procesal constitucional.

2. Algunas modificaciones relativas a los alcances de la demanda y el trámite de los procesos constitucionales

Uno de los primeros cambios vinculados con los alcances de la demanda y el trámite de los procesos constitucionales, y que se ha visto como algo positivo del actual código procesal constitucional es la posibilidad de interponer la demanda en una lengua o idioma distinta al castellano. Esto es algo positivo desde la perspectiva del principio de socialización del proceso y del principio de igualdad, pues se hace bien en no poner como un obstáculo el tema del idioma o la lengua para el acceso de la justicia constitucional. Sin embargo, aun cuando esto sea positivo, eso no quiere decir que no se tengan que adoptar algunos recaudos o, por lo menos, hacer algunas precisiones.

En primer lugar, creo que es un cambio importante, pese a que tal vez no era tan indispensable o necesario si lo vemos desde la perspectiva de que de conformidad con el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, ya era factible presentar o canalizar demandas de procesos constitucionales en una lengua o idioma distinta al castellano. En cualquier caso, viene bien de cara a la impartición de justicia positivizar la exigencia o el planteamiento de forma tal de que no haya duda al respecto.

En segundo término, y pese a su alcance en términos generales positivos, estamos ante una modificación que no deja de generar algunas preocupaciones. Concentrémonos principalmente en dos: La primera preocupación es que si hay algo que es preciso garantizar en el ámbito de los procesos constitucionales es,

entre otros, el principio procesal de inmediación, en razón del cual se busca que el juez tenga el mayor contacto posible, tanto con las partes como con el objeto del proceso. De esta manera, dentro del breve plazo que se tienen en el ámbito procesal constitucional, se espera que el juez pueda adquirir convicción y resolver –finalmente– el asunto en controversia.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que para que esta labor jurisdiccional del juez se lleve a cabo de la manera más efectiva y rápida posible, no deberían haber intermediarios entre la víctima o el demandante y el juez. No obstante, ante el supuesto de que el juez no maneje el idioma de la víctima o del que ha demandado, esto va a generar la necesidad de contar con un intérprete o un traductor. Así, asoma la presencia de un tercero que puede algún de alguna manera condicionar el sentido del lenguaje o de los términos en los que finalmente el juez va a tomar conocimiento no solamente de los hechos que se relatan en la demanda sino también de la pretensión de la víctima y, consecuentemente, del alcance de la decisión que pueda adoptar.

Dicho eso, lo que se tiene que evitar es que la figura del traductor o intérprete condicione justamente el cabal entendimiento por parte del juez constitucional del sentido o el tenor de los hechos y de la pretensión que ha sido formulada, ya sea por la víctima o por el demandante.

El segundo recaudo que es importante mencionar o, por lo menos, causa preocupación tiene que ver con un aspecto presupuestal. Así, una de las preguntas que surgido también alrededor del tema es quién se supone que debe que asumir el costo si, dependiendo del trámite del proceso, se requiere ese intérprete o ese traductor.

En nuestra opinión, si partimos del supuesto de que el Código Procesal Constitucional pretende allanar el terreno para que la víctima, es decir, aquella persona que viene padeciendo una situación lesiva a sus derechos fundamentales, no tenga que soportarla porque no tenga los recursos económicos para acceder a la justicia constitucional; en principio tendría que asumirlo el Poder Judicial. Precisamente por eso existe el principio procesal constitucional de gratuidad de la actuación del demandante, pues, entonces se entendería que, bajo la coherencia del Código, si se requiere de una figura como el intérprete o el traductor para el trámite de un proceso constitucional en una lengua o idioma distinta al castellano, ese costo tendría que asumirlo el sistema de impartición de Justicia, salvo mejor parecer.

Un segundo frente en el que se han presentado cambios importantes y que impacta en la demanda o el trámite de los procesos constitucionales, tal vez, ya no como el primero que está más orientado a redundar en lo que de pronto la Constitución podía decirnos y, sin perjuicio de los recaudos que se han comentado; es el frente del trámite de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

En efecto, resulta que a lo largo de los años se ha ido, poco a poco, migrando y evolucionando en lo que concierne a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales pasando de un esquema de contralor judicial negativo a uno de corte parcial. En efecto, se partió de un primer escenario de contralor judicial negativo, allá por la década de los 90's, en donde sobre la base de una interpretación textual del artículo 200, se le había cerrado la puerta por completo a la posibilidad de iniciar procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

Luego, se pasa un esquema de contralor judicial parcial en el que se admite la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales a través de procesos constitucionales bajo el entendido de que solamente será factible en la medida que se viole, o bien el derecho debido al proceso o bien la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, bajo la existencia de un "proceso irregular".

534

No obstante, hay una sentencia que hasta cierto punto ha pasado por agua tibia pero que, en su momento, concitó mucho interés. Se trata del caso Apolonia Colcca (Expediente N° 3179-2004-AA), en el que el Tribunal Constitucional parecía haber abierto la puerta a la figura del contralor judicial amplio dejando entrever que ya no solamente los procesos constitucionales procederían contra resoluciones judiciales, en tanto y en cuanto aquel proceso en el que se expide la resolución se haya configurado o no la violación del debido proceso o de la tutela jurisdiccional efectiva, sino por la violación de cualquier otro derecho fundamental; es decir, insisto, no solo por el debido proceso ni por la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente, hoy por hoy, será el esquema del contralor judicial parcial el que terminará siendo positivizado en el año 2004 con el Código Procesal Constitucional anterior y hoy se reafirma con el NCPC.

Sin embargo, el NCPC en este frente plantea dos cambios importantes: el primero tiene que ver con la notificación de la demanda. En el esquema normativo anterior cuando uno iniciaba un proceso constitucional contra una resolución judicial, eran emplazados y notificados todos aquellos jueces o magistrados que hubieran participado en el trámite de aquel proceso judicial

cuya resolución se estaría cuestionando a través del proceso constitucional; no obstante, hoy del NCPC se infiere que la demanda tiene que ser emplazada y notificada puntualmente al procurador encargado de asuntos constitucionales del Poder Judicial. En otras palabras, ya los jueces o magistrados que –eventualmente– podrían haber participado en aquel proceso judicial cuya resolución se estaría cuestionando no estarían notificados ni emplazados en el proceso constitucional en cuestión.

Desde una perspectiva de un sector se ha considerado que es lo correcto porque los jueces o magistrados no responden por los votos opiniones que emiten como parte de su labor jurisdiccional. Otro sector, en cambio, lo ha calificado como un recorte injustificado del derecho a la defensa de los jueces o magistrados. De hecho, actualmente están en trámite sendas demandas de inconstitucionalidad contra el vigente y cuestionado NCPC. Entre los argumentos que se encuentran en tales demandas está –precisamente– la supuesta o presunta violación del derecho a la defensa de los jueces y magistrados del Poder Judicial que eventualmente podrían verse afectados por ese control constitucional que se activaría contra aquellas resoluciones judiciales que han visto la luz en el marco de estos procesos judiciales cuestionados. Entonces, ahí hay un frente que está siendo materia de escrutinio constitucional. Estaremos alertas a lo que el Tribunal Constitucional pueda establecer al respecto, aunque no es el único frente sobre el cual hay que llamar la atención ya que el código actual ha planteado un cambio adicional de importancia en lo que se refiere a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

Así, un segundo frente muy importante está relacionado con el juez competente o con el trámite que sigue la demanda del proceso constitucional cuando se cuestione una resolución judicial. Anteriormente, en el Código Procesal Constitucional, se iniciaba un proceso constitucional contra una resolución judicial –por ejemplo–, un Proceso de Amparo o un *Hábeas Corpus* a nivel de juzgado –naturalmente–; luego, se podía apelar y el proceso llegaba a la Corte Superior y; finalmente, se podía recurrir al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Ahora, el NCPC establece que los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales inician en Sala Superior; suben en segunda instancia a la Corte Suprema y; eventualmente, puede terminar en el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Es decir, el cambio se ha generado en el ámbito de que el proceso constitucional cuando se cuestiona una resolución judicial no inicia en un Juzgado sino en la Corte Superior.

Este es un aspecto que también ha concitado mucho interés y crítica porque desde el punto de vista de promover el acceso a la justicia constitucional y, en atención a las condiciones físicas o geográficas de nuestro país, no se trata realmente de un cambio que coadyuve el acceso a la justicia. Sin embargo, se podría decir que con la conectividad y las tecnologías de la información no es necesario trasladarte físicamente a la sede de la Corte para presentar el escrito, sino que el trámite se podría hacer virtualmente. Esta afirmación sería válida si se tuviera un esquema de conectividad garantizado, independientemente del lugar en el que uno se encuentre (sea cercano o lejano a la capital, en cualquier provincia o región del país), lo que desde luego no es así.

Efectivamente, se podría considerar que los recursos digitales permiten el acceso a la justicia, pero no se puede negar que nuestro país presenta serios problemas de conectividad y, si actualmente una persona está siendo afectada por una resolución judicial sea porque viola su tutela procesal efectiva en los términos del código, será necesario que se traslade físicamente a la Corte Superior para dar por iniciado el proceso constitucional. (así no sucedía con el esquema procesal constitucional anterior). Entonces, hay un cambio en el que es pertinente ahondar y reflexionar más si lo que se pretende —como pareciera ser el espíritu de la norma— es facilitar o promover el acceso a la justicia constitucional.

536

Otro de los cambios interesantes está relacionado a los medios impugnatorios y a la figura de la apelación. Un primer cambio interesante, aunque no necesariamente bueno, es que actualmente con el NCPP se pueden presentar medios impugnatorios o recursos sin fundamentación. El Código actual establece que se puede (apenas se notifica o es puesta en conocimiento la resolución que te puede ser adversa) presentar el recurso y dejar en suspenso la sustentación o la fundamentación de este para hacerlo ante el juez de instancia superior que va a resolver el medio impugnatorio en cuestión. En otras palabras, esto significa que ante cualquier eventualidad que se reciba una resolución adversa lo que se tiene que hacer —prácticamente de manera automática— es apelar o presentar el recurso respectivo porque ya no se requiere fundamentación como condición para que este pueda ser admitido.

Así las cosas, —comprenderán— que esto puede generar un incentivo perverso para la presentación de medios impugnatorios y no necesariamente conllevará a que los procesos constitucionales sean más ágiles y céleres o que los plazos legales que establece el Código verdaderamente se puedan cumplir.

Otra de las modificaciones que trae consigo el actual Código tiene que ver con una institución que no es innovación del código actual. Se trata de la figura de la apelación por salto, la cual ya tenía respaldo jurisprudencial; es decir, el propio Tribunal Constitucional, así la había adoptado como parte de su jurisprudencia.

En cuando a la apelación por salto para comprender en qué consiste, habría que tener en cuenta que cuando se ha tramitado un proceso constitucional de tutela de derechos, se empieza en el juzgado; si no se obtiene una decisión favorable, se pasa –vía apelación– a la Corte Superior y; finalmente, al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Al pasar por todo ese proceso y se logra por fin que el Tribunal Constitucional conceda una decisión favorable, el expediente baja en ejecución para que el juez de primer nivel ejecute lo ordenado por esta instancia máxima.

El tema es que, en esa etapa, es decir, en ejecución de sentencia, se presentaban ciertas prácticas dilatorias o no necesariamente los jueces ejecutores cumplían con la sentencia del Tribunal Constitucional en sus justos términos. Ante esta situación, lo que hacía la víctima o quien se veía perjudicado por la ejecución de la sentencia fuera de los plazos establecidos o en términos distintos a los que el Tribunal había ordenado, pues, iniciaba un segundo proceso constitucional alegando la violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, coadyuvando –de esa manera– a que nuevamente la autoridad máxima obligue al juez ejecutor a cumplir –dentro de los plazos– la sentencia. Pero esto significaba no solamente haber pasado por el primer proceso constitucional – que ya demandaba cierto tiempo– sino que significaba seguir un segundo proceso que también iba a pasar por esas tres instancias especificadas anteriormente.

Entonces, el Tribunal se percató que, si bien este no podía conocer en instancia única y definitiva los procesos constitucionales de tutela de los derechos (porque la propia Constitución establece que el Tribunal solamente conoce los casos de resoluciones denegatorias de estos procesos de tutela de los derechos fundamentales), podía tratar de acortar el trámite de este segundo proceso y así lograr una tutela más eficaz los derechos fundamentales que estaban de por medio.

En ese orden de ideas, la figura de la apelación por salto es una figura que consiste –básicamente– en que en el segundo proceso constitucional que se inicia

ante el hecho de verse afectado porque el juez competente en la ejecución no cumple dentro de los términos establecidos o quizá no cumple con la sentencia en el sentido que ha sido ordenado por el Tribunal; se va directamente al Tribunal Constitucional vía apelación en caso que el juez de primer grado no emita una sentencia favorable. Por eso, se le llama apelación por salto porque se salta la segunda instancia del Poder Judicial, que sería la Corte Superior, y es, por lo tanto, una forma de llegar mucho más rápido al Tribunal Constitucional y ver salvaguardado el derecho.

Esto es justamente lo que se puede ver recogido en el artículo 22 del NCPC en cuyo literal “c” se señala lo siguiente:

“De forma excepcional, se permitirá la apelación por salto en casos de resoluciones judiciales en proceso de ejecución de sentencia, cuando se verifique una inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección otorgada al derecho fundamental agredido y se desproteja los derechos fundamentales cuya protección ya se otorgó”

538

Como se puede observar, esto que trae consigo el actual Código está lejos de ser una innovación, es una figura procesal que ya había sido adoptada o acogida por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y, por lo tanto, no es en rigor un aporte de la actual norma.

Otro de los aspectos que resultan de interés en la parte referida a la demanda y al trámite de los procesos constitucionales tiene que ver con el tema cautelar. Quienes son entendidos en la teoría cautelar saben perfectamente que, en el marco de un proceso, a veces se requiere salvaguardar ciertos supuestos de la realidad para que al término del proceso pueda hacerse eficaz la sentencia que se vaya expedir.

En esa línea de pensamiento, para que eso no pase se cuenta con la facultad –incluso en los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, salvo en el caso del *Hábeas Corpus*– de solicitar medidas cautelares. Lo que es importante advertir de cara a lo que propone el actual Código es que el esquema cautelar supone una evaluación preliminar de la situación que se va a resolver luego con un pronunciamiento de fondo; y es que el escenario cautelar –básicamente–, como su nombre indica, es asegurar o salvaguardar una situación de facto para luego hacer eficaz la sentencia del proceso principal. Por lo tanto, no

es necesariamente un pronunciamiento cabal sobre el fondo sino una evaluación aparente o presunta de aquellos indicios que harían suponer que quien está solicitando la cautelar tendría la razón.

Es por tal motivo que entre los requisitos para solicitar una medida cautelar está la apariencia del derecho, es decir, no hay certeza de que el derecho efectivamente le asista a quien solicita una medida cautelar sino una presunción de que puede ser así y; por eso, se denomina de esa manera: apariencia del derecho.

Ahora bien, a su vez, se requiere que la medida cautelar sea adecuada y razonable según lo que se pretende y, finalmente, se establece como tercer requisito que haya un peligro en la demora, es decir, que se necesite proteger cierta situación de facto para que durante el trámite y el tiempo que pueda demorar el proceso en cuestión, no se vaya a ver alterada haciendo a la larga impracticable o inejecutable la sentencia que se vaya a expedir.

Entonces, lo que resulta extraño del articulado del NCPC es la referencia al concepto de certeza en el esquema cautelar, lo que es absolutamente contrario a toda la teoría cautelar, ya que, como se ha visto, se maneja más bien en el ámbito de las posibilidades o de las probabilidades. En efecto, si se observa el artículo 19 del NCPC, llama la atención que –en el caso de las cautelares– se establezca que el juez que conceda la medida cautelar debe observar que el pedido sea adecuado y razonable -aquí no hay nada que cuestionar-, que tenga apariencia de derecho y -esta es la parte que resulta bastante inusual- que exista “certeza razonable” de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable. Si hay algo que no es propio del esquema de la teoría cautelar es la certeza; por lo tanto, que se haga mención o referencia a una “certeza razonable” para el otorgamiento o concesión de cautelares es –por lo menos– discutible.

3. Algunos cambios que han afectado el margen de acción del juez constitucional

Sumados a los anteriores, hay algunos cambios que merecen un comentario a parte como es el caso de los referidos al margen de acción del juez constitucional. En este sentido, uno de los cambios o incorporaciones más interesantes de este Código es el relativo a la figura del control de convencionalidad. Si observamos el artículo 8 del Título Preliminar del Código, nos daremos cuenta que expresamente se recoge precisamente la figura del control de convencionalidad. En efecto, ahí se

establece con todas sus letras que, en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces deberán preferir la norma.

Dicho esto, en cuanto a si ¿era preciso que el control de convencionalidad estuviera expresamente en el Código Procesal Constitucional? No, creo que no era necesario que se incorporará como tal en el Código. No hace daño, pero también es cierto que desde las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos como *Almonacid Arellano vs. Chile* o *Gelman vs Uruguay*, ya estaba muy claro que los jueces debían aplicar el control de convencionalidad. Es más, en el caso *Gelman vs Uruguay* la Corte IDH tuvo una comprensión bastante más generosa y amplia de lo que implica no solamente el control del convencionalidad sino de los sujetos obligados a ejercer dicho control y, si esto no fuera suficiente, ya el Tribunal Constitucional e inclusive el Poder Judicial cuentan con pronunciamientos en los que se aplica el control de convencionalidad; por lo tanto, en rigor no es un cambio necesario pero, reitero, tampoco hace daño.

540

Sin embargo, lo que sí vale la pena rescatar es la manera en como el Código aborda el control de convencionalidad en este extremo, es decir, la incorporación del principio *pro homine* como parámetro para su aplicación. Y es que se observa que en la parte final se dice que, de presentarse esa incompatibilidad entre una norma interna y la internacional, los jueces tendrán que preferir la que sea más favorable.

Esto es bastante interesante porque el Código no parte del presupuesto de una presunta jerarquía entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho local o nacional; más bien todo parece indicar que el código parece partir de una relación de complementariedad entre el Derecho Internacional y el Derecho interno y, justamente, como producto de esa relación de complementariedad establece como pauta para resolver cualquier situación de conflicto, controversia o contradicción entre un estándar internacional y una normativa o pauta interna, el principio *pro homine*. Esto da pie a la posibilidad de que, si se presentase un caso de conflicto entre un estándar, por ejemplo, de la Corte IDH y alguna disposición nacional como un precedente constitucional vinculante, pueda tranquilamente aplicarse este último si es más favorable.

Entonces, este es un cambio, aun cuando innecesario porque –reitero– que jurisprudencialmente ya se tenía la base suficiente para desplegar este control

de convencionalidad, considero que tampoco hace daño. Sin perjuicio de ello, es importante e interesante la manera en cómo se ha incorporado el control de convencionalidad, esto es, sobre la base del principio *pro homine*.

Otro de los aspectos interesantes sobre el margen de acción del juez constitucional que trae consigo el actual Código, aunque no necesariamente significa que se esté de acuerdo con ello, es el de establecer cuáles son los votos que se necesitan en sede del Tribunal Constitucional, ya sea para crear, modificar o para apartarse de un precedente constitucional vinculante.

Este es un cambio que no ha sido bien recibido por algunos sectores que –de hecho– han presentado una demanda de inconstitucionalidad, porque consideran que esto es un aspecto que debía ser –más bien– regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no en este espacio. Pero no es el único cambio que ha concitado crítica.

El otro cambio que trae consigo el artículo 6 del Título Preliminar del NCPC es que pueden observar que habilita a la Corte Suprema para que, a través del proceso de acción popular, que es ese proceso constitucional a través del cual se controla la constitucionalidad de normas de rango inferior a la ley; pueda crear precedentes constitucionales vinculantes.

Este es un aspecto que ha generado fuertes críticas y creo que no falta razón. Y es que sin perjuicio de negar la independencia judicial y la ventaja que puede significar manejar precedentes o jurisprudencia de carácter vinculante, tanto nivel del Tribunal Constitucional como también del Poder Judicial; el gran problema que subyace a este planteamiento del código es: ¿y que nos asegura que no vaya a presentarse alguna controversia, conflicto o pronunciamientos discrepantes entre la Corte Suprema (a través de un proceso de acción popular que establezca como precedente constitucional vinculante) y el Tribunal Constitucional?

Por cierto, desde el año 2004 el Tribunal Constitucional ha podido crear precedentes; es con este Código que se le da la misma atribución a la Corte Suprema. Se trata de un aspecto que no deja de ser preocupante porque lo que se debe evitar y, de hecho, la figura del precedente se inspira en ello, es que haya discrepancias o pronunciamientos jurisprudenciales discordantes.

Este es un aspecto sobre el cual que hay que darle vueltas para evitar que los jueces, los operadores de justicia y los operadores del Derecho en general caigan

en la incertidumbre y no tengan claridad acerca de la pauta a seguir, ya sea lo dispuesto por Corte Suprema o lo que determina el Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que los espacios u oportunidades que –eventualmente– podría tener el Tribunal Constitucional, de pronto para pronunciarse y corregir –si es que corresponde– algún precedente que la Corte Suprema haya creado vía proceso de acción popular son: en primer lugar, bien porque ese precedente se aplica dentro de un proceso de tutela de derechos fundamentales en los que el Tribunal Constitucional participa como última y definitiva instancia; o, en segundo término, en un proceso competencial o de inconstitucionalidad –a propósito de la norma con rango de ley, cuyo reglamento ha motivado ese proceso de acción popular producto del cual se ha establecido el precedente constitucional vinculante.

Siguiendo con los cambios que trae consigo el actual Código referidos al margen de acción del juez constitucional; surge uno que también merece comentario y es el relativo a la incorporación de la figura del “amigo de la Corte” o el *amicus curiae*.

542

Esta es una figura muy interesante porque el “amigo de la corte” busca ilustrar a la autoridad jurisdiccional para que pueda resolver de mejor manera la causa que llega a su competencia. Naturalmente, el “amigo de la Corte” es una persona o una entidad que tiene cierto conocimiento particular o cierta experiencia y que puede resultar de capital importancia para que el juez pueda resolver el caso en trámite. Sin embargo, lo que no se desprende de manera expresa del artículo 5 del Título Preliminar del Código es que su incorporación sea sólo factible por invitación del juez o acaso también a solicitud de parte.

Ahora bien, estando así las cosas cabe la pregunta: ¿la incorporación del “amigo de la corte” es una innovación del Código? Pues, no lo es. Si uno revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resulta que so pretexto de la autonomía procesal, ha creado, entre otras figuras como el litisconsorte necesario, también la del “amigo de la Corte”. De hecho, hay procesos en los que ya ha participado el *amicus curiae*; por lo tanto, no estamos –en realidad– ante una innovación del actual Código Procesal Constitucional.

De otro lado, entre otros cambios referidos al margen de acción del juez constitucional, se tiene la eliminación del rechazo liminar. Para poner

en contexto, con el Código Procesal Constitucional anterior, es decir del año 2004, los jueces tenían la posibilidad de rechazar de plano aquellas demandas que no tuvieran elementos suficientes que justifiquen la intervención del juez constitucional. En otras palabras, tenían la posibilidad de rechazar demandas de plano, bajo el argumento de que no presentaban indicios que justificaran la intervención de dicho juez. Esto ayudaba a depurar, de alguna manera, la sobrecarga procesal que pudiera afectar la justicia constitucional. Sin embargo, con el NCPC, se ha eliminado por completo la figura del rechazo liminar. Tan claro es el tema que lo ha mencionado de manera expresa, es decir, está proscrita la figura del rechazo liminar y eso no es todo, sino que además de haber eliminado este mecanismo, el NCPC ha establecido la figura de la audiencia única.

En efecto, hoy en día, no sólo los jueces constitucionales no pueden rechazar de plano las demandas, con lo cual tienen que admitir y tienen que aceptar todas las demandas que lleguen a su conocimiento, según corresponda; sino que, además, están obligados a programar audiencias únicas públicas para discutir y valorar las pretensiones de las partes, las pruebas y, si corresponde dentro de ese mismo acto, resolver la causa que llega a su conocimiento.

543

Como podrá suponerse, no se está tomando en consideración cómo esto puede impactar en el quehacer del juez constitucional, el cual se puede ver absolutamente avasallado a un extremo tal que se corre el riesgo de que los plazos legales existentes para acceder a la justicia constitucional y obtener un pronunciamiento judicial oportuno, comiencen a no respetarse.

Siguiendo con las modificaciones que el NCPC establece en relación con el margen de acción del juez constitucional, hay otra figura que no es tampoco una innovación de esta norma, y es la actuación de la sentencia impugnada. Para poner nuevamente en contexto, cuando uno inicia un proceso constitucional y recibe una decisión favorable, por ejemplo, en primera instancia, naturalmente el interés de la víctima es que esa sentencia se ejecute independientemente de que la parte vencida apele o impugne. De esta manera, el demandante espera que se puede dar cobertura a su derecho independientemente de que todavía se siga el trámite del proceso constitucional. Esa es la figura de la actuación de la sentencia impugnada, por eso se llama así: porque es actuar la sentencia, pese a que ha sido impugnada por la parte vencida.

La idea que subyace al mecanismo de la actuación de la sentencia impugnada, es intentar reparar o evitar que la situación lesiva perdure durante el trámite del proceso constitucional. En este sentido, lo que establece el actual código y que no ha dejado también de despertar crítica, es que en su artículo 26 se señala que la actuación de la sentencia impugnada es factible, pero que la decisión del juez que ordena ejecutar la sentencia (pese a que haya sido impugnada) no es impugnabile.

Así, una de las grandes preocupaciones detrás de este mecanismo es que cuando se ejecute esa sentencia que ha sido materia, por ejemplo, de una apelación, no se genere una situación que luego no se pueda retrotraer. En efecto, no olvidemos que el proceso constitucional continúa, por lo que, si al final del mismo pierde el demandante, la sentencia debe igual hacerse factible a favor del demandado, lo que sería imposible si como producto de la aplicación de la actuación de la sentencia impugnada, se genera una situación irreversible.

En esa línea de pensamiento, un límite de la actuación de la sentencia impugnada tiene que ver –justamente– con no generar una situación que no se pueda retrotraer, no generar una situación que no se pueda revertir. Es el caso, sin embargo, que, si bien ello también se señala en el NCPCP, éste añade que la decisión del juez que ordena la actuación de la sentencia impugnada no podría ser objeto de recurso o medio impugnatorio alguno. En otras palabras, si el juez se equivoca al momento de establecer la actuación inmediata de su sentencia, pese a que ha sido impugnada, y no valora, por lo tanto, de manera correcta la eventual situación que estaría produciendo, la parte perjudicada no tiene remedio procesal dentro de ese proceso, quedando sólo el escenario de la vía civil para la indemnización respectiva, sin perjuicio de la responsabilidad funcional del juez.

544

Como se puede observar, el temperamento del NCPC deja en situación de indefensión al demandado. Entonces, aquí hay un frente que también hay que tomar mucho recaudo porque en un proceso constitucional, independientemente que la balanza suela inclinarse para facilitar el acceso a la justicia de quien demanda porque es la víctima que viene padeciendo una situación lesiva a sus derechos fundamentales, no se debe perder de vista la existencia de la parte demandada, que también tiene derechos fundamentales y, por lo tanto, se hace preciso tener en consideración.

Por otro lado, a propósito de algunos cambios adicionales que tienen que ver con el margen de acción del juez constitucional, se tiene que el actual Código

aborda la participación del Ministerio Público en el marco de la ejecución de las sentencias constitucionales. Efectivamente, como ha quedado dicho cuando comentamos la figura de la apelación por salto, una de las grandes preocupaciones en el seno de los procesos constitucionales es cómo asegurar el cumplimiento eficaz y oportuno de las sentencias constitucionales. Pues bien, para estos fines el NCPC ha incorporado al Ministerio Público.

En ese orden de ideas, me parece interesante y rescatable que el actual Código haya establecido la posibilidad de remitir los actuados al Ministerio Público para que este pueda adoptar alguna acción penal en contra de aquella autoridad o persona renuente a cumplir con la sentencia constitucional. Es decir, se trata de una medida de apercibimiento como puede adoptar el juez y que se erige en un “espada de Damocles” que tendrá sobre su cabeza aquel agresor contra el cual se ha expedido finalmente sentencia.

Sumado a ello, es también interesante que se incorpore la figura de la prisión preventiva, esto es, en el marco de los procesos constitucionales es factible que –eventualmente– se dicte prisión preventiva contra aquella persona o autoridad que no cumple con el mandato judicial.

545

No obstante, y a pesar de lo positivo que nos puedan parecer estos últimos cambios, tampoco constituyen una innovación del Código porque si uno se remite proyecto de Código Procesal Constitucional, o sea, ese documento que llega a manos del Congreso y que parte de una iniciativa estrictamente de un grupo de destacados académicos y profesionales, sí se había contemplado la figura de la prisión preventiva o detención; por lo tanto, no es una innovación o aporte, aunque ello no desmerece en lo absoluto su pertinente incorporación el día de hoy.

4. Algunas obligaciones pendientes, a propósito de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional

En esta parte de la exposición se abordarán algunas obligaciones que se desprenden del Código hacia otros organismos distintos al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional, y que se hace necesario que se cumplan con miras a la mayor y mejor eficacia de los procesos constitucionales.

En este caso estamos hablando principalmente de las tareas que el código les asigna implícitamente tanto a la junta Nacional de justicia (JNJ) como al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS).

En ese sentido, en primer lugar, hoy en día el NCPC establece que todos los procesos de tutela de los derechos fundamentales serán de conocimiento de los jueces constitucionales. Si bien es cierto la norma anterior hacía lo propio, mantenía para el particular caso del *Hábeas Corpus*, la competencia del juez penal sin observar turnos. Sin embargo, es el caso que, bajo la norma actual, incluso en el caso de los *Hábeas Corpus* el juez competente es el juez constitucional.

Hemos señalado en otras oportunidades que para que el control del poder y tutela de los derechos fundamentales estén garantizados en el marco de un Estado Constitucional, se hace necesario que la institución cuente –por lo menos– con tres características claves: imparcialidad, independencia y especialidad.

Evidentemente, la especialidad en el ámbito procesal constitucional no es un asunto menor porque hay principios que es preciso observar para lograr el mejor resultado posible en estos procesos. Así, por ejemplo, el principio de suplencia de queja deficiente es de especial importancia en estos casos y para su aplicación es preciso que el juez lo conozca y sepa cuál es su alcance. El problema radica entonces en que actualmente no se tiene tantos jueces constitucionales como quizá el código presupone. Efectivamente, en Lima existen poco más de 10 jueces constitucionales y la situación es aun peor a nivel de otros distritos judiciales que es donde se necesitan más jueces de esta especialidad jurisdiccional.

546

Debido a esa situación se necesita que tanto la JNJ como la Academia de la Magistratura trabajen de manera conjunta para cada vez tener no solamente jueces constitucionales, sino que estos conozcan realmente la dinámica de los principios procesales y todas aquellas herramientas y mecanismos que contribuyen a que realmente se alcance la finalidad de los procesos constitucionales en generales y de los de tutela de derechos en particular.

Un segundo punto dentro de las obligaciones que emanan del código y cuyo cumplimiento se torna en una tarea de primer orden, se refiere al MINJUS. Y es que una de los aspectos rescatables de este nuevo Código, es la creación de la Defensoría Pública Especializada en Procesos Constitucionales.

Según el artículo 4 del código, si la persona no tiene recursos para contratar un abogado a título particular, contará con un defensor público especialista en asuntos constitucionales o procesales constitucionales. Esto es absolutamente valioso ya que, si nos ponemos a pensar que el Código Procesal Constitucional,

tanto el anterior como el actual, está orientado a facilitar el acceso de la justicia al que sufre una lesión de sus derechos fundamentales, pues con mayor razón debe hacerlo si la víctima no tiene siquiera los recursos para acceder a la justicia constitucional y contratar un abogado para tal efecto. Corresponde, por lo tanto, llamar la atención al MINJUS para que se pueda garantizar esa defensa técnica para quienes puedan verse vulnerados en sus derechos fundamentales y vean depositadas sus esperanzas en los defensores públicos especializados que pueda proveer esta institución del Estado.

5. A modo de conclusión

Como se habrá podido observar, lejos de tener hoy un NCPC innovador o que haya planteado algunos cambios indispensables o necesarios, pareciera ser más bien un código que –para empezar– de nuevo tiene poco o nada y; por lo tanto, más propiamente sería hablar de una reforma del Código Procesal Constitucional, e inclusive dentro de una reforma hay cambios que no son necesarios.

En efecto, por un lado, hay instituciones procesales o figuras que ya venían aplicándose, sea por que el código anterior ya las había contemplado o por que el Tribunal Constitucional así lo estableció en su jurisprudencia. Y, por otro lado, si hay algunas modificaciones a destacar, como se ha visto, no necesariamente se trata de cambios que sean para bien. Más de uno genera serias preocupaciones o deja entrever serios problemas para su implementación, sin perjuicio de los eventuales visos de inconstitucionalidad que también se han señalado.

Finalmente, hay obligaciones que emanan o se desprenden del código y que bien vale la pena tomar nota, sobre todo en el caso de la JNJ y del MINJUS, al menos para que se cumpla con ellas de forma oportuna y se contribuya a alcanzar una justicia constitucional y una defensa técnica especializada, tal como también se ha intentado relevar aquí. Muchas gracias.

El derecho a la nacionalidad

Un derecho fundamental que nunca se debe volver a perder
por el arbitrio del Estado

✉ LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*

1. Introducción

La presente ponencia tiene por objeto explicar y desarrollar la propuesta legislativa de mi autoría expresada en el Proyecto de Ley N.º 7100/2020-CR¹, que buscaba la simplificación en la recuperación de la nacionalidad de los peruanos eliminando las barreras burocráticas arbitrarias que imponía el Estado, siendo estas una restricción inconstitucional al ejercicio de su derecho a la nacionalidad.

Efectivamente, la propuesta legislativa planteaba simplificar el proceso de recuperación de nacionalidad de los peruanos por nacimiento que habían renunciado a ella, agregando la posibilidad de realizar la gestión de recuperación en el exterior, además del trámite ya existente en el territorio nacional, y eliminando la obligación de residencia mínima en el Perú, entre otras materias, las cuales precisaremos en la presente ponencia.

549

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de corte constitucional y derechos humanos. Congresista de la República para el periodo 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Autor del Proyecto de Proyecto de Ley N.º 7100/2020-CR, Proyecto de Ley que simplifica el procedimiento para recuperar la nacionalidad peruana, presentado el 11 de febrero de 2021.

1 Proyecto de Ley N.º 7100/2020-CR, Ley que simplifica el procedimiento para recuperar la nacionalidad peruana, presentado el 11 de febrero de 2021.

Este ensayo tiene por objeto desarrollar y ampliar los argumentos establecidos en la Exposición de Motivos del precitado Proyecto de Ley de mi autoría² y al mismo tiempo reiterar que la propuesta normativa, que luego de aprobada por el Congreso fue observada por el Presidente de la República, tenía un sustento constitucional reivindicatorio.

De la misma forma, podemos advertir que la misma propuesta se convirtió en Ley N.º 31294, aprobada por el Congreso de la República y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de julio de 2021³, siendo de esta manera que se reivindicó el derecho de miles de peruanos residentes en el extranjero que desean recuperar su nacionalidad peruana y que ahora pueden hacerlo.

2. Antecedentes

Antes de exponer el marco normativo constitucional e internacional de los Derechos Humanos del derecho a la nacionalidad debemos de explicar primero la problemática que motivó tanto esta ponencia como el Proyecto de Ley N.º 7100/2020-CR fue la regulación legal que existía hasta la concreción de esta última como reforma de la Ley de Nacionalidad, la misma que restringía arbitrariamente este derecho fundamental.

Ciertamente, conforme estaba regulado en la Ley N.º 26574, Ley de Nacionalidad, el procedimiento de recuperación de nacionalidad, esta normativa establecía lo siguiente:

“Artículo 8.- Los peruanos por nacimiento que han renunciado expresamente a la nacionalidad peruana, tienen el derecho de recuperarla, si cumplen con los siguientes requisitos:

- 1. Establecer su domicilio en el territorio de la República, por lo menos un año ininterrumpido.*
- 2. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana.*

2 Ver: <https://www.congreso.gob.pe/congresistas2016/LuisRoel/Cargoscongresista/>

3 Ver: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/07100?opendocument

3. *Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades.*
4. *Tener buena conducta y solvencia moral.*

La autoridad competente evalúa, a solicitud expresa del interesado, el cumplimiento de los requisitos señalados en los numerales 1 y 3, a fin de facilitar el ejercicio de este derecho”.

Como se puede apreciar los requisitos que se encontraban en esta disposición eran requisitos administrativos que resultan ser un obstáculo arbitrario y desproporcionado, pues por ejemplo podría darse el caso de una persona que por circunstancias laborales se vio obligada a realizar la renuncia de su nacionalidad por la normativa en el país donde se estableció; y que luego, habiendo variado las regulaciones laborales en dicho país, desea recuperarla, pero se daría el caso que para hacerlo debe cesar en su trabajo y regresar al Perú y residir en el país un tiempo, afectando con ello todo el progreso que hubiera alcanzado.

En este caso hipotético y teniendo en cuenta que pueden existir múltiples motivos de distinta índole (no sólo laborales, sino familiares, de salud, educativos, y otros), la regulación vigente es atentatoria de los derechos de los peruanos que desean recuperar su condición como tal.

551

Indudablemente, resulta indispensable considerar que la gran mayoría de peruanos que ha ejercido su derecho constitucional a renunciar a su nacionalidad peruana, no lo hicieron animados por una voluntad de desligarse completamente del Perú y de la peruanidad, sino por la imperiosa necesidad de adoptar la nacionalidad del país a donde emigraron con la finalidad de acceder a mejores puestos de trabajo, acceso a los servicios de salud, motivos familiares, becas de estudios, etc.

A partir de ello se generó la necesidad de presentar el Proyecto de Ley N.º 7100/2020-CR, que tenía como objetivo simplificar el procedimiento para recuperar la nacionalidad de los peruanos por nacimiento que hubiesen renunciado a ella. Así, nuestra propuesta normativa fue modificar el artículo 8º de la Ley N.º 26574, Ley de Nacionalidad, proponiendo la siguiente redacción, que es la que sigue:

“Artículo 8º. - Los peruanos por nacimiento que han renunciado expresamente a la nacionalidad peruana tienen derecho a recuperarla manifestando su

voluntad expresa en ese sentido ante autoridad competente, en el territorio nacional o en el exterior.”

De igual manera, la entonces propuesta legislativa establecía como Disposición Complementaria Final que el Poder Ejecutivo reglamentará la ley en un plazo no mayor de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de su publicación

Conforme hemos expuesto, se puede advertir que la finalidad perseguida por la iniciativa legislativa era simplificar el procedimiento para recuperar la nacionalidad de los peruanos que hubiesen renunciado a ella, corrigiendo la exigencia de numerosos requisitos, así como el excesivo plazo de duración del procedimiento.

En este mismo sentido, la propuesta cumple con el objetivo que se propone, que es simplificar el proceso de recuperación de nacionalidad de los peruanos por nacimiento que renunciaron a la misma, posibilitando que se pueda realizar la gestión de recuperación en el exterior, además de hacerlo en el territorio nacional.

552

Así, mediante la simplificación del procedimiento para recuperar la nacionalidad peruana, el Perú se beneficiará facilitando el retorno de sus hijos al seno nacional, y la Superintendencia Nacional de Migraciones tendrá la posibilidad de usar menos recursos en la tramitación de las solicitudes de recuperación y de canalizarlos hacia otras áreas de necesidad.

Cabe precisar que esta iniciativa legislativa fue aprobada por el Congreso de La República, luego su autógrafa fue observada por el Presidente de la República y su Presidenta del Consejo de Ministros⁴, pero el mismo Congreso aprobó por insistencia la misma⁵, emitiendo la Ley N.º 31295, Ley que modifica el

4 Mediante Oficio N.º 380-2021-PR, de fecha 22 de junio de 2021 y recibido el 23 de junio del mismo año, el Presidente de la República y su Presidenta del Consejo de Ministros observa la Autógrafa de la Ley que modifica el artículo 8 de la Ley 26574, Ley de Nacionalidad.

5 La Autógrafa de la Ley que modifica el artículo 8 de la Ley N.º 26574, Ley de Nacionalidad que fue observada por el Presidente de la República y su Presidenta del Consejo de Ministros fue reconsiderada por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión del Pleno del mismo Parlamento del 21 de mayo de 2021, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108º de la Constitución Política del Perú.

artículo 8° de la Ley N.º 26574, Ley de Nacionalidad, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 21 de julio de 2021, en cuyo artículo único establece lo siguiente:

“Artículo 8°. - Los peruanos de nacimiento que han renunciado expresamente a la nacionalidad peruana tienen el derecho de recuperarla si cumplen con los siguientes requisitos:

- 1. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana, mediante solicitud escrita presentada ante la autoridad competente en el territorio nacional o en las misiones diplomáticas en el exterior, de acuerdo con lo que establece el reglamento.*
- 2. Tener buena conducta y solvencia moral, de conformidad con los requisitos que establece el reglamento”.*

También, esta misma Ley determina en una Única Disposición Complementaria Transitoria que los procedimientos de recuperación de la nacionalidad que se encuentren en trámite a la fecha de inicio de vigencia de ésta se adecúan de inmediato.

553

De esta manera, podemos afirmar que, con esta reforma a la Ley de Nacionalidad, consideramos que la misma se encuentra coherente con la normativa constitucional e internacional en materia de Derechos Humanos, así como con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que es vinculante para nuestro Estado, conforme explicaremos a continuación⁶.

6 Estos mismos argumentos fueron expuestos y recogidos por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República en su Dictamen recaído en los Proyectos 2900/2017-CR, 7100/2020-CR, 7120/2020-CR, 7312/2020-CR y 7608/2020-CR que proponen flexibilizar el procedimiento de recuperación de la nacionalidad peruana, en cuya página 7, se señala lo siguiente: “Con fecha 3 de marzo de 2021, en la vigésimo novena sesión extraordinaria de la comisión, el congresista Roel Alva señaló que su proyecto 7100 tenía una fundamentación jurídica, en relación con el derecho constitucional a la nacionalidad y los tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 15 y 20, respectivamente. Preciso que la Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la nacionalidad debe ser garantizado por los estados parte de la convención, de la que el Perú es parte”. Ver: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/07100?opendocument

3. Derecho a la nacionalidad: Marco normativo constitucional e internacional

3.1. Derecho a la nacionalidad: Marco normativo constitucional

El numeral 21) del artículo 2° de nuestra Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho a su nacionalidad, además que nadie puede ser despojado de ella.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República. (...)”

De igual manera, los artículos 52° y 53° de la misma Norma Fundamental señalan lo siguiente respecto del derecho a la nacionalidad en nuestro Estado. Estas disposiciones constitucionales señalan lo siguiente:

554

“Artículo 52°. - Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú”.

“Artículo 53°. - La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad.

La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana”.

Estas disposiciones constitucionales reconocen el derecho fundamental a la nacionalidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional. Al respecto, nuestro Supremo Intérprete de nuestra Constitución⁷, el TC peruano, ha determinado lo siguiente respecto de este derecho:

7 Cabe señalar que esta denominación de Supremo Intérprete de nuestra Constitución se encuentra expresamente determinada en la siguiente normativa específica del Tribunal Constitucional:

“Tal y como ha sido definida por la Convención Europea sobre la nacionalidad, la nacionalidad es el fundamento de la relación de derechos y deberes que vincula al Estado con sus nacionales. Desde el punto de vista de los Estados, la nacionalidad es una de las formas a través de las cuales estos ejercen su soberanía, de tal forma que cada Estado tiene la potestad de designar quiénes han de ser sus ciudadanos, señalar las formas de adquirir la nacionalidad, y las modalidades por las cuales esta se pierde. No obstante ello, tal poder no es absoluto, sino que encuentra sus límites en el Derecho Internacional, y específicamente en los Derechos Humanos”⁸.

A partir de lo citado líneas arriba, nuestro TC hace suyo los estándares internacionales de la normativa de los Derechos Humanos respecto al derecho a la nacionalidad, en que la discrecionalidad que tienen los Estados de establecer los requisitos y reglas para adquirir o renunciar su nacionalidad se encuentra limitada a no afectar los derechos humanos de las personas que poseen un reconocimiento en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH).

Sobre eso último, consideramos prudente señalar que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53° de la Constitución Política, a nivel legal y reglamentario, el Estado peruano ha ejercido esta discrecionalidad para establecer las reglas y requisitos para adquirir o renunciar la nacionalidad peruana, estableciéndose las mismas en la Ley N.º 26574, Ley de Nacionalidad y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-97-IN. Siguiendo lo determinado en estas normas señalando que hay tres maneras de adquirir la nacionalidad peruana: por nacimiento, por naturalización y por derecho de opción, así como las formas en que se renuncia y se recupera la nacionalidad.

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.º 28301 y modificatorias.

“Artículo 1º.- Definición

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

- Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC y modificatorias.

8 RTC. Exp. N.º 00737-2007-PA/TC, fundamento jurídico 6.

3.2. Derecho a la nacionalidad: Marco normativo internacional

Ante todo, consideramos necesario señalar que nuestro TC ha establecido que los TIDH que han sido suscritos por nuestro Estado poseen rango constitucional y los derechos humanos que estos reconozcan forman parte de nuestro ordenamiento constitucional y se incorporan a su catálogo de derechos constitucionales. Sobre este punto consideramos relevante señalar que:

*“(…), podemos decir que el Estado peruano se encuentra comprometido al irrestricto cumplimiento de las disposiciones contenidas en los TIDH [Tratados Internacionales de Derechos Humanos]. Además, hemos dado cuenta que los acuerdos internacionales sobre derechos humanos asumidos por el Estado peruano poseen rango constitucional dentro de nuestro sistema normativo y, por lo tanto, también los derechos que estos reconocen ostentan dicho rango normativo. Y esto último es significativo destacar porque, acorde a lo que hemos indicado previamente, el Estado peruano ya en una época ha negado la competencia jurisdiccional de la Corte IDH, así como también la vinculatoriedad de las disposiciones contenidas en la CADH, lo cual, conforme hemos expresado, es imposible de sostener jurídicamente en la actualidad”*⁹.

556

De igual manera, el mismo Tribunal, respecto a la incorporación a nuestra normativa nacional y su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico peruano, ha declarado lo siguiente:

*“Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las ‘normas con rango constitucional’ se encuentran los ‘Tratados de derechos humanos’”*¹⁰.

Así entonces, tenemos entre los TIDH de los cuales el Estado peruano es parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 15° se

9 ROEL ALVA, Luis Andrés y HUAYTA ALIPIO, Diego Martín. “La efectividad de los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”. En: BLUME FORTINI, Ernesto (Coordinador). *Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993. Ponencias del XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Vol. I, Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO), 2018, página 702.

10 STC. Exps. N.º 00025-2005-PI/TC y N.º 00026-2005-PI/TC (Acumulados), fundamento jurídico 26.

establece que toda persona tiene derecho a la nacionalidad, así como que a nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad. En el mismo sentido, se regula dicho derecho en el artículo 20° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En relación con este último TIDH, su órgano jurisdiccional e intérprete de esta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha declarado que el derecho a la nacionalidad debe ser considerada como:

“(...) un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil”¹¹.

Asimismo, la misma Corte IDH ha establecido que la concepción clásica de la nacionalidad como una “cualidad” otorgada a los “vasallos” de un Estado,

“va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana”¹².

Cabe agregar en este apartado que un caso resuelto por la Corte IDH, relacionado con la afectación al derecho a la nacionalidad, tuvo como protagonista al Estado peruano, fue en el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, en el cual no solo se estableció la responsabilidad internacional de nuestro Estado, sino que, además, determinó lo siguiente:

“No obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, como lo ha señalado este Tribunal, la evolución registrada en esta materia demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de éstos y que en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurre la competencia de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”¹³(subrayado nuestro).

11 CORTE IDH. *Opinión Consultiva N.º OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Serie A N.º 4, párrafo 35.

12 *Ídem*.

13 CORTE IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Reparaciones y Costas, párrafo 88.

A modo de cierre de este apartado de la ponencia, podemos decir que todos estos TIDH, que son reconocidos dentro de nuestra normativa nacional conforme a lo determinado por la jurisprudencia de nuestro TC y el artículo 55° de nuestra Constitución Política¹⁴ y sus derechos, forman parte de nuestro catálogo de derechos de jerarquía constitucional conforme a esta misma jurisprudencia y el artículo 3°¹⁵ y la 4ta. Disposición Final y Transitoria¹⁶ de nuestra Norma Fundamental, reconocen el derecho a la vivienda.

Y, siguiendo lo anterior, podemos afirmar, y a partir a lo expuesto, que el Estado peruano tiene obligaciones internacionales que cumplir en relación con el derecho a la nacionalidad, las cuales también se convierten en obligaciones constitucionales conforme ha determinado nuestro TC respecto del rango constitucional de los TIDH y de los pronunciamientos de sus órganos jurisdiccionales como es la Corte IDH¹⁷.

4. La problemática constitucional: de la pérdida y recuperación de la nacionalidad

Conforme lo señalamos anteriormente, el artículo 53° de nuestra Constitución establece que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia

14 Constitución Política

“Artículo 55°. - Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”

15 Constitución Política

“Artículo 3°. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

16 Constitución Política

Disposiciones Finales y Transitorias

“Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

17 En relación con lo expuesto, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado lo siguiente: *“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de Jos mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.* En: STC. Exp. N.º 00218-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2.

expresa ante autoridad peruana, la Ley N.º 26574, Ley de Nacionalidad. Asimismo, en caso de aquellos ciudadanos que renunciaron a la nacionalidad peruana y posteriormente deseaban recuperarla, el artículo 53º de nuestra Carta Política, señala que la Ley de Nacionalidad y su Reglamento establecen el procedimiento a realizar.

Cabe señalar que antes de la modificatoria de la Ley de Nacionalidad, se exigía, en primer lugar, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Establecer su domicilio en el territorio de la República, por lo menos un año ininterrumpido,
2. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana,
3. Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades; y
4. Tener buena conducta y solvencia moral.

Luego, el procedimiento administrativo se iniciaba con una solicitud dirigida ante el Ministro del Interior y cuyo trámite está a cargo de la Superintendencia Nacional de Migraciones (MIGRACIONES). Así, de acuerdo a lo que establecía Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de MIGRACIONES (previo a la vigencia de la modificación legislativa propuesta)¹⁸, el referido procedimiento tenía el plazo de resolución de un año, sin contar el plazo de resolución de los recursos de reconsideración (a resolver por el propio Ministerio del Interior) o de apelación (a resolver por el Presidente de la República).

En este orden de ideas, advertimos que la exigencia de los precitados requisitos, así como el excesivo plazo de duración del procedimiento administrativos (empezando con que se exigía que, por lo menos, se debía establecer su domicilio por un año ininterrumpido en el territorio peruano), constituían un enfoque netamente estatal, excluyendo al administrado; contra el cual hay un prejuicio de origen pues se presupone que su renuncia tuvo motivaciones netamente egoístas y personales, por cuya razón se considera necesario “*sancionarlos*”, aumentando arbitraria e indistintamente los requisitos para revertir la renuncia.

¹⁸ En: <https://www.migraciones.gob.pe/Informacion/transparencia/TUPA-MIGRACIONES-2020-MODIFICADO-POR-DS-164-2020-PCM.pdf>. Consulta: 02 de febrero de 2021.

Respecto de esto último, podríamos afirmar que esta normativa se encontraba contraviniendo lo expresado en la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual señala lo siguiente:

“(...) que [...] en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos, dado que la nacionalidad reviste el carácter de un derecho de la persona humana”¹⁹.

Recordemos, además, que el derecho a la nacionalidad, de acuerdo con el artículo 15° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 20° de la CADH, contemplan el derecho a cambiar de nacionalidad y a su recuperación, y que estos TIDH son parte de nuestro derecho nacional y estas exigencias tienen el mismo rango de nuestra Constitución, conforme hemos expuesto líneas arriba.

Igualmente, el derecho a recuperar la nacionalidad original, como manifestación del derecho a la nacionalidad, exige que el procedimiento administrativo tenga un plazo razonable, caso contrario, se vulnera el derecho al debido procedimiento administrativo.

560

En relación con lo anterior, queda claro, que los requisitos que se encontraban establecidos eran exigencias que vulnerarían no solo el derecho a la nacionalidad, sino también el derecho al plazo razonable del procedimiento administrativo de aquellas personas que deseen recobrar su nacionalidad peruana.

Esto mismo lo expusimos en su momento en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, la cual fue tomado en su Dictamen recaído en los Proyectos 2900/2017-CR, 7100/2020-CR, 7120/2020-CR, 7312/2020-CR y 7608/2020-CR que proponen flexibilizar el procedimiento de recuperación de la nacionalidad peruana, en sus páginas 7 y 8, en las que se expone lo siguiente:

“Con fecha 3 de marzo de 2021, en la vigésimo novena sesión extraordinaria de la comisión, el congresista Roel Alva señaló que (...)”

19 CORTE IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 101.

En el ámbito fáctico, señaló que la normativa actual impedía que los peruanos que por diferente motivo habían tenido que renunciar a su nacionalidad peruana, puedan recuperarla, por derecho, de una forma simple, y que, por el contrario, se le exigía el cumplimiento de una serie de requisitos complicados. En ese sentido, explicó que la actual ley exige que el peruano que quiera recuperar su nacionalidad debe establecer su residencia de 1 año en su país de forma ininterrumpida, cuando en su opinión debería recuperarla apenas pisara el territorio peruano. Asimismo, dijo que se exigía que demostrara el ejercicio de una profesión, arte u oficio o actividad empresarial, y tener una buena conducta, sin que se sepa de qué forma era evaluado el cumplimiento de este requisito.

*Por ello, destacó que debía revertirse esa situación, que consideraba discriminatoria, que afecta el derecho constitucional de los peruanos a su nacionalidad*²⁰.

Entonces, a partir de este contexto normativo inconstitucional, se hacía necesaria una reforma de la Ley de Nacionalidad, que adecuase la discrecionalidad estatal a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, suprimiendo los requisitos establecidos y estableciendo que bastará con manifestar su voluntad expresa ante la autoridad correspondiente.

561

En efecto, a partir de lo expuesto en la presente ponencia, no resulta razonable ni proporcional que se le exija a una persona que desea recuperar la nacionalidad con la que nació, y a la que renunció mediante una simple declaración expresa ante autoridad competente, que sustente su solicitud “*con indicación expresa de las razones por las cuales desea recuperar la nacionalidad peruana*”, puesto que una “*renuncia expresa*” no altera el hecho de haber nacido en el territorio peruano y de ser hijo o hija de madre o padre peruanos, lo que constituye el fundamento constitucional de la nacionalidad peruana por nacimiento.

Y si la nacionalidad peruana por nacimiento puede ser perdida mediante una “*renuncia expresa*” ante “*autoridad competente*” sea en el territorio nacional o en un Oficina Consular en el exterior, lo más razonable y proporcional sería que pueda ser recuperada también mediante un acto similar y en condiciones idénticas.

20 Ver: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/07100?opendocument

Por tales motivos, y a modo de conclusión, creemos que la reforma de la Ley de Nacionalidad planteada en la presente ponencia es una reivindicación del derecho fundamental a la nacionalidad que fue restringido injustamente y que en la actualidad se demanda que las entidades que forman parte de la Administración Pública del Estado peruano ajusten sus reglamentos y directivas para dar cumplimiento a las exigencias que conlleva la Ley N.º 31295, que modifica la Ley de Nacionalidad.

5. Conclusiones

En esta ponencia jurídica hemos expuesto que el derecho fundamental a la nacionalidad, en su manifestación del derecho a recuperar la nacionalidad de origen, posee tanto reconocimiento constitucional como normativo internacional de los Derechos Humanos, pero durante un buen tiempo este derecho fue restringido de forma arbitraria, irracional y desproporcionada por parte del Estado peruano en contra de los “*peruanos*” que nunca dejaron o quisieron dejar de serlo.

562

Ciertamente, y conforme hemos presentado, con la modificación del artículo 8º de la N.º 26574, Ley de Nacionalidad en los términos que expusimos y que se hicieron realidad tras la emisión de la Ley N.º 31295, podemos decir que se ha logrado simplificar considerablemente el procedimiento para que quienes nacieron peruanos y renunciaron a su nacionalidad, puedan recuperarla.

Esto último es coherente y concordante con los estándares internacionales en materia del derecho a la nacionalidad, su cambio y posterior recuperación; así como del marco constitucional que ha establecido nuestro Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia vinculante, en relación con este derecho y al desarrollo normativo infra constitucional que se debe realizar con relación a este.

Así entonces, consideramos que la reforma de la Ley de Nacionalidad presentada en la presente ponencia es una reivindicación del derecho a la nacionalidad que fue restringido arbitrariamente y que en la actualidad se requiere que las entidades de la Administración Pública del Estado peruano adecuen sus reglamentos y directivas para dar cumplimiento a la Ley N.º 31295.

Régimen jurídico de la extinción de dominio

Aclaración de enigmas y lagunas en la extinción
de derechos reales ilícitos

✎ RAFFO VELÁSQUEZ MELÉNDEZ*

1. Introducción y advertencias

En términos generales, puede afirmarse que la extinción de dominio (“EX.DO”) actúa como una figura jurídica que permite eliminar la propiedad o derechos reales y transferirlos al Estado, cuando haya sido adquirida con los beneficios de las conductas calificadas como ilícitos en normas penales o cuando los bienes hayan sido usados para facilitar la comisión de tales actos ilícitos. Sin embargo, la justificación de esas acciones estatales de apropiación requiere la comprensión de algunos conceptos claves que trataremos de identificar, resaltando primero aquello que no es, y luego aquello que sí forma parte de su diseño.

563

Pero antes de entrar al análisis de fondo es conveniente hacer unas precisiones sobre los términos que usaremos para evitar confusiones posteriores.

En primer lugar, para nuestro ordenamiento jurídico, la existencia o no de delitos, requiere de una declaración judicial firme en ese sentido. Mientras eso no ocurra, solo se puede expresar que existe un presunto delito, un presunto delincuente, o un imputado de cierto delito. Veremos que en los casos de EX.DO, no se requiere de una declaración judicial penal que certifique la existencia o no de tales delitos, ni siquiera se requiere un proceso penal, o incluso se admite que el absuelto de una condena penal pueda ser pasible de un posterior proceso de EX.DO. Debido a eso, el régimen de EX.DO prefiere usar la palabra “actividades ilícitas” antes que actos delictivos. Si bien procuraremos seguir ese lenguaje, es probable que en ocasiones se estimen conveniente la referencia a “delitos” para una mayor facilidad explicativa.

* Mag. Universidad de Alicante / Socio de Baxel Consultores / Prof. Academia Magistratura.

En segundo lugar, y en sentido similar, en ocasiones se usará la frase “actos ilícitos” que, sin embargo, no necesariamente significa ilicitud de la conducta, sino que solo hará referencia a que existe correspondencia entre cierta conducta vinculada a un bien y un tipo reglado en la norma penal. Veremos que para los casos de EX.DO, se exigen otros elementos adicionales (por ejemplo, la antijuridicidad de la conducta) para que el juez pueda declarar que existió un “ilícito civil” que justifica la EX.DO y la consecuente pérdida de los derechos reales¹.

De cualquier modo, el poco desarrollo que tiene la figura de la EX.DO exige tomar ciertas precauciones en su explicación, pues su cercanía con instituciones civiles, penales y administrativas puede generar un permanente riesgo de confusión.

2. Acercamiento a la EX.DO

El art. 1 de la Ley de Extinción de Dominio, Decreto Legislativo 1373 (“LED”), dispone que la EX.DO tiene como finalidad “*garantizar la licitud de los derechos reales*” y establece que la manera de hacerlo es sacando del comercio a los bienes de origen o uso ilícito, lo que se logra trasladando la titularidad del bien al Estado. Para ello, se deberá seguir un proceso civil autónomo donde se determine la licitud, o no, de los derechos reales, es decir, su vínculo con la conducta calificada como delitos, sin que dependa de otros procesos penales, arbitrales o de otros procesos civiles (art. II, numeral 2.3 y art. 3 de la LED).

Ahora bien, el hecho que la EX.DO persiga un interés público (eliminar la ilegalidad de bienes relacionados con delitos) no excluye la posibilidad de incluirlo como parte de la regulación de los derechos reales. Hace mucho se superó la idea de que el derecho civil solo regula intereses individuales, de tal suerte que excluiría un régimen que limite, restrinja o anule derechos patrimoniales en beneficio de un interés superior. Buena muestra de ello es la existencia de institutos como la proscripción del abuso del derecho, fraude a la ley, prescripción, entre otros institutos de derecho civil que hacen prevalecer un bien superior sobre el interés meramente privado².

1 Lo mismo pasa en sede penal donde, por ejemplo, no basta con la ocurrencia del hecho delictivo para sostener que existe delito, sino que se debe verificar, además, la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del sujeto; o, en sede civil, en donde no basta con la ocurrencia de un daño para sostener que existe un caso indemnizable, sino que debe constatar, además, que el daño sea anti-jurídico, causal y atribuible por culpa al responsable.

2 Federico De Castro (1955: 89-90) advirtió que “... si el Derecho privado fuese aquel en el que prevalece el interés individual, todo lo que sea extraño a él queda fuera, ha de ser expulsado del ámbito del

Eso tampoco nos lleva a proclamar que la EX.DO comparte los fines del prevención general y especial, que son propios de las sanciones penales. Pues, en un sentido técnico, la EX.DO no impone un mal, sino que tiene fines reparatorios de la legalidad, solo elimina derechos reales ilícitos por su origen o ejercicio³. Por tanto, sería inválido interpretar y aplicar la EX.DO en función de sus supuestos fines directamente disuasivos, olvidando su naturaleza correctora de la legalidad. Por ejemplo, en un caso donde se encontró a una persona fumando un cigarrillo de marihuana en un yate, el propietario logró demostrar que no tenía ninguna relación con el delito, que no había actuado de forma ilícita, sino que solo alquiló su yate. Pero igual fue condenado a la pérdida de su bien, bajo el argumento de eso aseguraba que en el futuro tome más precauciones al arrendar sus propiedades (se atribuyó un fin disuasorio a la EX.DO)⁴.

De otro lado, se debe tener en cuenta que la activación de EX.DO no se vincula con cualquier clase de conducta ilícita, sino solo con aquellas que generan beneficios económicos. Pero la LED es tan genérica que habilita su uso incluso para ilícitos que directamente no generan ingresos. La LED dispone que se puede activar la EX.DO frente a toda conducta calificada como delito que tenga la “*capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito*” (art. I, de la LED), lo que pasaría con los crímenes de sangre que esconden propósitos económicos, como un parricidio con fines de herencia, o un asesinato para cobrar el seguro de vida, entre otros.

En suma, la EX.DO es un remedio civil destinado a restablecer la legalidad en los derechos reales de propiedad, eliminando el uso de este para facilitar ilícitos penales, o eliminando la propiedad conseguida con beneficios ilícitos. Eso

Derecho civil; lo que significa más que la exclusión de ramas o instituciones del Derecho, supone el que se considere incompatible, ajeno y hasta condenable la admisión en el Derecho privado de la limitación o subordinación del egoísmo individual a otros fines más altos (buena fe en el tráfico, abuso del derecho, fraude del derecho, obligaciones naturales, causa ilícita, limitaciones intrínsecas de los derechos reales, etc.). Monstruosa concepción del Derecho privado, como esfera intangible del egoísmo de los privilegiados, degradación logicista del antiguo liberalismo, que explica -y hasta justificaría ampliamente si fuese ciertas- teorías que condenan el Derecho privado al exterminio”.

- 3 Usamos la propuesta de Rebollo Puig (2001: 156) quien aclara que las sanciones se caracterizan por ser un castigo que busca deliberadamente perjudicar, infligir un mal, a su destinatario, sin restablecer los hechos alterados, o los bienes lesionados, ni compensar el daño o hace al infractor actuar según el Derecho y los intereses generales.
- 4 Cfr. Caso *Calero-Toledo vs. Pearson Yacht Leasing Co.*, de 1974. Corte Suprema de EEUU.

hace que la EX.DO sea hoy bastante popular, pues ya se han iniciado procesos para confiscar los bienes relacionados con delitos de personajes mediáticos. Por ejemplo, en el caso del expresidente que se suicidó cuando iba a ser detenido por las graves acusaciones de corrupción que pesaban sobre él, se ha iniciado un proceso de EX.DO sobre los bienes que dejó a sus sucesores. Eso en el entendido que tales bienes serían los frutos de actos de corrupción u otros delitos. Para eso no ha sido necesario una condena penal firme, ni siquiera un proceso penal contra el fallecido personaje. Del mismo modo, se han iniciado otros procesos de EX.DO para cesar la propiedad de embarcaciones y aeronaves intervenidas mientras eran usadas para el narcotráfico, contrabando y otros delitos, sin esperar una condena penal al propietario del bien o a los autores de esos delitos.

Desde luego que, los propietarios o titulares de derechos sobre los bienes que son objeto de EX.DO tendrán oportunidad de ejercer su derecho de defensa, pero sin las reglas probatorias de presunción de inocencia, y sin otras garantías propias del ámbito penal, debido a la naturaleza civil de la EX.DO y de su proceso. Y es que su propósito no es determinar la culpa de quienes cometieron el delito, ni imponer sanciones penales, sino que tiene una finalidad civil: eliminar el ilícito en el origen o en el uso de los derechos reales (art. 1 de la LED).

566

La posibilidad de activar procesos de EX.DO se ha hecho más plausible con la decisión del Poder Judicial de crear veintiún juzgados de esa especialidad en todo el país. A través de ellos el Estado podrá favorecer el desarrollo social al eliminar las propiedades vinculadas a ilícitos y, a la par, tendrá un ingreso adicional para sus arcas.

Tantas bondades, sin embargo, nos genera algunas dudas sobre la legitimidad de quitar la propiedad vinculada a delitos, sin que exista un proceso o una condena penal que certifique la existencia y autoría de tales conductas ilícitas. Más aún si se tiene en cuenta que, en EEUU donde se viene aplicando la EX.DO por más de doscientos años, hay varias denuncias de abusos y excesos en su aplicación, que han permitido al Estado apropiarse de casas, embarcaciones, vehículos u otros bienes cuando se detectó su uso para delitos menores como el consumo personal de marihuana, o la comisión de delitos por cantidades ínfimas en comparación con el valor de esos bienes o incluso sin ninguna intervención del propietario que solo prestó o arrendó su bien al autor de la conducta ilícita, al tal punto que algunos autores califican a ese poder como una “licencia para robar” del Estado.

Entonces, antes que celebrar sus virtudes, se debe investigar y ubicar sus nociones fundamentales para prevenir sus defectos e identificar sus límites. Para eso, es esencial diferenciarlo de otros institutos que parecen asemejarse y hacer una taxonomía de sus elementos, pues su novedad induce a confundirlo, acoplarlo o tratarlo con alguna otra figura conocida. Por eso, estas líneas seguirán la siguiente estructura: (ver diagrama conceptual en la siguiente página).

3. ¿Qué cosa no es la extinción de dominio?

3.1. Se inicio como un proceso a la cosa, pero no puede mantenerse así

En Estados Unidos se regula la llamada *civil forfeiture* (que traduciremos como comiso o decomiso) que es el antecedente más remoto de la EX.DO y que también habilita al poder público a tomar la propiedad vinculada a actividades ilícitas criminales. Tal figura fue producto de la exportación de ideas traídas por los colonos de los llamados *forfeiture* y *deodans* que se formaron desde el incipiente *common law* inglés. Los primeros se vinculan con los clásicos decomisos. Por ejemplo, si se declaraba la muerte civil de un traidor a la patria o se condenaba con ciertas medidas económicas al delincuente, el Estado tomaban los bienes porque el titular ya no podía ser sujeto de derechos o para cobrarse la sanción económica, respectivamente⁵.

567

Los *deodans* se vinculaban al reclamo divino por la muerte de un hombre, haciendo indigno y proscrito de todo uso al bien o bestia que generó una tragedia. Generaban procesos *in rem*, contra la cosa o animal comprometidos en accidente, por lo que no importaba la culpabilidad del propietario que, sin embargo, perdía esos bienes. Al inicio se ejecutaron animales, se hacían añicos o quemaban bienes, luego el “objeto culpable y maldito” pasaba a la titularidad de la iglesia para ser expiado y cuando llegó a Inglaterra, el *deodan* que había dado muerte a algún cristiano pasaba a la corona (no a los sucesores) que intercedía por el alma que abandonó el mundo⁶.

5 Cfr. Plucknett (1948 417-453) y Pollock y Maitland (1898: 462-511).

6 Cfr. Finkelstein (1973: 170-183), Nota (1841: 15-24) y Levy (1996:1-20). El 18 de agosto de 1846 se derogó la regulación de *deodans* y fue reemplazada por una ley de compensación por muertes accidentales, sin embargo, la idea ya había sido importada ideas a Estados Unidos, aunque con ciertos cambios.

¿QUÉ NO ES LA EX.DO?

Proceso in rem: el debido proceso exige que los titulares sean demandados

Expropiación: no se dirige sobre derechos reales legítimos

Sanción: no impone un mal, sino que es una medida para restablecer la legalidad

Enriquecimiento sin causa: no es una vía subsidiaria, que dependa del rechazo previo de un pedido de daños

Enriquecimiento sin causa: no busca eliminar un intercambio voluntario e injusto de bienes

¿QUÉ ES LA EX.DO?

Proceso autónomo: puede iniciarse con independencia de otros procesos o decisiones previas

Ilícito atípico: condena *fraude a la ley* de encubrir fondos ilícitos en la propiedad y el abuso de la propiedad para ilícitos

Ilícito atípico: condena el abuso del derecho de propiedad para fines ilícitos

Remedio proporcional: solo cuando es la única opción para cesar el uso ilícito

Remedio restitutivo: solo remueve ilícitos pasados, no previene los ilícitos futuros

Personal: se mantiene titularidad si el ilícito es ajeno o incontrolable en el caso

EX.DO es una vía autónoma que garantizar licitud de derechos reales, pues extingue derechos y saca del comercio los bienes que tienen un origen o uso ilícito

A finales del siglo XVIII, los tribunales federales de EEUU aplicaban procesos *in rem* para las causas vinculadas a leyes de navegación (almirantazgo) y aduanas inspiradas en el derecho inglés. Estos procesos fueron convalidados por la Corte Suprema en 1827, en el caso del bergantín *Palmyra vs. USA*, que fue incautado por actos de piratería, a pesar de que no había personas condenadas por ese delito. Para ello, se utilizó la ficción de los *deodans*, de que el ilícito estaba en el bien. En 1844, en el caso de la embarcación *Brig Malek Adhel vs. USA*, la Corte Suprema estableció que los actos de piratería alcanzaban tanto al propietario inocente e ignorante del delito como al capitán del barco y actor de la conducta ilícita, porque en un proceso *in rem*, se considera al bien como el infractor, sin importar la conducta del propietario. Y concluía, que era forma adecuada de acabar con el ilícito y asegurar la reparación al Estado.

La importación inglesa significó que en EEUU se mantenga el uso del nombre *forfeiture*, pero bajo la lógica de un proceso *in rem*, como los *deodans*. Eso explica por qué en la jurisprudencia de los EEUU, en varios casos de *forfeiture* no se identifica al propietario o al titular del derecho, sino al bien, como parte del proceso. Así, ha procesos en donde el demandado es un auto, una embarcación, una casa, joyas o incluso cantidades precisas de dinero.

569

Durante la guerra civil, se dictó una ley de confiscación que estableció un proceso *in rem* contra los bienes de los *confederados* que estaban en poder del ejército de la *unión*. Esto con la finalidad de sortear la garantía constitucional que proscibía las condenas en ausencia y que les era aplicable (pues, a pesar de la guerra, seguían siendo considerados como ciudadanos de las colonias). Cuando los reclamos contra la ley llegaron a la Corte Suprema, ésta convalidó la regulación bajo el argumento que el Congreso había ejercido una potestad de guerra sobre bienes enemigos, afianzándose aún más esta clase de procesos *in rem*. Esto facilitó el trabajo luego de la guerra civil, pues al ser legítimos los procesos *in rem* y dar mayores facilidades a la recaudación, se prefería su uso antes que la activación de procesos penales contra personas que habían cometido delitos, pues eso significaban procesos más largos, con menos probabilidades de condenas personales y de decomisos de bienes.

No obstante, en los casos iniciales que resolvió la Corte Suprema fueron bastante significativos los votos disidentes del Juez Field pues sirvieron para perfilar posteriores usos de los *forfeiture*. Señaló que en los procesos *in rem*, el bien se

pierde por su uso ilegal o por su naturaleza ilegítima, es decir, que la cosa misma proporcionaría la evidencia para su condena, como los bienes que son objeto del contrabando o las naves incautadas con las que se realizaban los actos de piratería. De ahí, concluía que, si se pretendía imponer una sanción contra el propietario, por su supuesta condición de rebelde a la ley o de traidor al Derecho, se requeriría de un proceso penal y personal que determine su culpa, y no de una causa civil destinada a corregir una cuestión patrimonial sobre el uso y la naturaleza de los bienes⁷.

Los fallos de esa Corte Suprema, sin embargo, generaron como efecto inmediato que se consolide la ficción que sustenta hasta ahora en EEUU la legitimidad de los procesos *in rem*, en donde puede procederse al decomiso con solo acreditar cierta conexión entre la cosa y un hecho calificado por la ley como delito, prescindiendo de cualquier indagación sobre la culpa del propietario o autor de la conducta ilícita. Esto explica por qué se concibió como un proceso autónomo respecto del proceso penal: No era trascendente absolucón, condena penal, o siquiera proceso penal contra el propietario o autor, lo importante era demostrar solo la “inocencia del bien enjuiciado”, es decir, acreditar que no estuvo involucrado con un hecho delictivo⁸. La historia posterior del *forfeiture* está conformada por una serie de abusos, a los que han ido acompañando la identificación de garantías constitucionales aplicables que han ido moldeando sus alcances, tarea que después de más de 250 años, siguen realizando⁹. Lo que, sin embargo, no ha impedido la importación de esta figura a otros países¹⁰.

7 Cfr. *Tyler vs. Defrees y Miller vs. USA*, de 1871. También Maxeiner (1976: 779-792) y Reed (1994: 259-262)

8 Para un análisis crítico de esta ficción, Cfr. Ross (2000: 260-264), y Barnett (2001: 92.99) y Levy (1996: 177-205).

9 Podría decirse que ese largo camino fue iniciado con el caso *Boyd vs. USA* de 1886, en donde la Corte Suprema sostuvo que, si los delitos de un hombre sustentan el decomiso, se le deben dar ciertas garantías en el proceso *in rem*, como la proscripción de presentar documentos que supongan una autoincriminación. Si bien se intentaron varios cuestionamientos contra la constitucionalidad de ese régimen, en el caso *Gold-smith-Grand Co. vs. USA* de 1921, la Corte Suprema declaró que: “*ya sea que el motivo [del forfeiture] sea artificial o real, ya está demasiado firmemente arraigado en la jurisprudencia punitiva y correctiva del país como para ser desplazado ahora*”.

10 El 2019 México incorporó la ex.do al artículo 22 de su Constitución. Aunque su uso se originó en la expropiación indebida de los predios llamados “La Fortaleza” y “La Ford” que eran utilizados para el acopio y venta de drogas, autopartes robadas y otros ilícitos. Para solucionar eso, el Distrito Federal de México decretó la expropiación, a de que la medida no calzaba dentro de la noción de “utilidad pública” que prevé su Constitución para las expropiaciones (pero, sin duda, fue una

Por suerte, el trasplante jurídico del *civil forfeiture* no nos obliga a asumir también esa centenaria tradición de la jurisprudencia de EEUU que impone un proceso *in rem*, y que ha merecido varias ficciones y malabares jurídicos para mantener a flote ese instituto dentro de las garantías constitucionales que rigen el sistema estadounidense. Sin embargo, el ser conscientes de esta tradición nos servirá para comprender algunas complejidades de los procesos de EX.DO.

En el Perú, las garantías del debido proceso y de la propiedad son suficientes para impedir un proceso a la cosa, en donde se quite un bien sin que importe la relación que tuvo el propietario el titular de derechos con el evento delictivo. De hecho, solo estos -y no el bien- podrán tener la condición de parte demandada.

Lo anterior tampoco significa que en el proceso de EX.DO se ventilará la misma discusión del proceso penal sobre la culpabilidad del autor de la conducta calificada como delito. Todo el diseño procesal de la EX.DO solo estará encaminado a determinar la licitud de los derechos reales y, de ser el caso, extinguirlos, pero sin lesionar las garantías de los involucrados. De modo que, se perderán los bienes en cuestión si se verifica que el titular no tuvo fondos lícitos que expliquen cómo pudo adquirirlos o se constata que facilitó, o que hizo nada por impedir, el uso ilícito de sus bienes.

En suma, aunque se haya originado como un proceso *in rem*, nuestro sistema constitucional exige que la EX.DO sea concebido como un proceso contra el titular del bien. Pero siempre existen rezagos de la concepción original que deben ser detectados, adecuados y, de no ser posible, rechazados.

3.2. No es un tipo de expropiación

Si bien el término “expropiación” suele tener una connotación nociva o dañina de la propiedad, lo cierto es que nuestra Constitución reconoce a la

medida con alta aceptación popular, imagínese la expropiación o ex.do de los predios del mercado San Jacinto o de la Cachina en Lima). Advertidos de este error técnico, y de la conveniencia de adoptar una figura con efectos similares, incorporaron el *forfeiture civil* en su legislación el 2008 y en su Constitución el 2019. Por su parte, la Constitución de Colombia de 1991 incorporó en su art. 34 la figura de la ex.do, lo que actualmente es desarrollado por su Código del 2014 y por una muy interesante jurisprudencia de su Corte Constitucional, mientras que Argentina la acaba de incorporar el 2019 por Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019. En nuestro país, su más reciente desarrollo se ha dado con el Decreto Legislativo 1373, del 2018, cuya eficacia ha sido potenciada con la aprobación de su Reglamento (Decreto Supremo N° 007-2019-JUS).

expropiación forzosa como una garantía de ella. Así, para no agraviarla, el art. 70 de la Constitución exige que su uso solo se dé con ley autoritativa previa que, además, se justifique en una finalidad legítima como la necesidad pública o la seguridad nacional; así también, se exige que antes de la desposesión, se realice un previo proceso de valoración del bien y pago de la indemnización justipreciada¹¹.

Al respecto, como el constituyente consagra que la propiedad es inviolable, estimamos que ha establecido un régimen en donde el bien y toda la situación patrimonial afectada con la expropiación forzosa, sea reemplazado con otro bien de igual valor económico (la indemnización justipreciada), lo que asegura que el expropiado mantenga una situación de indemnidad patrimonial y no vea afectado su derecho.

No obstante, para eludir estas garantías, se han suscitado *expropiaciones de facto*¹², en donde el Estado se “apropia” o “confisca” bienes, haciéndose de la propiedad. Algunas veces el Estado indica el motivo constitucional que sustenta sus acciones (seguridad nacional o necesidad pública), y otras veces ni siquiera señala sus motivos. Desde luego, en todos los casos, sin proceso de valoración, ni pago de justiprecio. En tales supuestos, el TC ha proscrito la confiscación estatal y ordenado la restitución del bien. Pero cuando verifica la existencia de un posible interés público en la apropiación del bien o la irreversibilidad de la situación, ha ordenado como medida de reparación, no la restitución del predio, sino que se lleven adelante procesos expropiación forzosa, con el consecuente abono del justiprecio¹³.

11 Para un mayor detalle de las garantías que incorpora esta norma, *cf.* Velásquez (2012: 35-83).

12 Término usado por el TEDH y la CIDH, cuyos criterios suele seguir nuestro TC, en lo que suele llamarse un diálogo de Cortes. *Cfr.* Caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano c. Panamá*, Sentencia de la CIDH del 14 de octubre de 2014, el voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor hace una reseña sobre la idea de expropiación de facto desarrollado por el TEDH y que sería aplicable al caso en cuestión. Sobre los fallos del TEDH puede verse el Caso *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, del 23 de septiembre de 1982, párr. 63; caso *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, del 24 de junio de 1995, párr. 45; Caso *Brumarescu contra Rumania*, del 28 octubre 1999, párr. 76; Caso *Zwierzyński c. Polonia*, del 19 junio de 2001, párr. 69; caso *Jahn y otros c. Alemania*, 22 de enero de 2004, párr. 65; caso *Saliba contra Malta*, del 8 noviembre 2005, párr. 33.

13 *Cfr.* STC 3569-2010-AA, fd. 4.b, caso *Agrícola Cerro Prieto*; STC 2330-2011-AA, fd. 7, caso *San Fernando Pachacamac Reusche*; STC 5220-2015-AA, votos singulares de Sardón y Ferrero, caso *Edegel* y STC 3631-2015-AA, *Municipalidad de Villa El Salvador*, fds. 34-35. También merece atención la Sentencia del Exp. 36453-2014, de la Corte Superior de Justicia de Lima que amparó el reclamo de *Sociedad Agrícola San Agustín* por expropiación de facto de una parte del terreno que

Otros casos más elaborados, pero con igual propósito elusivo, se ha dado con las expropiaciones indirectas o regulatorias. Aquí el Estado no se hace de la propiedad, ni de la posesión del bien, sino que impone barreras legales o administrativas de tal nivel que impiden el real uso o disfrute del bien, colocando al titular en una situación que, en la práctica, se equipara a la de quien fue despojado de su propiedad¹⁴. La misma noción ha empleado el Indecopi al emitir un precedente vinculante sobre la ilegal revocación indirecta de los derechos contenidos en actos administrativos¹⁵.

En suma, todas las expropiaciones suponen una intervención sobre una propiedad que es legítimamente adquirida o usada, por lo que la Constitución asegura una situación de indemnidad patrimonial que, en unos casos implicará la sustitución de un bien por otro de igual valor (en todos los casos de expropiación forzosa) y, en otros, la restitución del mismo bien en cuestión (en ciertos casos de expropiaciones indirectas o de facto).

A diferencia del instituto de la expropiación, la EX.DO no ha sido pensada como un mecanismo de protección de la propiedad lícita, sino que es un mecanismo de eliminación de la propiedad ilícita. No se asegura la indemnidad patrimonial, sino que se asegura la eliminación de los beneficios ilícitos que se ocultan tras el derecho de propiedad. Y es que la EX.DO fue concebida para acabar con la ilicitud de los recursos con los que se adquirió cierto bien, o con la ilicitud del uso que se está dando al bien.

573

3.3. No es una sanción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) señala que: “... las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar

actualmente es usado como parte de la Base Naval del Callao y que, sin embargo, no fue objeto de un proceso de expropiación forzosa, ni del pago del justiprecio respectivo.

14 Cfr. STC 1735-2008-AA, caso *Shougang Hierro Perú*, voto del magistrado Landa Arroyo; STC 0239-2010-AA, fds. 8-12, caso *Promotora e Inmobiliaria Town House*; STC Exp. 0834-2010-AA, fds. 40-42, caso *Duke Energy Egenor*.

15 Cfr. Precedente vinculante de la Resolución N° 1535-2010/SC1, fd. 12, Exp. 00037-2009/CEB, caso *Empresa de Transportes Turismo Huaral*. También puede verse Velásquez (2013: 228-256).

las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita¹⁶. El Tribunal Constitucional (“TC”) coincide en que sanciones penales y administrativas consisten en un mal impuestas por los Estados por las conductas ilícitas y que consiste en la privación o alteración de derechos¹⁷.

En el derecho penal se ha escrito mucho sobre los fines y fundamentos de la “pena”, aunque el TC ha resumido ese panorama de teorías sobre la pena y aclarado que “*toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo*”, es decir, “*genera un mal en el penado*”¹⁸. Pero añade que ahí no se agota la pena, sino que tal castigo debe cumplir fines sociales (generales) y personales (especiales) que tomen en cuenta la condición de humana del delincuente. Según el TC, aunque se trate de un mal que recaer sobre los derechos del penado, ese castigo debe incentivar fines de prevención general, debe buscar un efecto social que desmotive la comisión de ilícitos y generar confianza en la realización del Derecho, y también debe buscar un efecto especial de reinserción que permita internalizar en el infractor el daño que generó con su conducta ilícita¹⁹.

574

Igual razonamiento sostuvo el TC con motivo de los cuestionamientos contra una ley que privilegiaba la imposición de medidas correctivas sobre las

16 Cfr. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 106 y también ver arts. 55, 205 y 4ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el art. V del Código Procesal Constitucional.

17 Cfr. STC 2192-2004-AA, fd. 4, caso *Gonzalo Costa Gómez y otra*. En realidad, esa coincidencia de ideas se debe a que ambos organismos hacen suya la propuesta de unidad del ius puniendo estatal, es decir, unidad de los principios del derecho penal y administrativo sancionador. En sede doctrinal, Alarcon Sotomayor (2014: 140) señala que “... *no hay duda de que los delitos y las infracciones administrativas son por igual ilícitos, con la misma estructura y la misma naturaleza. Lo único que cambiaría es su gravedad, que, por cierto, puede no resultar poca cosa. Y también está claro que las penas y las sanciones administrativas son por igual castigos, su sustancia es la misma. Lo diferente es su intensidad, que puede llegar a ser muy distinta*”. Tal equiparación tiene varias críticas y moderaciones de autores como Parejo Alfonso (2014: 8) y Alejandro Nieto (2005: 154), sin embargo, es la posición que sigue nuestra jurisprudencia y parte de nuestras leyes. Pero vale la pena aclarar que el argumento de la unidad del ius puniendi estatal no es utilizado por la jurisprudencia para generar un tratamiento unificado entre las reglas procesales penales y administrativas sancionadoras (que son muy diferentes y no se suplen entre sí), sino para trasladar las garantías constitucionales de la sede penal a la administrativa debido al mayor desarrollo del primero. No se busca unificar procesos sino garantías frente al poder de castigo administrativo o penal del Estado.

18 Cfr. STC 0019-2005-AI, fd. 37, caso *sobre la regulación de la detención domiciliaria*.

19 Cfr. STC 0012-2010-PI, fds. 17-20, caso *sobre regulación de indultos y beneficios penitenciarios* y la ya citada STC 0019-2005-AI, fd. 40.

sanciones, pues señaló que: “... *no se trata de postular que el Estado... tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador*”²⁰.

En suma, sea en el ámbito penal o en el administrativo sancionador, las penas o sanciones se caracterizan porque suponen la imposición de un castigo, de un mal contra su autor. Aunque a ese mal se amarran ciertos fines que prevengan la comisión de nuevos ilícitos por parte de su autor o de otros sujetos. Casino Rubio (2018: 71) coincide en que el principal criterio para identificar las sanciones es “*la finalidad punitiva o de castigo de la correspondiente medida administrativa*”, mientras que Rebollo Puig (2001: 156) resalta que la sanción administrativa se caracteriza por ser un castigo que busca deliberadamente perjudicar, infligir un mal, a su destinatario. Y, en cuanto mal no restablece los hechos alterados, o los bienes lesionados, ni compensa el daño o hace al infractor actuar según el Derecho y los intereses generales.

Entonces, pueden darse medidas que buscan restablecer la legalidad o reparar los daños, y, a la par, que perjudican a un sujeto, lo que hace que no califiquen como sanción puesto que no buscan directamente castigar al infractor.

575

Toda sanción es ajena al ilícito detectado, no repara tal ilícito ni el daño ocasionado, es solo un castigo proporcional a una conducta ilícita. Así, las penas privativas o restrictivas de la libertad y las multas que prevé el art. 28 del Código Penal no inciden sobre el bien jurídico amenazado o agraviado por un delito. Del mismo modo, las multas administrativas son sanciones que no alteran el ilícito cometido, sino que solo tienen como propósito castigar el patrimonio del infractor²¹, aunque eso no debe generar que se desconozca que de esa manera sanciones y penas cumplen ciertos fines. Las sanciones tienen un contenido dañino o punitivo que tiene por finalidad disuadir de nuevas conductas ilícitas al autor y a otros.

20 STC 0003 y 0012-2015-AI (acumulados, fd. 8, caso sobre la *ley de simplificación de procedimientos*).

21 Aquí debe tenerse cuidado en diferenciar las multas-sanciones de las multas-coercitivas, pues, aunque estas últimas supongan un castigo, su propósito central es que en virtud de ese castigo el administrado ejecute determinados actos. De hecho, el numeral 210.1 de la LPAG dispone que: “*La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas*”.

Con estos elementos podemos notar que la EX.DO no es una sanción, no es un mal dirigido a eliminar o afectar los derechos del infractor. Sino que, principalmente, se dirige a restablecer la legalidad, a eliminar los frutos o las plusvalías de los ilegales de los delitos, a eliminar los beneficios que generaron. Si la EX.DO fuera una sanción, sería inconstitucional porque la LED ha diseñado un proceso civil que, materialmente, no puede regular sanciones, sino solo relaciones y consecuencias civiles. Además, sería un proceso sin las garantías aplicables frente al *ius puniendi* estatal. Desde hace veinte años la STC 2050-2002-AA, fd. 8, estableció como criterio que “... *los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador...*”. La Ley no solo omite esas garantías, sino que en incluso niega la aplicación de alguna de ellas al proceso civil que instaura.

Por tanto, la única manera de mantener la constitucionalidad de la LED es ratificando la idea de que la EX.DO es una institución de derecho civil y de ningún modo una sanción. Aunque para eso, debemos identificar bien cuál es la relación entre EX.DO con las actividades calificadas como delitos y las sanciones.

576

3.4. No es una consecuencia de las penas, sino de las conductas ilícitas

Existe un tipo de EX.DO regulado en el art. 102° del Código Penal, que se ubica dentro del Título VI (“Reparación y Consecuencias Accesorias”), Capítulo II (“Consecuencias Accesorias”). Si bien se trata de un régimen jurídico distinto a la EX.DO que venimos estudiando (y que se caracteriza por ser autónomo y no parte de un proceso penal), puede ser útil para perfilar el sentido del instituto que estamos analizando.

Debido a su ubicación y denominación propia, la doctrina nacional resalta que la extinción de dominio del Código Penal no es parte de las penas, ni una consecuencia accesoria de estas, pues su dictado no está condicionado a una condena penal para que sea aplicable. Su naturaleza accesoria, señalan, se relaciona con el delito mismo, pues su aplicación depende de la existencia de este y no de la imposición o no de una condena o pena²². Asimismo, la doctrina resalta que, en

22 Castillo Alva (2001: 174), Gracia Martín (2004: 265), Gálvez Villegas y Delgado Tovar (2013: 37), García Caveró (2019: 1067).

unos casos, la finalidad de la extinción de dominio será prevenir la nueva comisión de delitos a través del uso de ciertos bienes y en otros casos, será eliminar los efectos patrimoniales (ganancias) derivadas de esos ilícitos, fines que son ajenos e independientes a los fines que persiguen las penas.

Este planteamiento no solo tiene relevancia doctrinal, sino que inspira el numeral 2.3 del art. II, T.P. de la LED que resalta la autonomía de la EX.DO. con respecto a los otros procesos en donde se impongan sanciones. Es decir, la LED, al igual que el art. 102 del Código Penal, prevé que la EX.DO. sea una consecuencia accesoria a los delitos y no de las sanciones. Por esa razón es que el art. I, del T.P. de la LED dispone que es aplicable siempre que concurren actividades delictivas contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, medioambiente, terrorismo, entre otros. Es decir, se exige la verificación de supuestos delitos, pero no una condena penal de estos (y que solo podría ser decretada en un proceso penal por el juez de esa causa).

Lo anterior no debe apresurarnos a sostener que el hecho que estemos ante una consecuencia accesoria de los delitos haría que la EX.DO tenga también naturaleza penal. De ser así, deberíamos admitir también que la indemnización por los daños que ocasionó un delito pierde su naturaleza civil por el hecho de que la dicta un Juez penal, lo que es claramente errado.

Algo similar ocurre en el derecho administrativo sancionador, en la relación entre la sanción y las medidas correctivas. Las primeras, al igual que las penas, están destinadas a infligir un mal, un castigo contra el infractor; mientras que las segundas (al igual que la EX.DO) sólo están orientadas a restablecer la legalidad vulnerada, de modo que no comparten su naturaleza sancionadora. De un lado, el numeral 245.5 de la LPAG dispone que el proceso de fiscalización (en donde no hay sanción aún) puede concluir con el mandato de que se adopten medidas correctivas de la ilegalidad. A su vez, el numeral 251.1 de la LPAG dispone que la imposición de sanciones es compatible con el mandato de medidas correctivas de reposición de legalidad. Por último, el numeral 259.5 de la LPAG dispone que la caducidad del proceso sancionador deja sin efecto las sanciones, pero mantiene vigente por tres meses más las medidas correctivas que se hubieran impuesto.

Todo esto indica (al igual que la relación entre la EX.DO y las penas) que la imposición de medidas correctivas no depende de la aplicación de sanciones, pues, en unos casos, se aplican antes de cualquier sanción, en otros se pueden

aplicar en conjunto con las sanciones (no como consecuencia de éstas) e incluso en otras hipótesis se mantienen las medidas correctivas a pesar del cese de la sanción. Lo que evidencia que, al igual que el decomiso, estamos ante un instituto independiente de las sanciones y, en cuanto tal, de naturaleza distinta a estas²³.

De acuerdo con lo aquí descrito, si las medidas correctivas se orientan a restablecer la legalidad, no puede atribuírsele naturaleza sancionadora, sino que tienen una naturaleza autónoma y distinta de las sanciones. Lo que sí puede decirse es que, al igual que la EX.DO del Código Penal, las medidas correctivas son consecuencias de las infracciones y no de las sanciones, sólo las primeras constituyen el presupuesto esencial para su aplicación. Sin infracciones no hay ilícito que necesite de una medida correctiva.

En resumen, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, las medidas destinadas a restablecer la legalidad y/o a prevenir nuevas ilegalidades (como la EX.DO), no comparten la naturaleza de las penas y sanciones, ni son accesorias a estas, lo que indica que tendría una naturaleza ajena al *ius puniendi* estatal. Esto ratifica la propuesta de la Ley de que la EX.DO no es una sanción, sino una medida de tutela civil autónoma con respecto a las sanciones.

578

3.5. No es un tipo civil de enriquecimiento sin causa. Diferencia procesal

Aquí nos referimos a la supuesta relación que existiría entre el instituto civil del enriquecimiento sin causa, con el tipo específico de EX.DO sobre bienes de origen ilícito.

Los arts. 1954 y 1955 del Código Civil (“CC”) regulan un enriquecimiento sin causa, que se da cuando uno se beneficia a costa de otro, porque el primero atribuyó voluntariamente un bien al segundo, sin que haya habilitación legal para eso. Eso pasaría cuando se entrega el bien a pesar de que el contrato fue anulado, resuelto o no llegó a concretarse, de modo que el beneficio no tendría causa, por lo que debe ser restituido. Esa relación entre enriquecimiento y empobrecimiento

23 En ese sentido, Morón Urbina (2010: 157) define a las medidas correctivas “... como aquellos actos de gravamen y autónomos que sujetos al principio de legalidad el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas entidades ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente de la sanción que corresponda, restablecer al estado anterior las cosas o reparar la legalidad afectada mediante la cancelación o reversión los efectos externos producidos”.

hace que el legislador confunda a la tutela restitutoria con la indemnizatoria, pues el art. 1955 del CC dispone que solo cabe demandar enriquecimiento sin causa cuando no se puede ejercer otra acción para ser indemnizado. Lo que hace que el reclamo de eliminación del ilícito sea subsidiario con respecto al reclamo indemnizatorio, como si en ambos se pidiera lo mismo. Se olvida que el primero es para ubicar el enriquecimiento que no correspondía y devolverlo; y que el segundo es para detectar el daño y repararlo²⁴. De manera que bien puede darse casos en donde la indemnización no restituya lo perdido.

Di Majo (2001: 311) resalta, por ejemplo, que el enriquecimiento sin causa no exige acreditar una especial condición subjetiva de dolo o culpa, de modo que procede incluso contra quien actuó de buena fe. Condena que no podrá lograrse en la vía de daños que exige dolo o culpa. O, a la inversa, puede darse casos en donde no se pueda demostrar o ya no subsista la correspondencia entre enriquecimiento de uno y empobrecimiento del otro, situación en donde solo cabría una indemnización por los daños y no una acción de enriquecimiento sin causa. Tal desfase entre ambos institutos, en fin, puede generar situaciones en donde no se ordene indemnización alguna (por no concurrir los elementos de la responsabilidad civil), que se ordene una indemnización menor al beneficio entregado (porque esa la magnitud del daño probado), o que se ordene una reparación mayor al beneficio atribuido.

En todo caso, el error del legislador podría explicarse, de un lado, porque en el modelo francés la jurisprudencia hizo que el enriquecimiento sin causa sea una acción subsidiaria para evitar que las otras medidas de tutela restitutoria (gestión de negocios, pago indebido, etc.) no pierdan contenido, no dejen de ser aplicadas y, de otro lado, porque en la regulación italiana se consideró subsidiaria esta acción para evitar que el actor, paradójicamente, se enriquezca de modo injusto con

24 Bien señala Sirena (2009: 66) que: *“La doctrina del derecho civil ha aclarado reiteradamente que la categoría de restitución no solo se distingue de la de compensación, sino que, en cierto sentido, se opone a ella... de hecho, la indemnización... tiene como objetivo eliminar la pérdida que el acto ilícito causó en los activos de quienes lo padecieron, independientemente de lo que obtuvieron quienes lo cometieron. Las acciones de restitución, por otro lado, obligan al responsable a devolver exactamente lo que obtuvo de la esfera legal-patrimonial del sujeto protegido, independientemente de la prueba de un perjuicio real y concreto de este último: su objeto, por lo tanto, no está constituido por el daño de quien los realiza, sino por el enriquecimiento de éste”*.

una restitución y una indemnización. Al parecer, importar esos modelos significó traer también algunas cuestiones aún no resueltas²⁵.

Este recuento de la regulación civil no busca solucionar el problema de la llamada subsidiariedad del enriquecimiento sin causa, sino resaltar la diferencia entre el régimen de este último y el de la EX.DO. El primero es un mecanismo subsidiario de tutela, que solo opera ante el defecto o inexistencia de vías indemnizatorias de protección, lo que implica un grave problema, pues equipara tutela indemnizatoria y restitutoria a pesar de que procuran protecciones distintas.

En cambio, la LED tiene una técnica más adecuada pues establece que la EX.DO se debe tramitar como un proceso autónomo y no subsidiario de un proceso penal (art. II, num. 2.3 de la LED) porque su propósito no es castigar al infractor, a su vez, también es autónomo y no subsidiario con respecto a un eventual proceso de indemnización iniciado por un particular o por el Estado afectado, porque no busca reparar daños, sino restablecer la legalidad.

Entonces, existe una diferencia procesal entre la ex.do y el enriquecimiento sin causa, mientras que el primero es una vía de tutela autónoma, el segundo es una vía de tutela subsidiaria.

580

3.6. No es un tipo civil de enriquecimiento sin causa. Diferencia material

En Alemania se pretendió acoger una fórmula única para los distintos tipos de enriquecimiento sin causa. El art. 812 BGB de 1900 estableció que *“quien obtiene algo sin causa jurídica a través de la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado a su restitución”*. A diferencia del nuestro art. 1954 CC, aquella regla alcanzaría a los enriquecimientos generados en la prestación de otro sujeto o a los obtenidos por *“cualquier otra forma”*. Pero en 1934 Walter

25 En realidad, no es un error que comparte nuestro sistema con los franceses e italianos, pues, como indica Gallo (1992: 448) en estos *“el daño y una la correlación entre este y el enriquecimiento son considerados requisitos necesarios para respaldar el remedio de la restitución, la prueba del daño no es un elemento para accionar en los países del Common Law y Alemania. En el primero es suficiente que el enriquecimiento se produzca a ‘expensas de otro’, es decir, al usar sus derechos, intereses protegidos, etc. sin justificación ...”*. Este autor y Zimmermann (1995: 420) coinciden en que esa exigencia de verificar enriquecimiento en uno y empobrecimiento o daño en el otro, explica por qué en Francia e Italia el enriquecimiento sin causa tiene un carácter estrictamente subsidiario y limitado, pues para activarlo debe probarse enriquecimiento, daño, correlación entre ellos y ausencia de otras vías de tutela; lo que no ocurre en Alemania e Inglaterra donde el enriquecimiento es una vía más amplia, menos subsidiaria y más alternativa.

Wilburg de 1934 evidenció que el BGB se refiere a los enriquecimientos derivados de acuerdos, donde existe una atribución voluntaria de beneficios de quien se empobrece a favor del que se enriquece, lo que excluía a los casos que no nacían de entregas voluntarias. Luego, von Caemmerer (1966: 578) diseñó una tipología que distinguía entre enriquecimientos por intervención en los derechos de otros, por liberación de deudas pagadas por un tercero, o por costos asumidos por otra persona. Zimmermann (1995: 418) indica que ahora en el derecho alemán los beneficios sin causa obtenidos “*por otros medios*”, distintos a las prestaciones, se acogen como casos de enriquecimiento por intromisión, producidos al allanar los derechos de otra persona.

Si bien hay más clasificaciones²⁶, para nuestros fines, este recuento sirve para resaltar las diferencias entre el enriquecimiento sin causa del art. 1954 CC y la EX.DO de la LED.

Nuestro CC regula los casos donde un sujeto atribuye a otro un beneficio (se empobrece a uno y enriquece a otro) a pesar de que no correspondía darlo. Tal como ocurre con los contratos anulados en donde una de las partes ya había cumplido alguna o todas sus prestaciones, que ahora deben ser restituidas. Mientras la LED se refiere a eventos distintos, donde usualmente no concurre el traslado voluntario de un beneficio, sino que solo concurre la conducta del infractor que incursiona en derechos o bienes jurídicos ajenos, lo que le genera un enriquecimiento que también debe ser removido debido a su ilicitud.

Según la clasificación de Birks (2001: 1783), diríamos que al instituto de nuestro CC es un *enriquecimiento injusto* y al de la LED como *enriquecimiento ilícito*. Ambos buscan eliminar los enriquecimientos sin causa justa, pero cada

26 En Inglaterra, en el caso *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* de 1991, la Cámara de los Lores recién acogió la proscripción de enriquecimiento sin causa. Aunque autores como Birks (2001: 1783) muy pronto ya han precisado que se debería diferenciar entre enriquecimiento injusto causado por prestaciones que no correspondían y enriquecimiento ilícito generado por intromisiones en derechos ajenos. Mientras que Virgo (2015: 7) señala que en realidad se busca proteger tres valores distintos, uno se relaciona con los beneficios que indebidamente recibió un sujeto por voluntad de otro, por lo que se le exige devolverlos; otro se vincula con los errores de uno que dan ganancias a otro y que deben ser restituidas y de errores nocivos que generan disminuciones en otro que deben ser revertidas; y, también están los casos en donde un sujeto recibe la propiedad de otro de modo que se busca la entrega específica del mismo bien único o, de no ser posible, la entrega de su equivalente económico.

uno se activa ante eventos bastante distintos, por lo que tienen regulaciones distintas que no conviene confundir.

Además, el enriquecimiento sin causa se diferencia de la EX.DO en sus efectos. Si bien ambos buscan una tutela restitutiva, que remueva el ilícito, tal protección se manifiesta de distinta manera en cada caso. En el primero, el interés es que se restituya la situación patrimonial, la devolución del beneficio indebidamente atribuido a otro. En el segundo, el interés es que se restituya la legalidad patrimonial del titular del bien, eliminando los beneficios de la actividad ilícita. En uno, se restablece la legalidad mediante la recuperación de un bien, en el otro tal restablecimiento se da mediante la eliminación de la titularidad sobre ese bien.

Esto se debe a que cada uno de ellos descansa en distintos modelos de justicia. El enriquecimiento sin causa se sustenta en una justicia conmutativa que se refiere a las relaciones particulares y al libre intercambio de bienes, de modo que lo justo consiste en exigir que cada uno tenga lo que le corresponde (los contratos son un buen ejemplo de intercambios justos)²⁷. En cambio, la EX.DO se sustenta en una justicia distributiva que se refiere a las relaciones entre todos los miembros de una comunidad, de tal suerte que lo justo consiste en el reparto equitativo entre ellos de cargas y beneficios (los tributos son ejemplo de tales cargas y los servicios públicos un tipo de beneficios generales)²⁸.

582

Por último, aunque se trate de institutos que se activan ante eventos distintos y con fundamentos distintos, hay casos en donde confluyen sin confundirse, pues, de un lado, el Estado puede reclamar la EX.DO de un bien adquirido con las ganancias de las actividades ilícitas y, de otro lado, un tercero, que ignoraba de esa situación, puede reclamar al infractor y al Estado, la restitución de los derechos que tiene sobre el mismo bien (o de su equivalente económico). Para eso,

27 Chénéde (2012: 124) señala que los contratos y los cuasi-contratos son instituciones que procuran una justicia conmutativa a través del reparto justo de valores entre los participantes de un intercambio. Ciertamente, la figura del enriquecimiento procura realizar el interés de un sujeto que espera ver restituido lo que le pertenece.

28 Siguiendo a Rawls (1986: 78) diríamos que la EX.DO se corresponde con la justicia distributiva porque vela *“por conservar una distribución aproximadamente justa del ingreso y la riqueza en el tiempo, al afectar periódicamente las condiciones de base del mercado”*. Al intervenir en el mercado y eliminar la propiedad adquirida con los valores de un ilícito, se restablece la justa distribución de los bienes (cada uno tiene lo que legítimamente le corresponde) y, en lo sucesivo, aquel bien será para beneficio de la colectividad que lo administrará a través del Estado.

el art. 66 del Reglamento de la LED prevé ciertos requisitos y garantías, a fin de determinar si prevalece el pedido de restitución o inalterabilidad de derechos del tercero o la EX.DO postulada por el Estado.

En suma, la EX.DO restablece la licitud de los derechos reales mediante la eliminación de las ganancias de los beneficios de actividades ilícitas (materializadas en propiedades) y el enriquecimiento sin causa restablece los intercambios justos, mediante la recuperación de bienes que voluntariamente fueron mal atribuidos a otro²⁹.

4. ¿Qué cosa es o incluye la extinción de dominio?

4.1. Exige un proceso autónomo

Ya vimos que el art. 102° del Código Penal regula la EX.DO como una consecuencia accesoria de la actividad delictiva y no de las penas. Esto significa que su aplicación no está condicionada a una condena penal, sino solo a la concurrencia de un delito. Así se busca evitar la liberación patrimonial del sujeto que, por ejemplo, cometió la actividad ilícita, pero no es hallado culpable y, por ende, es absuelto. De tal suerte, la liberación de la condena penal no significará que el sujeto se libera también de las consecuencias patrimoniales de su acción ilícita.

En ese sentido, Teresa Aguado (2000: 31 y 44) señala que: *“Como consecuencia de reputar el comiso de ganancias una consecuencia accesoria de la pena, esta sanción no se podrá imponer cuando el sujeto, a pesar de haber cometido un hecho antijurídico, no es culpable o no es punible, aun cuando no existe justificación político-criminal alguna para excluir el comiso de ganancias en los casos en los que el sujeto se ha enriquecido a través del hecho cometido, aunque no haya actuado culpablemente o no sea punible. Es más... es en estos casos en los que la necesidad político criminal del comiso de ganancias adquiere mayor fuerza”,* por lo que concluye que *“se requiere, por lo tanto, que se haya cometido una acción típica y antijurídica, aunque no sea culpable. Carece relevancia el hecho de que se haya cometido dolosa o imprudentemente, se haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico, incluso carece de relevancia el hecho de que se haya podido identificar o no al autor de la acción punible”*.

29 En el *common law* los reclamos por enriquecimiento sin causa se encuentra regulados bajo la figura del *law of restitution*, mientras que la EX.DO o decomiso bajo el instituto del *civil forfeiture*, que constituye el antecedente más remoto del asunto que venimos estudiando. Cfr. Levy (1996: 21).

Esto explica por qué el la LED consagra que “*el proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquél*” (art. II, num. 2.3). Para asegurar esa autonomía la EX.DO, la Ley no exige condena o sanción alguna por las “*actividades ilícitas*” detectadas, sino que solo requiere su existencia. Por eso, se puede iniciar el proceso civil de EX.DO incluso cuando el sujeto haya sido absuelto por un juez penal, cuando la eventual causa penal haya sido sobreseída, prescrita, en general, declarada improcedente, o ni siquiera iniciada.

Esto es posible debido a que el objeto del proceso de EX.DO es distinto al del proceso penal, pues no busca determinar la culpabilidad de los sujetos que cometieron la conducta ilícita, sino establecer la licitud de los derechos reales, mediante el vínculo entre el bien y cierta actividad calificada por la norma como delito, y, de ser caso, determinar si existe algún supuesto que permita mantener la propiedad a pesar de dicho vínculo. En ese sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado que “*la posibilidad de que se pueda iniciar proceso de pérdida de dominio cuando se haya absuelto al acusado no impide su realización, en tanto el carácter de este proceso es real, no busca sancionar a las personas*”³⁰.

584

De otro lado, el proceso de EX.DO también es autónomo con respecto a otros procesos civiles. Ya vimos que el enriquecimiento sin causa y la EX.DO de las ganancias de los delitos se asemejan en ciertos puntos, pero son asuntos muy distintos, pues el primero busca restablecer los intercambios injustos mediante la reivindicación del beneficio a su titular y el segundo pretende restablecer la licitud de los derechos reales mediante la eliminación de los beneficios de una actividad ilícita. A su vez, sus procesos son muy diferentes, pues el primero es un proceso subsidiario que solo procede cuando no hay algún mecanismo indemnizatorio o cuando el uso de este sería inútil (art. 1955 del CC) y el segundo es un proceso autónomo que no depende de otro reclamo, pretensión o pronunciamiento previo para su procedencia.

30 Casación 1408-2017-Puno, fd. 32, caso *Leonardo Callalli Warthon y otros*.

4.2. Es una regulación de ilícitos atípicos

Como señalamos al inicio de estas líneas, la EX.DO puede generar una declaración judicial que dé cuenta de la existencia de un ilícito criminal vinculado a un bien, pero no declara la existencia de un delito, cuya ocurrencia y sanción solo puede ser determinada por un juez penal en la vía procesal respectiva. Aunque hemos usado la palabra “delito” para una mayor facilidad explicativa, no se debe olvidar que, en estricto, la EX.DO solo determina la ocurrencia de una conducta calificada como “delito” por la norma penal con el propósito de determinar su vínculo con el origen o uso de derechos reales, no para sancionar a sus autores o partícipes, sino con la finalidad de determinar la licitud de tales derechos.

Ahora bien, la ilicitud de derechos reales que persigue la EX.DO, no es una usual modalidad de contravención de la ley o la constitución, sino que se inserta dentro de lo que se denomina como ilícitos atípicos.

De un lado, la EX.DO de bienes adquiridos con la plusvalía de actividades ilícitas, se insertaría dentro de lo que se conoce como *fraude a la ley*, pues se utiliza la imagen del derecho de propiedad para presentar como lícito, recursos ilícitamente obtenidos. De otro lado, la EX.DO de bienes usados para cometer actividades ilícitas, sería un supuesto de abuso del derecho, debido a que se utiliza un bien adquirido legítimamente, para conseguir fin ilícito no admitido dentro de los cauces del derecho de propiedad. Esto exige una mayor explicación.

El último párrafo del art. 103 de la Constitución dispone que “*la Constitución no ampara el abuso del derecho*”, pero al interpretar sus alcances, el TC ha establecido que incluye por igual la proscripción contra el *fraude a la ley* y el *abuso del derecho*³¹.

Esto permite advertir que los bienes que caigan bajo estos ilícitos atípicos no tendrán amparo constitucional, ni gozarán de inviolabilidad de la propiedad que asegura el art. 70 de la Constitución y demás normas. En igual sentido, se pronuncia la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: “*El derecho de propiedad que la Constitución garantiza... es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Nadie puede exigir garantía ni respeto a su*

31 STC 5859-2009-AA, fd. 6, caso *Lusmila Puma Quispe*.

*propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad*³². En igual sentido, nuestra Corte Suprema señala que la EX.DO “... *procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quién lo tenga en su poder o lo haya adquirido; en razón de que nuestro ordenamiento legal no avala o legitima la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto, cuya adquisición no haya sido obtenida dentro de los márgenes prescritos por la Constitución o el Código Civil*”³³.

Para explicar los ilícitos en comentario, el TC recurre a la conocida noción de que el sistema jurídico está integrado por *normas-regla* y *normas-principio*³⁴. En términos generales, las primeras describen una conducta específica y cerrada a ser realizada, de modo que exigen un cumplimiento exacto y pleno: “*Prohibido el ingreso de perros al restaurant*”. Mientras que los segundos describen estados valiosos a ser alcanzados, por lo que no estatuyen una conducta específica y cerrada, sino que mediatamente ordenan acciones al proclamar fines valiosos que deben ser perseguidos en la mayor medida posible: “*El restaurant brinda un ambiente agradable a sus clientes*”.

586

Dentro de ese escenario, señala el TC, el *fraude a la ley* se presenta cuando se usa una *norma regla* como cubierta o pretexto para violar *normas principios*. Atienza y Ruiz Manero (2000: 76-79) presentan así su estructura:

La acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si:

- 1) Existe una norma-regla que permite a S usarla para producir el resultado R al realizar A en las circunstancias X.
- 2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E que, de acuerdo con los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un

32 Sentencia C-374, del 13 de agosto de 1997. Similar idea había establecido la Corte Suprema de los EEUU, en el caso *Bennis vs. Michigan*, de 1996, aunque, debido a su tradición, estableció que se debía confiscar toda la propiedad, incluso si la copropietaria no conoció ni consintió el uso ilegal de sus bienes.

33 Casación 1408-2017-Puno, fd. 18, caso *Leonardo Callalli Warthon y otros*.

34 STC 0008-2003-AI, fd. 4, caso *Constitución Económica*; STC 0006-2003-AI, fd. 8, caso sobre *inmunidad parlamentaria*; STC 1417-2005-AA, fd. 11, caso *Manuel Anicama Hernández...*

beneficio indebido, aunque no hay una norma-regla que prohíba producir R, puede haber una regla o principio dirigidos a evitar E.

En ese entendido, para el caso de la EX.DO, la adquisición de propiedad (acción A) con recursos provenientes de ilícitos (circunstancia X) encubre un *fraude a la ley*, porque a pesar de que existen normas que permiten adquirir bienes a quien paga por ellos (resultado R), en el caso de delitos, tales normas permitirían encubrir ingresos ilícitos (estado de cosas E), situación proscrita por los principios del sistema jurídico.

De otro lado, señala el TC que el *abuso del derecho* se presenta cuando los atributos que otorgan una norma reglas se ejercen de manera incompatible con el principio que subyace a dicha regulación. Atienza y Ruiz Manero (2000: 56-57) explican así lo anterior:

La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si:

- 1) Existe una norma regla que permite a S realizar A y otras varias opciones en las circunstancias X.
- 2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D

El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la norma regla en que se encuentra S, lo que genera una nueva norma regla que indica que en las circunstancias X, la acción A está prohibida

En el caso de la EX.DO, el ejercicio de la propiedad (acción A) para facilitar conductas ilícitas (circunstancias X) es abusiva porque genera consecuencias nocivas contra la sociedad (daño D), de modo que ese proceder no está cubierto por el principio que inspira el derecho constitucional de propiedad, por lo que está prohibido.

En suma, la EX.DO debe ser interpretada como una modalidad constitucional de combatir ilícitos atípicos vinculados al derecho de propiedad. Por tanto, si la EX.DO busca acabar con el *fraude a la ley* o el *abuso de derecho* su uso no puede significar un agravio contra la propiedad constitucional. No sostenemos que la EX.DO sea un instituto exento de cuestionamientos, sino que “puede” tener fundamentos constitucionales identificables, aunque para mantener a raya

su legitimidad deben tomarse ciertas precauciones en su uso que se analizarán en adelante.

Esto no quiere decir que, ante la sola imputación de ilícitos o el simple inicio de procesos de EX.DO se perderán las garantías propias del derecho de propiedad, pues su inconstitucionalidad por *fraude* o *abuso*, y consecuente extinción, recién se determinará con la sentencia final. Esto quiere decir que las medidas cautelares de entrega de los bienes al Estado (art. 15 de la LED), antes o durante el proceso, debe interpretarse restrictivamente porque inciden en un derecho constitucional. Por ejemplo, para la tutela cautelar de los intereses del Estado, el fiscal y el Juez deberán optar por aquella opción cautelar que sea la menos lesiva sobre la propiedad; o si el proceso de EX.DO concluye con un rechazo de la pretensión del Estado y una ratificación de la licitud de la propiedad, entonces el Estado deberá reparar por el tiempo que despojo de la propiedad y, en su caso, por los eventuales daños generados en ese tiempo.

4.3. Exige una tutela proporcional contra la ilicitud de los derechos reales

588

Una de las formas de la EX.DO califica como un remedio para eliminar el *abuso de derecho* lo que, sin embargo, exige ciertas modificaciones para que se mantenga como una medida proporcional. Esto quiere decir que, bajo este marco jurídico, la extinción de la propiedad: (i) debe ser una medida adecuada con el propósito perseguido, (ii) debe ser la alternativa menos nociva para conseguir ese propósito, y, (iii) debe generar un beneficio equivalente al grado de afectación padecido³⁵.

35 Según la STC 2192-2004-AA, fds. 15-18, caso *Gonzalo Costa Gómez y otra*, el principio de proporcionalidad es un procedimiento para evaluar la legitimidad de medidas que intervienen sobre derechos o principios constitucionales y está integrado por un examen de tres sub-principios:

1. Idoneidad o adecuación. Exige identificar un fin legítimo, y, luego, ver si la medida restrictiva es idónea para lograr tal fin. Es un análisis de causalidad, de medio-fin (STC 00045-2004-AI, fd. 38, caso *PROFA de jueces*).
2. Necesidad. Requiere establecer si hay otro medio alternativo al evaluado que también pueda alcanzar el objetivo propuesto, pero que sea más benigno con el derecho afectado. (Ídem, fd. 39). Para Prieto Sanchís (2002: 108), si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, se debe escoger la que cause menos perjuicios sobre los principios involucrados.
3. Proporcionalidad en sentido estricto. El grado de realización del objetivo propuesto con la medida en cuestión, debe ser proporcional con el grado de afectación del derecho afectado. Se

No considerar este principio, ha generado en EEUU varios casos en donde el uso ilícito de un bien dio lugar a EX.DO claramente desproporcional y, por ende, inconstitucional, al menos desde los ojos del sistema jurídico peruano. Y es que casi todos los casos de *forfeiture* que mencionaremos han sido convalidados en EEUU debido a la larga tradición que tiene esa figura, vínculo histórico que no existe en nuestro país, por lo que no tenemos por qué importar la excesiva tolerancia que tienen sus jueces con los *forfeiture*.

Por ejemplo, el *forfeiture* de la casa porque, en forma oculta, el hijo de los propietarios era micro comercializador de estupefacientes, usando para ello el cobertizo de esa casa³⁶; el proceso contra un buque de millones de dólares porque se encontró una centésima de onza de marihuana en el afeitador de uno de los tripulantes³⁷; otro proceso contra un yate alquilado porque uno de los arrendatarios fue sorprendido fumando un cigarrillo de marihuana³⁸, u otros procesos contra autos de lujo porque fueron prestados o arrendados a personas que decidieron transportar licores o sustancias prohibidas³⁹, y un largo etcétera.

En todos estos casos, la EX.DO parece una medida desproporcionada. Veamos.

589

Vimos que el art. 1 de la LED dispone que la finalidad de la EX.DO es “*garantizar la licitud de los derechos reales*”, propósito que es legítimo, pues el art. 103 de la Constitución proscribe que la propiedad sirva para el *fraude a la ley*, o para el *abuso de derechos*, aspectos que, precisamente, combate la EX.DO.

debe comparar la realización del fin perseguido con la afectación sobre el derecho (STC 0048-2004-AI, fd. 65, caso de *regalías mineras*). Para Prieto Sanchís (2002: 109) debe existir cierto equilibrio entre los beneficios obtenidos con la medida limitadora y los daños que se derivan de ésta.

- 36 Caso *USA v. 5000 Palmetto Drive* y el caso *USA vs. 3097 S.W., 111th avenue*, ambos del 11° Circuito y ambos dictados en 1991.
- 37 Se trataba del buque Atlantis II, con un valor aproximado de US\$80 millones de dólares, de propiedad de Woods Hole Oceanographic Institution y usado para la investigación del mar. Cfr: Levy (1996: 2).
- 38 Cfr. Caso *Calero-Toledo vs. Pearson Yacht Leasing Co.*, resuelto por la Corte Suprema en 1974. También el caso *USA vs. One 1982 28' Int'l Vessel*, del 11° Circuito, dictado en 1984.
- 39 Cfr. Caso *USA vs. One 1978 Chrysler Le Baron Station Wagon vin*, District Court for the Eastern District of New York, dictado en 1986. También el caso *USA vs. One 1986 Mercedes Benz*, del 2° Circuito, dictado en 1988.

La misma norma dispone que la ilicitud de los bienes, por su origen o por uso, deba ser combatida con dos opciones posibles: (i) evitando su ingreso al comercio, o, (ii) sacándolos del comercio. La manera de hacerlo, según el art. 32 de la LED, es mediante una sentencia que *“debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado”*. Es decir, se elimina la ilicitud del bien mediante su transferencia forzosa al Estado. Esto indica que se trata de una medida adecuada, pues si los bienes están fuera del comercio, bajo la titularidad del Estado, en teoría, no sería posible cometer fraude con la propiedad, ni un abuso del propietario.

No obstante, la eliminación de la propiedad no siempre es una medida necesaria, pues pueden existir alternativas menos nocivas para conseguir el mismo propósito buscado. Por ejemplo, los padres podían botar a su hijo de la casa, los dueños de los vehículos y naves podrían tomar medidas adicionales para delegar el uso o arrendar sus bienes a ciertas personas, entre otras opciones posibles. Aunque a veces, la EX.DO sí que podría ser la única opción posible, como en el caso ocurrido en México con los predios “La Fortaleza” y “La Ford”. Dependerá de las circunstancias que se presenten en cada caso concreto.

590

Si bien el art. 1 de la LED solo regula como opción la EX.DO, eso no debe ser obstáculo para que el Juez considere otras opciones aplicables menos nocivas. El eliminar la propiedad como única alternativa de cesar el uso ilícito de un bien, sin considerar que hay otras opciones menos nocivas, solo tiene sentido en un escenario en donde se considera al bien usado en delitos como un *deodan*, como una cosa maldita que solo puede ser expiada si de entrega a la iglesia o al Estado, rezago histórico al que, por ventura, no estamos vinculados⁴⁰.

De otro lado, no siempre la opción por la EX.DO será una medida proporcional en sentido estricto. Y es que debe existir una correlación entre el monto

40 A pesar de lo indicado, en el caso *Austin vs. USA* de 1993 la Corte Suprema de EEUU cambió su jurisprudencia (caso *Ingraham v. Wright* de 1977) sobre la Octava Enmienda vinculada al principio de proporcionalidad, para reconocer su aplicación a los *civil forfeiture* por uso ilícito de bienes, pues antes la había limitado solo para las causas penales. Por lo que ahora sus problemas tienen que ver con la determinación de lo que se considera excesivamente desproporcional, asunto que no definió la Corte Suprema y que dejó a los jueces definir en cada caso. *Cfr.* Reinhart (1994: 235-268), Pollock (1994: 457-485) y Skorup (2012: 427-458).

del daño generado por la conducta ilícita, y el valor de la propiedad que se pretende extinguir. En los casos que comentamos, existía una manifiesta desproporcionalidad entre unos y otros. La droga encontrada al micro comercializador, los residuos de marihuana en una afeitadora, el cigarrillo de marihuana, el licor prohibido, no tenían correspondencia con el valor de la casa, la nave, el yate y los autos de lujo, respectivamente.

No respetar este principio puede generar situaciones peligrosas, como la activación de procesos *in rem* por delitos que involucran montos menores con el propósito de que el Estado acceda a propiedades de alto valor, propósitos que, en definitiva, no son los que buscó el legislador al instaurar la EX.DO.

Debido a lo anterior, la aplicación de la EX.DO no es tan sencilla como la verificación de un uso ilícito y la consecuente e inmediata pérdida de la propiedad. Nuestro régimen constitucional exige moderar su aplicación cuando se trata de abuso del derecho de propiedad para facilitar actividades ilícitas. En estos casos, los jueces deben disponer la EX.DO solo como una última medida, como la única alternativa que queda para evitar la continuidad del ilícito y que, además, debe ser proporcional al caso concreto, de lo contrario, sería correrá el riesgo de emitir un fallo inválido, lesivo del derecho de propiedad. Lo que se deberá definir en cada caso.

Finalmente, como es evidente, en el caso de bienes de origen ilícito, cuando la EX.DO funciona como un remedio contra el *fraude a la ley*, el principio de proporcionalidad exigirá que la EX.DO solo alcance a aquella parte en donde existe un vínculo entre beneficios de una actividad ilícita y bienes. Por ejemplo, si se considera que ciertos bienes son producto de los beneficios de un delito de narcotráfico, pero la EX.DO pretende recaer sobre bienes que son claramente ajenos a ese delito (por ejemplo, los ingresos por ganar la lotería, los ingresos por herencia, etc.), sería excesivo eliminar la propiedad de esos bienes. Aunque usualmente será difícil diferenciar entre bienes que provienen de delitos y los bienes que son ajenos al mismo.

4.4. Es una tutela restitutiva frente a acciones ilícitas pasadas

Las acciones ilícitas pueden ser pasadas, actuales o futuras, sin embargo, la LED solo regula hipótesis de delitos pasados, lo que incluye a las actividades ilícitas que se vienen cometiendo en forma continuada (arts. I y 1 de la LED). Tan

cierto es esto que la etapa de indagación patrimonial que sustentará la eventual EX.DO está diseñada para la detección de ilícitos ya ocurridos y no para ubicar y prevenir actos ilícitos futuros o para prevenir su repetición (arts. 14 y 16).

Se trata de una típica tutela que mira al pasado para remover el ilícito en el origen o uso de los derechos reales, y así *restituir* una situación de legalidad. En el caso de *fraude a la ley*, la tutela restitutiva consistirá en extinguir la propiedad ilícita y en el caso de abuso de derecho, tal remedio será la *última ratio*, solo eliminará la propiedad cuando no exista otra alternativa *menos lesiva* que permita restablecer la legalidad.

Si bien es una tutela restitutiva frente a ilícitos pasados, puede diferenciarse de la tutela indemnizatoria de ilícitos pasados (daño emergente). Y es que las dos hipótesis de EX.DO son mecanismos contra ilícitos pasados que no necesitan -aunque puede suponerse- de la existencia del daño para su configuración. Mari-noni (2014: 29) resalta que por mucho tiempo se imaginó que la ley identificaba daño e ilícito al obligar a indemnizar los daños ilícitos, *“sin embargo, el daño no es una consecuencia necesaria del acto ilícito, el daño es requisito indispensable para que surja la obligación de resarcir, pero no para que se constituya el ilícito”*. Eso le lleva a concluir que: *“... si el daño no es elemento constitutivo del ilícito y éste puede existir con independencia del primero, no hay razón para no admitir una tutela que tenga en consideración solo el ilícito, dejando de lado el daño”*⁴¹.

592

Exactamente, la EX.DO recoge dos modalidades de tutela que excluyen al daño de sus presupuestos y a la sanción de sus consecuencias, pues solo se enfocan en remover el bien ilícito o en prevenir el uso ilícito del bien, sin que el daño o la sanción sea datos que entren en juego para su aplicación.

El caso de la EX.DO por remoción del ilícito es una tutela *restitutiva* que mira al pasado para eliminar el origen o uso delictivo de bienes y no exige la

41 Calvão da Silva, citado por Marinoni (2008: 216), señala que: *“Ilícito y daño son dos fenómenos conceptual y temporalmente distintos. El ilícito es conceptualmente más amplio que el daño: puede contener a éste, pero no tiene que contenerlo necesariamente. El ilícito no supone necesariamente un daño, que es una consecuencia eventual pero no necesaria de él. Puede haber ilícito sin daño, pero sin éste no puede surgir la obligación de indemnizar. De ahí que la acción de cumplimiento [de la legalidad] pueda tener lugar en ausencia de daño, por ser justamente una forma de suprimir el ilícito, mientras que la acción de indemnización, por ser una forma de superar los daños resultantes del ilícito, solo puede tener lugar en caso de daños”*.

conurrencia del daño para su uso. Di Majo (2001: 301) resalta que mientras “*el remedio indemnizatorio se trata de reaccionar al máximo contra el daño causado en la esfera patrimonial del sujeto, garantizándole una forma de compensación pecuniaria que, más que eliminar materialmente el daño, lo neutralice en sentido económico... con el remedio restitutorio no se toma en cuenta el daño (tampoco importa que un daño patrimonial se haya producido), sino únicamente la alteración de una situación de hecho y/o de derecho, alteración que es necesario eliminar, restableciendo la situación originaria y reintegrando con ello la vigencia de las normas*”.

Lamentablemente, ninguno de los supuestos de EX.DO mira al futuro, no incluye una tutela preventiva o inhibitoria frente a previsibles usos ilícitos de bienes, o frente a la probable repetición de tal ilicitud. (No es posible esa tutela preventiva para los bienes de origen ilícito, en donde lo característicos es que la actividad ilícita ya se concretó y sus beneficios e transformaron en derechos reales.)

Estimamos que la tutela inhibitoria debería ser agregada por la LED porque también sirve a su finalidad esencial de garantizar la licitud de los derechos reales (art. 1 de la LED), aunque tendría la particularidad de que no requerirá de la efectiva comprobación del ilícito para extender la tutela inhibitoria, pues lo que se protege es el riesgo de que se cometa un ilícito y no su existencia misma. Es decir, se requerirá la invocación de un temor de usos ilícitos del bien, pero no certificar su existencia. En ese sentido, Frignani (1958: 560) señala que: “... *el ilícito, en cuanto tal, no importa a nuestros fines [de brindar tutela inhibitoria]: en efecto, si este fue realizado en el pasado, no será posible eliminarlo, como si jamás hubiese sido realizado, y si en cambio, será realizado en el futuro, ciertamente no puede dar lugar a ninguna sanción antes de que se haya verificado históricamente. Lo que, por el contrario, es de fundamental importancia es la comprobación judicial del peligro de la continuación o repetición del mismo, o el peligro de su comisión*”.

Esta tutela cumpliría los propósitos de la LED, de hecho, sería algo parecido a los *forfeiture*, a un proceso *in rem*, pues se brindará protección sin necesidad de determinar la participación ni culpa del propietario, y sin el temor de agraviar sus derechos⁴², pues las medidas inhibitorias de cese o de prevención que decreta

42 Al respecto, Rapisarda y Taruffo (1989: 11) señalan que: “... *la culpa no asume ninguna relevancia en la regulación de la inhibitoria, por el hecho de que, estando dicha acción dirigida al futuro, queda*

el juez sobre el titular del bien, no eliminarían sus situaciones jurídicas protegidas, sino que le impondrán precauciones complementarias para el ejercicio de sus derechos. No se trataría de una intervención ilegítima en los derechos, pues nadie tiene derechos a tener abierta la posibilidad de darle un uso ilícito al bien (desde luego, siempre existe el riesgo de excesos y abusos).

En suma, la actual LED es solo un remedio de tutela restitutiva respecto de ilícitos pasados que, sin embargo, podría mejorar la realización de sus finalidades, si incluyera además una tutela inhibitoria contra futuros usos ilícitos de los bienes.

4.5. *Excursus*. Otras tutelas inhibitorias civiles contra abuso de derechos

La propuesta de incorporar una tutela patrimonial *inhibitoria* frente al abuso del derecho de propiedad no es original. De hecho, en la exposición de motivos del CC, León Barandiarán (1985: 24) resaltaba que su art. II cambió la redacción del Código de 1936 para establecer remedios aplicables frente al abuso del derecho, así, de un lado, se recogió la posibilidad de obtener tutela preventiva frente a previsibles actos abusivos y, de otro lado, también se estatuyó el cese de acciones abusivas ya existentes.

Estos son ejemplos de tutela preventiva contra el abuso de derechos: (i) cuando se faculta al acreedor de la herencia a oponerse al abuso del derecho de los herederos interesados en la partición de los bienes, para no pagar ni garantizar la acreencia (art. 875 del CC); (ii) cuando se habilita a reclamar al propietario de un bien ruinoso el cese de su abusiva omisión, a fin de que tome medidas preventivas de reparación del bien (art. del 956 CC); (iii) cuando se permite retener los bienes del deudor e inscribir esa situación para evitar que el deudor abuse de su propiedad y lo transfiera a terceros a fin de eludir el pago (art. del 1128 CC).

También hay casos de tutela preventiva que, sin embargo, parecen incorporar una suerte de sanciones civiles (de hecho, un sector de la doctrina utiliza el término “sanción” sin dimensionar los alcances reales de ese término). Y es que

excluida la posibilidad objetiva de valorar preventivamente los elementos subjetivos del comportamiento ilícito futuro sobre el que incide la medida de tutela inhibitoria. La ratio de la autonomía de la inhibitoria respecto a la culpa del sujeto contra el que esta es dirigida se halla, dicho sea de paso, en el carácter no sancionatorio de dicho remedio”.

a veces la consecuencia jurídica de un instituto civil parece ser una sanción de pérdida de derechos a quien los ejerce en forma abusiva.

Tal es el caso de la extinción del derecho real de usufructo por ejercicio abusivo de su titular. Al respecto, se prevé que el usufructuario debe ejercer su derecho de explotar el bien “*en la forma normal y acostumbrada*” (art. 1008 del CC), de modo que, si abusa de tal derecho enajenando el bien (en caso de bienes muebles, inmuebles no inscritos o cuando el usufructuario aparenta propiedad) o “*deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias*”, el propietario podrá pedir la extinción de aquel derecho de usufructo y la restitución del bien (art. 1021.6 del CC)⁴³.

Podría pensarse que se trata de una sanción contra el usufructuario por abusar de su derecho real, pero en realidad es un remedio para proteger al propietario. Si bien el usufructuario sufrirá un mal, ese no es el propósito de la extinción de su derecho y, como vimos, para que una medida califique como sanción, el castigo debe ser su principal objetivo. En efecto, según el art. 1021.6 del CC, tal extinción no se produce para castigar al usufructuario, sino para proteger al propietario, para evitar que pierda su bien como consecuencia de su indebida enajenación o para evitar que el bien se arruine al perecer por falta de las reparaciones ordinarias⁴⁴.

43 Nuestra legislación sigue el modelo francés que se separó de la regulación romana que solo preveía medidas preventivas para proteger la propiedad ante el abuso del usufructo, sin extinguir este derecho. *Cf.*: Demolombe (1870: 634) y Betancourt (1973:23). En España, Argentina y México se sigue la fórmula romana al prever que el abuso del usufructo habilita al propietario a pedir al Juez la administración del bien sin que se extinga el usufructo, pues debe abonar al usufructuario los rendimientos anuales que se generen, fuera de los gastos. *Cf.*: Lacruz Berdejo (2009: 23) y Rogel Vide (2015: 76). Aunque el tribuno Gary (1839: 497), uno de los principales expositores del *Code* napoleónico, señalaba que el Juez estaba facultado para, según las circunstancias, declarar la extinción del usufructo o darle la administración al propietario. En ambos casos la finalidad era proteger al propietario: “Es cosa muy justa el que se pueda quitar el goce de una cosa al que abusa de ella, [de lo contrario] reconoceríamos en el usufructuario, la facultad de destruir la propiedad”.

44 Esa causal de extinción del usufructo para proteger al propietario es una idea compartida por los franceses Proudhon (1836: 520) y Demolombe (1870: 637) y también por la doctrina nacional. Por ejemplo, Maisch von Humboldt (1982: 173) lamentaba que el Código Civil de 1936 no protegiera adecuadamente al propietario pues le habilitaba solo a pedir que el Juez regule el uso y explotación del bien, por lo que proponía recurrir al código civil mexicano para una tutela más drástica que, en realidad, era la fórmula romana de administración judicial a favor del propietario. Finalmente, nuestro CC adoptó la fórmula francesa que brinda una protección aún mayor y así lo comenta Arias-Schreiber (2003: 945) quien señala que se “*protege al nudo propietario contra abusos*”.

Otras situaciones que podrían parecer sanciones civiles (algunos autores así lo califican), son los casos de declaración de indignidad de los herederos o legatarios por realizar acciones contra el causante (art. 667 del CC). Ciertamente, parece que el derecho civil se dispone a castigar con la extinción del derecho de sucesión al mal elemento que accionó en agravio del causante, sus descendientes o cónyuge. Sin embargo, como señala Borda (2012: 77), en realidad la ley no busca castigar a un sujeto sino proteger la voluntad del causante, pues le permite que excluya a quien obró en su contra y, si ya no pudiera expresar su voluntad, habilita a sus otros sucesores para solicitar la exclusión, presumiendo así que esa era la voluntad del causante. Tan cierto es esto que la misma ley permite que el causante perdone a su sucesor y no lo excluya, prevaleciendo así su voluntad (art. 668 del CC).

4.6. Exige un proceso contra quien ostenta derechos reales sobre el bien

Es usual ver malentendidos con respecto a aquellos postulados que indican que *“en la extinción de dominio se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que lo obtuvo”*, que *“su objeto de acción recae sobre bienes, no sobre personas, en virtud del origen ilícito de estos, y guarda relación con determinado hecho delictivo”*, o que *“el carácter de este proceso es real, no busca sancionar a las personas”*⁴⁵. Sin embargo, el hecho que la EX.DO implique un proceso destinado a determinar la licitud de los derechos reales no genera como consecuencia necesaria que en dicho proceso solo importe determinar la **relación bien-ilícito**, sino que es sumamente trascendente establecer también la **relación titular-ilícito**. Esto es más crítico si se tiene en cuenta que la LED (art. 5.4) no precisa cuáles son las defensas que pueden ejercer los titulares de derechos reales que son parte de un proceso de EX.DO

De cualquier modo, en nuestro sistema jurídico debe ser incuestionable exigir que la tutela restitutoria que incorpora la EX.DO sea desplegada en un litigio contra los titulares del bien posiblemente sean afectado (y no contra el bien) y con las garantías propias del debido proceso. Tales sujetos deben tener la opción de defenderse invocando la “inocencia del bien”, es decir, la falta de una relación

del usufructuario, permitiéndole acudir al juez para solicitar que se declare extinguido el usufructo, sin necesidad de esperar a que concluya el plazo originalmente pactado”.

45 Casación 1408-2017-Puno, fds. 16, 21 y 32, caso *Leonardo Callalli Warthon y otros*.

entre el bien y el evento delictivo. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿es la única defensa posible que tienen? Eso dependerá de la condición que tienen frente al delito. De un lado, estarán las defensas del titular de derechos reales que, a la vez, es vinculado como supuesto autor o partícipe en el ilícito y, de otro lado, las opciones de defensa que tendrán los “terceros inocentes” frente a los delitos, es decir, de aquellos que invocan su ajenidad o no intervención en el evento delictivo.

En el primer caso: ¿Qué pasa si el propietario o titular de otros derechos reales es vinculado como autor o partícipe del ilícito criminal en cuestión? ¿Debemos descartar de plano la posibilidad de que conserven sus derechos reales ante un proceso de EX.DO? No, pues siempre deben tener abierta la opción de ejercer una defensa invocando la razonabilidad de sus conductas ilícitas. Pensemos, por ejemplo, los casos en donde se da un uso ilícito a los bienes para salvar la vida, la integridad o para proteger otros derechos o principios que el ordenamiento jurídico considera más valiosos en las circunstancias concretas del caso. Sería irrazonable condenar a la pérdida de derechos a quienes actuaron al amparo de los valores y principios del sistema, esto es, a quienes no desplegaron una conducta antijurídica.

El principio de razonabilidad exige que, en los casos de EX.DO también se considere el elemento la antijuridicidad de la conducta del autor, exigencia que proviene de la teoría general del derecho y que es usualmente aplicada en el ámbito civil (para atender los casos de responsabilidad civil por daños o por incumplimiento de contratos), en el ámbito penal (para identificar las causas justificantes de las conductas ilícitas, como la legítima defensa) e incluso actualmente, en el derecho administrativo sancionador (para exonerar de las sanciones por cometer infracciones⁴⁶).

46 En ese sentido, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2017: 419) señalan que: *“Una vez afirmada la tipicidad de un determinado comportamiento... debe verificarse para que pueda establecerse la responsabilidad del infractor, el carácter antijurídico de la conducta. Podemos entender por juicio de antijuridicidad aquél por el cual se determina si un comportamiento es o no conforme con el ordenamiento jurídico; dicho de otra forma, es la relación contradictoria entre la conducta y la norma jurídica. Un comportamiento es o no conforme a Derecho, tertium non datur. En el juicio de antijuridicidad se trata precisamente de esclarecer ese dato”*. La misma línea resalta Rebollo Puig (2010: 120): *“Afirmar el requisito de antijuridicidad en el Derecho Administrativo sancionador comporta que, para que haya infracción administrativa y, por tanto, posibilidad de sanción administrativa, no basta que haya una infracción subsumible en el tipo, sino que además es necesario que sea realmente contraria al ordenamiento, es decir, ilícita...”*.

La exigencia de antijuridicidad tiene como fundamento el principio de razonabilidad recogido en el último párrafo del art. 200 de la Constitución y la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que, conforme al art. 3 de la CP, permite el reconocimiento de derechos y garantías implícitas o no enumeradas. El primero proscribía la imposición de medidas contrarias a la razón, no solo exige adoptar medidas lógicamente razonables, sino, sobre todo, medidas razonables derivadas de *“las normas y principios que integran”* el derecho positivo. De ahí que se considere inconstitucional alguna medida *“carente de fundamentación objetiva”* es decir, *“incongruente y contradictoria con la realidad...”*⁴⁷.

Mientras que la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho exige procurar la integración entre los valores de la comunidad y del Estado, lo que significa que *“el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona...”*⁴⁸.

598

De ese conjunto constitucional podemos derivar el principio de antijuridicidad que, al igual que en el ámbito penal, permite considerar legítimas conductas ilícitas que, en principio parecían reprochables, debido a la concurrencia de causas justificantes derivadas de otras normas o valores del ordenamiento jurídico. Y es que, como señalan Wessels, Beulke y Satzger (2018: 168): *“En el ámbito de determinación de la antijuridicidad, las valoraciones provienen de todo el ordenamiento jurídico. Es decir, **un comportamiento que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico en conjunto, resulta conforme a derecho no puede ser sancionado**, aun cuando configure un tipo penal. Ese es el fundamento del postulado de unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico. Por eso, las causas de justificación pueden no solo ser extraídas del Código Penal, sino ya de todo el ordenamiento jurídico”*.

Por tanto, el principio de razonabilidad y el Estado Democrático de Derecho exigen incluir en el análisis de la EX.DO el principio de antijuridicidad. Es

47 STC 0090-2004-AA, fd. 12, caso *Juan Callegari Herazo*.

48 STC 0008-2003-AI, fd. 13.d, caso *Constitución económica*.

decir, que el Juez de EX.DO debe enfocarse no solo en la existencia de la conducta ilícita de los titulares de los derechos reales, sino también en verificar si existió algún elemento valioso que permita constatar que la conducta en cuestión no tuvo amparo en otras disposiciones o principios del ordenamiento jurídico. De modo que, sería inconstitucional quitar los derechos allí donde existe una conducta ilícita que, sin embargo, tiene amparo o se inspira en los principios o reglas del mismo ordenamiento jurídico.

De acuerdo a esto, no basta con que exista una conducta del autor o partícipe que pueda vincularse causalmente con un supuesto ilícito penal, sino que, además, esa conducta debe ser antijurídica, no debe ser admisible por el ordenamiento jurídico, para dar lugar a una legítima declaración de EX.DO. Solo se requiere de esos elementos (causalidad y antijuridicidad), no es relevante que el Juez determine la culpabilidad o no del demandado en la realización de la conducta ilícita.

Pero es difícil imaginar casos en donde los frutos obtenidos por una conducta ilícita y materializados en derechos reales, pueda ser considerado como una conducta legítima. Más sencillo, es detectar casos sobre usos ilícitos de bienes que, sin embargo, no constituye conductas antijurídicas. Tal sería el caso del dueño de un automóvil que lo usa para cometer un robo, porque afrontaba una situación de extrema pobreza ocasionado por la falta de ingresos durante el estado de emergencia. Esto indica que la alegación de falta de antijuridicidad de la acción ilícita solo tendría espacio en escenarios excepcionales, es decir, no puede tratarse de una conducta regular del sujeto. Por ejemplo, el hecho que durante años se use una casa para vender autopartes robados, responda a un estado de necesidad. De modo que, la antijuridicidad solo podrá evitar la EX.DO cuando se trate de una causa justificante excepcional.

599

En todo caso, este asunto requerirá un estudio más detallado, aquí solo se pretende establecer un esbozo de los posibles espacios en donde puede jugar la exigencia de antijuridicidad de la conducta para la declaración de EX.DO.

4.7. Sigue. Exige un proceso contra quien ostenta derechos reales sobre el bien

De otro lado, están los sujetos que son ajenos a la conducta ilícita, los que no tienen una relación de causalidad material con respecto al supuesto delito, que están en condición de predicar una suerte de “inocencia civil”. Al respecto, las defensas de estos “terceros inocentes” podría darse en los siguientes escenarios:

- a) El propietario o titular que cedió sus bienes en préstamo, arrendamiento, usufructo, u otra modalidad legal, a un sujeto que después dio o no impidió un uso delictivo del bien.
- b) El comprador o adquirente de derechos que desconocía que el bien sobre el que ahora recae sus derechos provenía de los beneficios de una actividad ilícita.

La LED solo hace una mención genérica a la hipótesis (b), pero su Reglamento hace un desarrollo más completo sobre los propietarios o terceros inocentes que podrán salvar o mantener sus derechos reales sobre el bien objeto de EX.DO, si acreditan su buena fe al adquirirlos⁴⁹. Se trata de casos de ilicitud de origen de los derechos reales, que después fueron transferidos a terceros de buena fe. Si bien este no es el lugar para un análisis mayor, se trata de un régimen jurídico con estándares bastante elevados y difíciles de cumplir, lo que puede generar después varios problemas después.

Con respecto a los supuestos (a), existe un peligroso vacío que amenaza las opciones de defensa y debido proceso de las personas que se encuentren en dicho supuesto. Para integrar esa laguna normativa y hacerla compatible con el régimen del sistema constitucional, puede ser conveniente recurrir a la regulación comparada de EEUU.

600

Los iniciales *civil forfeiture* permitían procesar la cosa, con poca o nula importancia de la culpa o autoría del propietario en la acción ilícita. Poco tiempo después la realidad motivó iniciales leyes estatales que detectaron los injustos que eso podía generar y exigieron considerar cierta relación entre el titular del bien y el ilícito involucrado, pues era irrazonable condenar al propietario con la pérdida de sus bienes por ilícitos ajenos a su conocimiento o control. Sin embargo, siempre se mantuvo a los *forfeiture* como procesos autónomos con respecto a las causas penales, lo que relativizaba y debilitaba las posibles defensas de los propietarios o de terceros inocentes perjudicado con el traspaso del bien al Estado.

49 La figura del tercero se encuentra reconocido en la LED, en el art. II, nums. 2.1 y 24; art. III, num. 3.12; art. 3, num. 3.12; art. 31, num. 31.2; art. 33, inc. f; asimismo, en el art. 66 del Reglamento de la LED.

Pero en 1971 la Corte Suprema señaló que el sistema de *forfeiture* “tiene la intención de imponer una penalidad solo a quienes están involucrados significativamente en una empresa criminal... [Por lo que la garantía del debido proceso] puede ser invocada en estas causas [donde los propietarios son ajenos al ilícito]”⁵⁰. Y en 1974, la Corte advirtió que “sería difícil rechazar el reclamo constitucional de un propietario cuyo bien sometido a confiscación fue tomado sin su conocimiento o consentimiento”.

Aunque fijó un alto estándar para liberar el bien ilícitamente usado, pues exigió al propietario acreditar “no solo que no estuvo involucrado y que no estuvo al tanto de la actividad ilícita, sino que también hizo todo lo que razonablemente podría ser esperado para evitar el uso proscrito de su propiedad, pues en esa circunstancia, sería difícil concluir que el decomiso sirvió para fines legítimos y no es excesivamente opresivo”⁵¹.

Casella (2000: 256-258) recuerda que estos criterios inspiraron la regulación federal de los *civil forfeiture*, que desde los setenta empezó a establecer protecciones a los propietarios inocentes bajo el estándar antes indicado. Eso porque un sistema demasiado garantista reduciría los fines de la EX.DO y, un sistema demasiado duro, generaría el injusto de hacer que la propiedad de uno padezca por hechos de otro, además, de cargarlos con la obligación de prevenir los crímenes a pesar de que, frecuentemente, no tienen como evitarlos.

Entonces, la cuestión es identificar en qué circunstancias se puede decir que hay un propietario que actuó de manera razonable, que puede predicar su inocencia en un proceso de EX.DO porque se usaron en forma ilícita sus bienes “sin su conocimiento o consentimiento”.

50 Caso *USA vs. United States Coin & Currency*, de 1971.

51 Caso *Calero-Toledo vs. Pearson Yacht Leasing Co.* Sin embargo, en 1996 la misma Corte Suprema resolvió los cuestionamientos que se hacían contra el *forfeiture* del vehículo de copropiedad de la señora Bennis, y que fue usado por su esposo para recoger a una persona que ejercía la prostitución ilegal, actividad que, desde luego, fue ocultada a la esposa. La Corte desestimó la causa al disponer que la propiedad no puede ser protegida cuando es usada con fines ilícitos y porque, a su juicio, el *forfeiture*, tenía una finalidad disuasiva que buscaba desincentivar el mismo tipo de conductas (caso *Bennis vs. Michigan*, de 1996). Tal decisión generó una serie de críticas y debates, de un lado, porque al tratarse de un asunto civil, los *forfeiture* no podían tener fines disuasivos, tal como ocurre con las sanciones penales, y de otro lado, avivó el debate sobre la defensa de los propietarios y terceros inocentes que, desde hacía mucho, tenían una débil protección en las regulaciones de los estados, lo que concluyó con el dictado de la Ley de Reforma de Confiscación de Activos Civiles de 2000 (CAFRA, por sus siglas en inglés).

En esa línea, con relación al supuesto (a), la jurisprudencia comparada indica que en el *forfeiture* la inocencia del propietario no es suficiente para liberar sus bienes, sino que importa su relación frente al ilícito criminal⁵². Si bien no tiene un deber positivo de investigar o descubrir cómo se usa el bien que cedió a terceros, según sus circunstancias, eso puede variar de modo que su ignorancia no sea suficiente. Y es que, por ejemplo, si pudiera tener conocimiento o sospecha de posibles ilícitos, eso le impondrá mayor diligencia para evitarlo, en comparación con quien razonablemente desconocía de la ilicitud. O, en todo caso, si tuviera sospechas del evento, debe acreditar que no otorgó su consentimiento.

Según Guerra (375: 375), para los tribunales existe “consentimiento” incluso si se expresó desaprobación, pero no se hizo lo suficiente para evitar el delito, o si no se adoptaron “medidas razonables” para prevenir el ilícito. Mientras que Casella (2000: 684-685) usa la noción de “ceguera voluntaria” para señalar que quien deliberadamente toma medidas para no conocer ciertos hechos, será considerado como un sujeto que tuvo conocimiento real de ellos.

602

Los criterios de la jurisprudencia y doctrina⁵³ fueron consolidados en la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* del 2000 (CAFRA).

De un lado, si se trata de **derechos ya existentes cuando se produjo el uso delictivo** del bien, se le considerará “inocente” a quien: (i) no sabía del ilícito; “o”, (ii) al conocerlo, hizo lo razonable en sus circunstancias, para terminar con el uso del bien. Esto se dará, cuando informó la realización actual o futura de la conducta criminal, o cuando revocó oportunamente o, de buena fe intentó revocar, la autorización para el uso del bien a los participantes del ilícito, o tomó medidas razonables para desalentar o prevenir el uso ilegal del bien. Aunque se precisa que estos mandatos no obligan a tomar medidas que puedan exponer a sí mismo u otros a un peligro físico.

De otro lado, el CAFRA regula así los casos en donde los derechos o propiedad fueron **adquiridos después del delito** que da lugar a la ex.do. En tales hipótesis, se considerará “inocente” al comprador o vendedor de buena fe, en función

52 Cfr. Strafer (1985: 845-848), Guerra (1986: 365-368), Zeldin y Weiner (1991: 846-853).

53 Además de la doctrina citada, tuvieron bastante eco las críticas de Levi (1996: 161-176) a la jurisprudencia lesiva de los llamados “propietarios inocentes”.

del valor del bien, “y” a quien no sabía y no tuvo motivos razonables para creer que el bien era fruto de un ilícito criminal o que estaba sujeto a una EX.DO.

Estos criterios que proteger a los “terceros inocentes” aún son objeto de varios complementos y precisiones de la jurisprudencia estadounidense y que bien podrían ser asimiladas aquí como manifestaciones de conductas de buena fe que, desde luego, deben merecer un mayor desarrollo. Por lo pronto, se debe resaltar que ante el vacío normativo que existe en la legislación nacional, nuestra jurisprudencia podrá tener en cuenta estos u otros elementos que le permitan liberar los bienes que fueron usados para fines delictivos, pero sin el consentimiento o conocimiento del propietario o del titular de derechos que, por esos motivos, actuó de buena fe.

Lo importante aquí es resaltar que, a pesar de los vacíos en la LED, la EX.DO debe ser concebida como un régimen jurídico que asegura una efectiva defensa y tutela a los propietarios o “terceros inocentes” respecto del uso delictivos de los bienes, pues, de lo contrario, se estaría legitimando la pérdida de la propiedad por conductas ajenas, lo que tendría visos de inconstitucionalidad.

En suma, como se trata de “terceros inocentes” no cabe analizar los elementos de causalidad con la realización de la hipótesis penal, ni de antijuridicidad en la realización de esa conducta. Sin embargo, el hecho que no tengan un vínculo causal con el ilícito penal no es suficiente para que se liberen de una declaración de EX.DO. Para eso, deberán acreditar su falta culpabilidad, pero solo en el sentido de que los terceros deben haber desplegado una conducta no culpable frente al ilícito ajeno, solo así serán “terceros inocentes”. Es decir, deben haber estado en una condición de razonable ignorancia o desconocimiento de la conducta ilícita y, en caso de que lo conocieran, deben haber tomado medidas razonables para cesar o impedir el ilícito. Si no fuera así, el Juez deberá decretar la EX.DO por falta de buena fe del titular del bien frente a los delitos ajenos que conoció y/o consintió.

Esta es la nota particular de los casos de terceros inocentes: Ellos sí deben tener la opción de alegar falta de culpa con respecto a la conducta ilícita del anterior titular del bien. A pesar de las múltiples invocaciones de la doctrina, la EX.DO sí es un proceso en donde quepa analizar la culpabilidad del titular de derechos reales, siempre que se trate de un sujeto ajeno al delito. Además, el análisis de culpabilidad no es elemento exclusivo para la determinación de los ilícitos

penales, sino que también es usado para establecer la existencia de ilícitos civiles, por ejemplo, para fijar la responsabilidad en el incumplimiento de obligaciones contractuales (arts. 1314 a 1317 del CC) o en la indemnización por daños y perjuicios (arts. 1969, 1972, 1974 del CC).

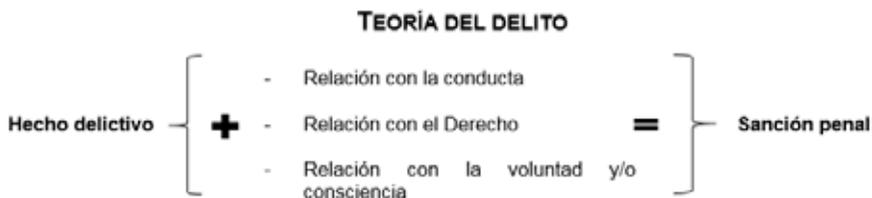
De modo que, no debe sorprender que en el proceso civil de ex.do, sea posible que el Juez deba evaluar la culpa o buena fe de los llamados “terceros inocentes”.

6. Notas mínimas para acercarse a una teorización

Los elementos anteriores pueden servir de sustento para unas primeras notas que teoricen sobre el aspecto material de la EX.DO. Para ese propósito, puede ser útil hacer un paralelo entre la EX.DO y la teoría del delito que, en términos generales, establece los presupuestos que deben concurrir para que la aplicación de las penas sea legítima, para que la intervención en la libertad sea admisible. Lo anterior no significará contradecir la naturaleza civil de la EX.DO, sino que más bien permitirá asentar su autonomía respecto del ámbito penal, pero recurriendo a la facilidad didáctica de la teoría del delito.

604

En términos bastante generales, podemos decir que la teoría del delito establece que, la imposición de sanciones solo será legítima si concurre la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable del imputado. Es decir, éste debe haber desplegado un comportamiento (acción u omisión) que se encuentra tipificado como delito en la ley, además, tal conducta no debe estar autorizada por otras normas jurídicas o tampoco debe ser admisible por otros principios y valores relevantes en el sistema jurídico, esto es, debe ser reprochable por el ordenamiento, ser antijurídica; y, finalmente, la conducta también debe ser reprochable desde la perspectiva subjetiva, es decir, que el sujeto imputado debe haber desplegado la conducta criminal de manera consciente y voluntaria, esto es, culpable. Esto podría traducirse en un análisis de tres relaciones:



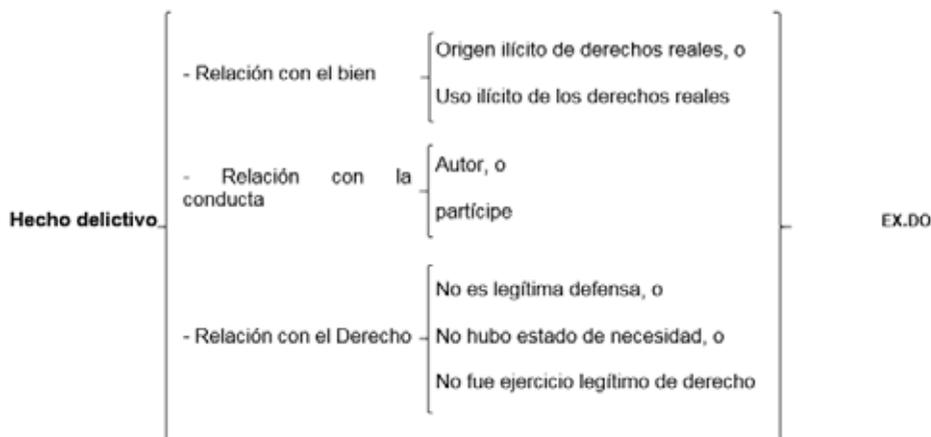
En cambio, en los casos de EX.DO contra los titulares de derechos reales que, a la vez son calificados como posibles autores o partícipes en la conducta ilícita, se deben considerar solo tres tipos de relaciones. De un lado, estarían estos vínculos de partida: (i) la relación entre los beneficios de la actividad ilícita y el origen del derecho real, o, (ii) la relación entre el uso del bien y la comisión de un ilícito calificado como criminal. De otro lado, estaría la relación que vincula a la conducta del titular de derechos reales con respecto al evento delictivo. De modo que, dicho titular podría estar vinculado como autor o como partícipe de la conducta ilícita. Y, finalmente, la relación entre la conducta ilícita y el sistema jurídico, a fin de establecer si es admisible o no por los demás principios y valores del Derecho.

Ahora bien, habría que analizar con mayor detalle las posibles invocaciones de falta de antijuridicidad de la conducta ilícita. Pues, como advertimos, estimamos difícil que pueda ser usado en casos de ilicitud de origen de derechos reales, sino que más bien se correspondería con casos de usos ilícitos de derechos reales por supuestos de estados de necesidad o de legítima defensa. Sin embargo, no debería sorprendernos que la realidad sea más rica en ejemplos. De cualquier modo, debe tratarse de casos en donde la antijuridicidad sea de tal excepcionalidad que permita conservar la propiedad

605

De acuerdo con lo anterior, el análisis material de una declaración de EX.DO por conducta ilícita atribuible al mismo titular del derecho real, deberá presentar una estructura en donde concurren los siguientes elementos:

TEORÍA DE LA EX.DO PARA TITULARES-AUTORES DEL ILÍCITO



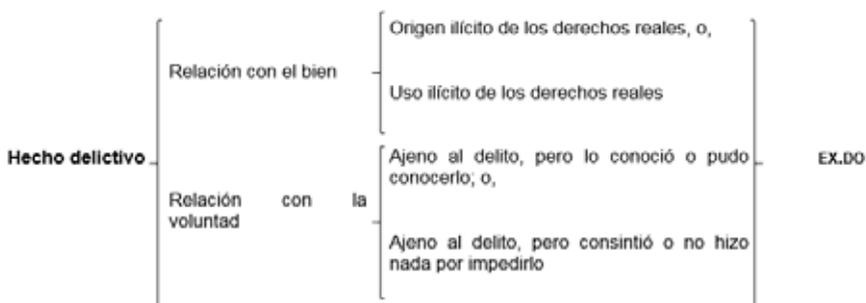
De acuerdo con esta estructura preliminar, se puede afirmar que la EX.DO es un instituto que busca combatir la ilicitud de los derechos reales, sea en su origen o uso. De modo que, puede extinguir legítimamente tales derechos en aquellos casos en donde se llega a certificar que existe una relación entre el ilícito criminal y los bienes, además, de una relación antijurídica entre el ilícito y los titulares de los derechos reales. Ya sea porque son autores o partícipes del ilícito, y no tienen ninguna justificación jurídica para su conducta reprochable.

Otra estructura de razonamiento deberá seguir el Juez para los casos de EX.DO que afectan a titulares de derechos reales ajenos al delito, calificados como “terceros inocentes”. En esas hipótesis, se analizarán las relaciones entre los beneficios de la actividad ilícita y el origen del derecho real, o, entre el uso del bien y la comisión de un ilícito criminal. Pero como se trata de sujetos ajenos a la conducta ilícita no cabría analizar su relación con ilícito, ni la antijuridicidad de esa conducta. Lo que si se analizará es la actitud que tuvo con respecto a la conducta ilícita ajena. Es decir, se evaluará si adoptó una conducta diligente, culpable, o de buena fe, con respecto al evento ilícito ajeno.

606

Podría decirse que el Juez evaluará si se trata de un espectador que nunca pudo conocer, o que razonablemente, no estuvo en capacidad de conocer, de la conducta ilícita ajena. Lo que excluye los casos de cegueras voluntarias. Y, si el sujeto conoció o estuvo en capacidad de conocer, se evaluará el comportamiento que, según sus circunstancias, pudo desplegar o no, para impedir la continuidad de la conducta ilícita, o para negar su autorización en el uso ilícito del bien. Es decir, se evaluará el conocimiento o su consentimiento que tuvo el “tercero inocente” con respecto a la conducta ilícita. Lo anterior puede ser resumido en el siguiente recuadro:

TEORÍA DE LA EX.DO PARA TERCEROS INOCENTES



Los dos esquemas teóricos son útiles para identificar las relaciones que deben formar parte del objeto de proceso de EX.DO que, además, son distintas a las que son objeto del proceso penal, a pesar de que ambas se vinculan con la existencia de ilícitos criminales. Asimismo, es útil para dejar en claro que la EX.DO es un proceso dirigido hacia el bien, solo en el sentido de que certifica un supuesto vínculo entre cierto el ilícito penal y los bienes específicos. Pero también exige verificar la concurrencia de otras relaciones adicionales que no se corresponden con la estructura de la teoría del delito.

En todo caso, es más sencillo identificar las notas comunes y los elementos diferentes que presentan los ilícitos penales y los ilícitos civiles que persigue la EX.DO, lo que permitirá detectar con mayor facilidad las garantías del ámbito penal que podrían ser trasladables y aquellas que no.

Por ejemplo, en sede penal, el artículo II del Código Procesal Penal exige que la prueba de la “culpa” del imputado se sustente con una suficiencia probatoria que vaya *“más allá de toda duda razonable”*. De hecho, según el TC, el derecho a la presunción de inocencia es el que exige instaurar ese estándar de prueba⁵⁴. Pero, en el caso de la EX.DO de titulares de derechos reales que, a la vez son autores o partícipes en el ilícito, no se analiza la culpabilidad estos últimos, por lo que es razonable concluir que no rige tal presunción de inocencia y, por ende, que tampoco debe regir un estándar de prueba que exija acreditar el ilícito penal *“más allá de toda duda razonable”*.

De otro lado, en el caso los llamados “terceros inocentes”, el Juez sí analizará su culpabilidad, pero entendida como buena fe de su comportamiento frente al ilícito ajeno, y no a su culpabilidad en la realización de la conducta calificada como delito. Lo que permitiría establecer un estándar de prueba similar a la que se aplica a la buena fe civil para los actos jurídicos, la responsabilidad civil, los derechos reales, u otros ámbitos del derecho privado, y excluir un estándar de prueba penal que exige acreditar la culpa más allá de toda duda razonable.

Desde luego que, existirán otras garantías usuales del derecho penal que sí se aplicarán a la EX.DO y que tienen que ver, por ejemplo, con la antijuricidad (cuya aplicación permitiría liberar al titular del bien si acredita que le dio un

54 STC 1172-2003-HC, fd. 2, caso *María Elvira Huaco Huaco*.

uso ilícito por razones de legítima defensa o estado de necesidad). De cualquier modo, la EX.DO es una figura que ha tenido poco tiempo de desarrollo y análisis en nuestro país, por lo que esperamos que la doctrina y jurisprudencia ayude a perfilar mejor su naturaleza, alcances y usos.

7. Resumen

La EX.DO es una figura compleja cuya comprensión exige un necesario recorrido por el derecho comparado, en especial por el derecho de los EEUU que lleva más de doscientos años aplicándolo, aunque con varias recortes, precisiones y cambios que les ha permitido adecuarlo a su sistema constitucional, que comparte casi todos los temas sustantivos con el nuestro.

Este instituto debe su carácter autónomo a su origen como proceso *in rem*, que significaba enjuiciar a la cosa culpable del ilícito, con independencia de la participación o no de su titular y, por ende, con autonomía respecto de las causas civiles o penales que se levantaran contra este. Lamentablemente, aún hay rezagos de esta concepción procesal, pues muchas veces se pretende eliminar a toda costa la propiedad involucrada en ilícitos criminales, como si se tratara de un *deodan* que exige relativizar las garantías en este tipo de casos y olvidarnos de las defensas de los titulares de derechos reales que se verían agraviados.

Sus fines de garantizar la licitud de los derechos reales, permiten marcar distancia con las sanciones. A pesar de lo que parece, la EX.DO no impone un mal, no es una sanción, sino que solo remueve los ilícitos detectados, solo restablece la legalidad. Tal finalidad también permite diferenciarla de figuras como la expropiación que, en estricto, es una garantía de la propiedad lícita, pues busca mantener o restablecer la indemnidad patrimonial del sujeto pasivo que padece la expropiación.

Asimismo, el hecho que la EX.DO se dirija a la eliminación de los derechos reales ilícitos también permite distinguirlo del enriquecimiento sin causa, que no se relaciona con los ilícitos penales, sino con el pedido de restitución de aquello que voluntariamente se entregó a otro, a pesar de que no existía razón para hacerlo.

La LED podría tener una regulación más acorde con los fines de la EX.DO, si incluía la posibilidad de una tutela inhibitoria que prevenga futuros usos o repeticiones de usos ilícitos de los bienes. Sin embargo, solo ha regulado una tutela restitutiva o de remoción de ilícitos pasados vinculados a derechos reales.

En su aspecto conceptual, la EX.DO se ubica dentro del sistema constitucional como un instituto contra la propiedad ilícita, como una medida contra el fraude o abuso de derecho que proscribe el art. 103 de la Constitución, de modo que, una vez que el juez declara esa condición, no tendrá ninguna protección constitucional, por tratarse de una propiedad ilícita. Lo que es muy diferente a las expropiaciones que atañe a la propiedad lícita (de hecho, la única posible), por lo que el sistema constitucional establece una serie de garantías para asegurar la indemnidad patrimonial de su titular.

Si bien es posible encontrar el fundamento constitucional de la EX.DO, es necesario tomar dos medidas adicionales para mantenerlo dentro de ese marco constitucional. De un lado, el principio de proporcionalidad exige que, en los casos de uso ilícito de bienes, la EX.DO es la última medida que se debe adoptar para restablecer la licitud en el ejercicio de derechos reales. Solo debe ser usada cuando se una medida necesaria, cuando no exista otra alternativa menos nociva, y cuando el valor del ilícito involucrado se corresponda con el valor del bien objeto de EX.DO. De otro lado, en los casos de bienes adquiridos con los frutos de actividades ilícitas, la EX.DO solo podrá alcanzar a aquellos bienes que sean identificables como tal, de modo que se descarten los bienes que pueden ser identificados como provenientes de ingresos lícitos.

609

Finalmente, la EX.DO debe completar el enorme vacío normativo en que incurre al o regular las posibles defensas que pueden ejercer los propietarios o terceros inocentes con respecto al uso ilícito de sus bienes. Tal laguna deberá ser complementado por nuestros jueces, para quienes el derecho comparado puede ser una herramienta muy importante. Sin esa integración jurídica, la EX.DO corre el riesgo de generar graves inconstitucionalidades por generar indefensión en los afectados con la pérdida de sus derechos reales.



Bibliografía

- Autores varios (1984). “Nota: The law of deodans”, en *The monthly law magazine*, Vol 10, Croft & Blenkarn, Londres.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2014). “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador” en *Revista de Administración Pública*, N° 195, Madrid.

- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (2003): “Causales de extinción de usufructo”, en AAVV, *Código Civil Comentado*, Tomo V, Derechos Reales, Gaceta Jurídica, Lima.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- BARNET, Todd (2001). “Legal Fiction and Forfeiture: An Historical Analysis of The Civil Asset Forfeiture Reform Act”, en *Duquesne Law Review*, N° 40.
- BETANCOURT, Fernando (1973): “Sobre una pretendida ‘actio’ arbitraria contra el usufructuario”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLI-I, Madrid.
- BIRKS, Peter Birks (2001): “Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment”, en *Texas Law Review*, N° 79, Austin.
- CAEMMERER, Ernst von (1966): “Problèmes fondamentaux de l’enrichissement sans cause”, en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 18, N°3, París. Acceso web el 16 de junio de 2019, https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1966_num_18_3_14626
- CASELLA, Stefan D (2000). “The Uniform Innocent Owner Defense to Civil Asset Forfeiture: The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 Creates a Uniform Innocent Owner Defense to Most Civil Forfeiture Cases Filed by the Federal Government”, en *Kentucky Law Journal*, N° 89.
- CASINO RUBIO, Miguel (2018). *El concepto constitucional de sanción administrativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CHÉNEDÉ, François (2012): “Las conmutaciones en el derecho privado. Contribución a la teoría general de las obligaciones”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 18, Santiago.
- DEMOLOMBE, Charles (1870): *Traité de la distinction des biens*, Tomo II, 4ª edición, Augusto Durand Libraire, París.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1955). *Derecho civil español*. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- DI MAJO, Adolfo (2001): *La tutela civile dei diritti*, 4ª edición, Giuffrè, Milán.
- FRIGNANI, Aldo (1958). “Inibitoria (azione)”, en *Enciclopedia del diritto*, Vol. 21, Milán.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther (2013): *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*, Jurista editores, Lima.
- GALLO, Paolo (1992): “*Unjust Enrichment: A Comparative Analysis*”, en *The American Journal of Comparative Law*, Volume 40, Tomo 2, Oxford University Press.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2019): *Derecho Penal – Parte General*, Ideas Solución Editorial, Lima.
- GARY (1839): “Discurso pronunciado en el cuerpo legislativo”, en *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona.

- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2012): “Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 31, Madrid.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo (2017). *Derecho administrativo sancionador: parte general*. 4ª edición. Thomson Reuters, Navarra.
- GRACIA MARTÍN, Luis (2004): *Estudios de derecho penal*, Idemsa, Lima.
- GUERRA, Sandra (1996). “Family values?: The family as an innocent victim of civil drug asset forfeiture”, en *Cornell Law Review*, N° 81.
- SKORUP, Brent (2012). “Ensuring eighth amendment protection from excessive fines in civil asset forfeiture cases”, en *George Mason University Civil Rights Law Journal*, N° 22.
- FINKELSTEIN, Jacob J. (1973). “The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty”, en *Temple Law Quarterly*, Vol. 46, No. 2.
- LACRUZ BERDEJO, José y otros (2009): *Elementos de derecho civil*, Tomo III-2, Dykinson, Madrid.
- LEÓN BARANDIARÁN, José (1985): *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, Industrial Avanzada, Lima.
- LEVY, Leonard (1996): *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, The University of North Carolina Press.
- MAXEINER, James R. (1976). “Bane of American Forfeiture Law Banished at Last”, en *Cornell Law Review*, N° 62.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia (1982): *De los derechos reales, proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos*, Editorial Desarrollo, Lima.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2008): *Tutela específica de los derechos, necesidades del derecho material, tutela de derechos y técnica procesal*, traducción de Aldo Zela Villegas, Palestra, Lima.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2014): *Tutela inhibitoria*, Traducción de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid.
- MIR PUIG, Santiago (2008). *Derecho penal, parte general*. 8ª edición. Editorial Reppeter, Barcelona.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2010): “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9, PUCP, Lima.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010). *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2002). “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, en *Diritti & Questioni Pubbliche*, Palermo, N° 2.

- PROUDHON, Pierre (1836): *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, Tomo IV, 2ª edición revisada, Victor Lagier – Libraire Éditeur, Dijon.
- POLLOCK, Frederic y MAITLAND, Frederic William (1898). *The history of english law*. Tomo II. 2a edición. Cambridge University press, pp. 462-511, acceso web el 30 de octubre de 2019, <https://archive.org/details/historyofenglish00polluoft/page/n3/mode/2up/search/deodan>
- POLLOCK, Stacy J. (1994). “Proportionality in civil forfeiture: Toward remedial solution”, en *George Washington Law Review*, N° 62.
- PLUCKNETT, Theodore (1948). *A concise history of the common law*. 4a edición. Londres: Butterworth, pp. 417-453, acceso web el 30 de octubre de 2019, <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.77555/page/n137/mode/2up/search/forfeiture>
- RAWLS, John (1986): “Justicia distributiva”, en *Estudios Públicos*, N° 24, Santiago.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2019). “Antijuridicidad”, en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2001). “El contenido de las sanciones”, en *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, número extraordinario.
- REED, Terrance G. (1994). “On the importance of being civil: constitutional limitattions on civil forfeiture”, en *New York Law School Law review*, N° 39.
- REINHART, Douglas (1994). “Applying the eighth amendment to civil forfeiture after Austin v. United States: Excessiveness and proportionality”, en *William and Mary Law Review*, N° 36.
- SKORUP, Brent (2012). “Ensuring Eighth Amendment Protection from Excessive Fines in Civil Asset Forfeiture Cases”, en *George Mason University Civil Rights Law Journal*, N° 22,
- RAPISARDA, Cristina (1987): *Profili della tutela civil inibitoria*, Cedam, Padua.
- RAPISARDA, Cristina y TARUFFO, Michelle (1989). “Inibitoria”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. 17, Roma.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2001): “El contenido de las sanciones”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario, Valladolid.
- ROGEL VIDE, Carlos (2015): *La nuda propiedad*, Editorial Reus, Madrid.
- ROSS, David Benjamin (2000). “Civil Forfeiture: A Fiction That Offends Due Process”, en *Regent University Law Review*, N° 13.
- SIRENA, Pietro (2018): “La sussidiarieta dell’azione generale di arricchimento senza causa”, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Milán.
- SIRENA, Pietro (2009): “La restituzione dell’arricchimento e il risarcimento del danno”, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Milán.

- STRAFER, Richard G. (1985). “Civil forfeitures: Protecting the innocent owner”, en *University of Florida Law Review*, N° 37.
- VELÁSQUEZ, Raffo (2012). “Notas para una teoría general de la expropiación forzosa”. en *Revista peruana de derecho constitucional*, N° 5.
- VELÁSQUEZ, Raffo (2013). “Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos”, en *Ius et Veritas*, N° 46.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut (2018). *Derecho penal, parte general*. 46a edición. Traducción de Raúl Pariona Arana. Instituto Pacífico, Lima.
- VIRGO, Graham (2015): *The principles of law of restitution*, 3ª edición, Oxford University Press.
- ZEDIN, Michael y Weiner, Roger. G. (1991). “Innocent third parties and their rights in forfeiture proceedings”, en *American Criminal Law Review*, N° 28
- ZIMMERMANN, Reinhard (1995): “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Volumen 15, N° 3, Oxford.

Emmanuel Joseph Sieyès y dos contribuciones al Derecho Constitucional

Una breve mirada

✉ ALFREDO ORLANDO CURACA KONG*

En ese panorama convulsionado que significó la Revolución Francesa, tuvo destacadísima labor el abate Emmanuel Joseph Sieyès, hombre al cual se le conoce como “Oráculo de la Revolución” o como “El primer arquitecto político”¹ de la misma², y que, a diferencia de grandes pensadores, como Montesquieu o Rousseau, se enfrentó e impuso sus ideas en el mismo fragor de la revolución; ideas que superaron largamente los límites de Francia e hicieron eco en el mundo occidental, dando paso a una nueva concepción del orden político que permanece vigente hasta la actualidad.

El abate, a pesar no ser un gran orador³, supo, a través de sus panfletos, manuscritos y discursos, entender el contexto histórico y político de su país y darle

615

* Abogado por la Universidad de Lima. Con estudios de Maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Lomas de Zamora de la República Argentina y estudios de Maestría en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Abogado del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional del Perú. Actual Director de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

- 1 MADELIN, Louis. “Los Hombres de la Revolución Francesa”. Ediciones B Argentina. Buenos Aires. 2004, p. 301.
- 2 Ramón Maíz refiere de Sieyès, por ejemplo, que es el “...pensador político más profundo de la Revolución Francesa”. MAÍZ, Ramón. “Estado Constitucional y Gobierno Representativo en E.J. Sieyès”. En: “Revista de Estudios Políticos Nueva Época”. N° 72. Abril-Junio, 1991.
- 3 Para Christine Faure, Sieyès “...era un hombre taciturno y con una voz mal timbrada. Su participación oratoria en los debates sobre los derechos del hombre fue inexistente.” En FAURE, Christine. “Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789”. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1995, p. 315. De otro lado, Louis Madelin en su obra “Los Hombres de la Revolución Francesa” señala sobre la participación de Sieyès en la Convención Nacional de 1795, lo siguiente “Él subía a la tribuna con solemne paso. Parecía ascender

base ideológica y minuciosa forma a un nuevo sistema político, que, a la postre, reemplazaría al antiguo régimen, siendo para muchos el más importante de esos documentos aquel que denominó ¿Qué es el Tercer Estado? (*Qu'est-ce que le tiers état?*), en el que aparece uno de sus grandes aportes al constitucionalismo: su idea de la representación política.

Sieyès nació en Frejus, al sureste de Francia, el 3 de mayo de 1748, y desde muy joven realizó estudios con los Jesuitas en los seminarios de *Saint-Sulpice* y *Saint-Firmin*, ordenándose sacerdote en 1772, a los 24 años y luego de 10 años de estudios. Su falta de abolengo, que le auguraba poco éxito en su carrera eclesiástica, y su casi nula vocación sacerdotal, pues se sabe que más que el ministerio y los dogmas conservadores de la Iglesia le interesaban los principios filosóficos, la ciencia y la música, quizá lo motivaron a buscar cargos administrativos dentro del clero, ocupando el de secretario del Monseñor Lubersac, Obispo de *Tréguier*, en 1775.

Según refiere Blume Fortini, estudioso del abate, este, en 1780, "...acompañó a Lubersac como su Vicario General, quien fue transferido a la Diócesis de *Chartres*, convirtiéndose con el tiempo en canónico de la catedral y en Canciller de la Diócesis. En tal etapa formó parte de una comisión que cambió la vieja liturgia y actuó como representante de su diócesis en la Cámara Superior del Clero. Con este motivo vivió en París, disfrutando de la alta estima de su orden debido a su inteligencia y continuó con sus estudios filosóficos."⁴ El cargo de canónigo y vicario de *Chartres* lo ejerció de 1787 a 1788, *ad portas* de la revolución.

al monte Tabor. De cuarenta y seis años, era de estatura mediana, pero que impresionaba como bastante elevada por la estrechez de sus hombros y de toda su persona. Sus negros cabellos y su ropa oscura, que parecía la de un eclesiástico, acentuaban la palidez de su piel. La mirada, también descolorida, era fija y fría; la boca apretada estaba hecha para el silencio. Sus gestos eran acompañados y toda su actitud pontificadora. Pero esa actitud se alimentaba por la deferencia total de la Asamblea. (...) Habló con esa voz árida y ese sentido incoloro que lo convertían, con secreto despecho de su parte, en un orador tan mediocre. En realidad, creía suficientemente fuertes sus pensamientos para suplir la potencia de la palabra." En MADELIN, Louis. "Los hombres de la revolución francesa". Op. Cit. pp. 304 y 305.

4 BLUME FORTINI, Ernesto. "Emmanuel Joseph Sieyès: su tiempo, su vida y sus aportes a la forja del estado constitucional" En: Anuario 2009, Revista anula editada por el Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Dr. José Matías Delgado. Número 3. El Salvador. 2009, p. 143.

1. ¿Qué es el Tercer Estado? y la idea de la representación política de Sieyès como contribución al constitucionalismo moderno

En el año 1789, Francia vivía un clima de desconcierto debido a una serie de factores como el descontento del pueblo hacía la monarquía y sus instituciones, los privilegios que gozaban la nobleza y el clero, los altos impuestos que oprimían a las clases más pobres, la escasez de alimentos y demás subsistencias⁵, así como el surgimiento de nuevas ideas de los llamados pensadores de la ilustración, que propugnaban la libertad, igualdad y fraternidad entre los franceses. Ante la crisis, aconsejado por sus ministros, Luis XVI convocó a los Estados Generales, conformados por el clero, la nobleza y el Estado Llano o Tercer Estado, los que no se reunían desde hacía 175 años.

Al llamamiento de los Estados Generales, a principios de 1789, Sieyès se presenta en *Montfor-l'Amaury* para ser diputado del clero, empeño en el que fracasa. Sin embargo, es finalmente elegido como el último diputado del Tercer Estado por la ciudad de París⁶, el 19 de mayo de 1789. Antes de desempeñar tal cargo, en enero de 1789, apareció una publicación anónima rotulada ¿Qué es el Tercer Estado? (*Qu'est-ce que le tiers état?*) cuya autoría es atribuida al abate, sin discusión alguna. Tal panfleto, que buscó demostrar que el poder radicaba en el pueblo o Tercer Estado, comenzaba con la pregunta que le daba título “¿Qué es el Tercer Estado?”, para a continuación responder “Todo”. Y seguía con la pregunta “¿Qué representa actualmente en el orden político?” “Nada”, para culminar con “¿Qué pide llegar a ser?": “Algo”.

De esta manera Sieyès buscaba demostrar que el Tercer Estado era una Nación completa que, sin embargo, no se encontraba representada en los estamentos de poder, manejados por el clero y la nobleza, que votaban en pareja para la toma de cualquier decisión. A partir de ello, en su famoso manuscrito el abate va

5 Para algunos autores, como Albert Mathiez, factores como la situación económico financiera del Estado no fueron los que provocaron la Revolución Francesa, sino fundamentalmente el desequilibrio de clases: “No es en un país agotado, sino, por el contrario, en un país floreciente, en pleno auge, en el que estallará la revolución. La miseria que a veces produce revueltas no puede provocar las grandes conmociones sociales. Éstas nacen siempre del desequilibrio de clases.” MATHIEZ, Albert. “La Revolución Francesa”. Ed. Labor, Barcelona, 1935, p. 4. Citado por SANCHEZ VIALMONTE, Carlos. En “Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa.” Ediciones de la Facultad de Derecho de la UNAM. México. 1956, p. 29.

6 FAURE, Christine. “Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789”. Op. Cit. p. 314.

construyendo la teoría de la representación popular, solicitando que los representantes del Tercer Estado no sean elegidos más que entre los ciudadanos que pertenecan verdaderamente a él, que sus diputados sean iguales en número a los de las dos clases privilegiadas y que los Estados Generales no voten sino por cabezas.

El abate añadió que para organizar una Nación es necesario contar con una Constitución por ella creada, como fuente originaria de poder, pues la Nación "...existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es la ley misma"⁷ Así, va dando forma a las figuras de Poder Constituyente, que es el originario, y de Poder Constituido, que actúa solo en representación del primero. Por ello, el eclesiástico de Frejus es meridianamente claro en señalar que "En cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación."⁸ Y agregó "En ese sentido, las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, o sea las que establecen la legislatura, son fundadas por la voluntad nacional, con anterioridad a toda Constitución; forman el primer peldaño de ella. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial. Así, todas las partes del gobierno se corresponden y dependen en último análisis de la nación. No ofrecemos aquí más que una ligera idea, pero es exacta."⁹

618

La claridad de las ideas de Sieyès no hace sino demostrar que estas representaron el espíritu de la revolución, pues le dieron sustento ideológico, político y la legitimaron. Pero, quizá lo que no imaginó este ilustre pensador fue la magnitud del aporte que hizo al constitucionalismo, pues sus ideas sobre Nación, Constitución, origen del poder, poder constituyente, poder constituido y las limitaciones en el ejercicio de este último fueron tomadas en el mundo occidental por casi todos los países, lo que se plasmó en un sinnúmero de constituciones. Estas ideas, junto a los de otros grandes pensadores en similar sentido, no han sido superadas hasta el día de hoy y son el eje sobre el cual gira el constitucionalismo de nuestra época.

7 PANTOJA MORÁN, David. "Escritos Políticos de Sieyes". Fondo de Cultura Económica. México DF. 1993, p. 157.

8 Loc. Cit.

9 Loc. Cit.

2. El “*Jury Constitutionnaire*” y la idea de Sieyès de un órgano de control de la constitucionalidad de las normas como contribución al constitucionalismo moderno

Ya como diputado, Sieyès tuvo participación muy activa: el 17 de junio de 1789, propone proclamar Asamblea Nacional a la Asamblea del Tercer Estado, lo que es aceptado. El 20 de junio del mismo año, participa en la redacción del Juramento del Juego de la Pelota. El 15 de julio siguiente es elegido miembro del Comité de Constitución y emprende la redacción de la Constitución que se aprobará en 1791. Y desde julio de 1789 a marzo de 1790, presenta y sustenta ante la asamblea, diversos escritos denominados “Preliminar de la Constitución, Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre”, “Breves observaciones sobre los bienes eclesiásticos”, “Opinión del señor abate Sieyès sobre el decreto del 4 relativo a los diezmos, pronunciada el 10 de agosto en la sesión vespertina” y “Palabras del abate Sieyès sobre la cuestión real.”

La Asamblea Nacional cesó funciones el 20 de setiembre de 1792. No obstante Sieyès fue electo a la Convención unos días antes, la que tuvo su primera sesión el 21 de setiembre de 1792. Dicha convención abolió la realeza y abrió proceso a Luis XVI, el que fuera guillotinado finalmente el 21 de enero de 1793, votando Sieyès a favor de la muerte del Rey. Dicha convención se propuso también darle a Francia una nueva Constitución, perteneciendo el abate al Comité de Constitución.

Tal Constitución, que fue la segunda de Francia, fue aprobada finalmente el 24 de junio de 1793. Luego de esto, el aporte de Sieyès al fortalecimiento de un Estado Constitucional no quedó allí, pues el 5 de agosto de 1795 expuso ante la Convención la conveniencia de crear un “*Jury Constitutionnaire*”. Es decir, el establecimiento de una Corte Constitucional que tuviera por finalidad encargarse de que se respete la Constitución, lo que constituye el antecedente más remoto referido a la creación de un órgano que sea el encargado de velar por la Constitución, aunque dentro del seno del Poder Legislativo.

En su presentación de aquel día, Sieyès propuso cuatro artículos que serían remitidos a la Comisión de los Once, uno de los cuales señaló expresamente: “Existirá, con el nombre de corte constitucional un cuerpo de representantes, cuyo número equivaldrá a tres vigésimos de la legislatura cuya misión especial

será juzgar y dictaminar acerca de las acusaciones de violación de la Constitución que se levanten contra los decretos de la legislatura.”¹⁰

Días después sustentó su posición ante la aludida Comisión de los Once, en su “Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la ‘*Jury Constitutionnaire*’”, en la que señaló “La necesidad de una *jury de constitution* constituye una suerte de cuestión preliminar; no ha tropezado con dificultades. En efecto, ¿Cómo sería posible que la previsión del legislador se acostumbre a la idea de una Constitución abandonada a sí misma, valga la expresión, desde el momento de su nacimiento? Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes, se pregunta uno donde encontrará su guardián y dónde la magistratura de tal código. Es preciso poder dar una respuesta. Un olvido a este respecto, sería tan inconcebible como ridículo en el orden de lo civil; ¿Por qué lo permitiríais en el orden de lo político? Las leyes, cualesquiera que puedan ser, suponen la posibilidad de su infracción, junto con una necesidad real de hacerlas respetar.”¹¹

620

Así, añadió el clérigo “Por consiguiente, estará permitido preguntármelo: ¿a quién habéis nombrado para recibir la denuncia de que se ha infringido la Constitución? ¿Y a quién, para aplicar la ley? ¿Creéis que la magistratura civil podría cumplir una tan alta misión? Pensad en el sabio decreto por el cual habéis prohibido a los jueces ordenar que se presenten ante ellos los administradores, a causa de sus funciones; con mayor razón no les concederéis la facultad de ordenar que se presenten ante ellos los primeros cuerpos políticos del Estado. No, no podemos ignorar tanto la importancia del texto constitucional que la reduzcamos a no ser sino un título de código civil. Errores semejantes distan mucho de vuestro pensamiento: ¡Y me decís que no debo perder mi tiempo en ponerme a seguir demostrando la necesidad de un freno constitucional!”¹²

10 CARPIO MARCOS, Edgar. “La *Jury Constitutionnaire* en el pensamiento de Sieyès”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 95. Mayo – Agosto. 1999, p.301

11 SIEYÈS, Emmanuel. “Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la ‘*Jury Constitutionnaire*’”. Tales intervenciones sobre la creación de un *Jury Constitutionnaire* se pueden apreciar en: PANTOJA MORÁN, David. “Escritos Políticos de Sieyès”. Fondo de Cultura Económica. México DF, 1993. Parte de ellas, además de otras, están citadas también en CARPIO MARCOS, Edgar. “La *Jury Constitutionnaire* en el pensamiento de Sieyès”. Op. cit.

12 Op. cit.

La preocupación porque se infrinja la Constitución era latente en el pensamiento de Sieyès, según se puede observar. Por ello señaló también en otra parte de su discurso “Hay muchas clases de funcionarios irresponsables en el ejercicio de su misión. Si te sales de los límites del poder que les ha confiado, si no respetan las formas impuestas, será violada la Constitución.”¹³ Así las cosas, propuso que la *jury constitutionnaire* actúe como tribunal de casación en el orden constitucional, como taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución y, finalmente, como suplemento de jurisdicción nacional para los vacíos de la jurisdicción positiva. El proyecto que finalmente acompañó contenía disposiciones muy adelantadas para la época, estableciendo, por ejemplo, que “Hay un depositario conservador del Texto Constitucional, con el nombre de *jury constitutionnaire*” (art. 1); que “La *jury constitutionnaire* dará su opinión sobre las violaciones o atentados cometidos contra la Constitución...” (art. 6); que “Los actos declarados anticonstitucionales llevará el nombre de fallo” (art. 7); y que “Los actos declarados anticonstitucionales por fallo de la *jury constitutionnaire* son nulos y sin valor”.

Lamentablemente, el proyecto de creación de este órgano no prosperó por recelo de los propios diputados, archivándose el mismo. “Como es de suponer, en los primeros años de la Francia Republicana, embriagada por el pensamiento de los jacobinos, que rendía un culto absoluto al Parlamento como primer poder del Estado y depositario de la representación del pueblo, un raciocinio como el enunciado por Sieyès fue considerado casi una herejía y si se le permitió exponer y fundamentar sus ideas fue en razón de su gran prestigio.”^{14 15}

13 Op. cit.

14 BLUME FORTINI, Ernesto. “El proceso de inconstitucionalidad en el Perú.” Editorial ADRUS. Arequipa, 2009, pp. 181 y 182.

15 El proyecto del abate generó un profundo rechazo de los diputados de su época, probablemente porque no entendían la magnitud e importancia de la iniciativa y por recelo a ser controlados. Hicieron causa común en contra de la creación de un Tribunal Constitucional, entre otros, los diputados Berlier, Eschassériaux y Larevelliere - Lépeaux, Louvet y Thibandean. El abogado Thibandean fue particularmente duro en los debates y señaló, por ejemplo, lo siguiente: “Si el tribunal constitucional, cuyas funciones serán determinadas por la Constitución, sobrepasa sus límites, ¿quién reprimirá la usurpación? Yo os confeso que he intentado buscar una respuesta y que no he encontrado ninguna que me satisfaga.”; “¿quién los vigilaría? y ¿quién, a su vez, vigilaría a esos guardianes? Esta vigilancia gradual se extendería hasta el infinito.”; “Ese poder monstruoso lo sería todo en el Estado y queriendo darle un guardián a los poderes públicos, les daríamos un amo que los encadenaría para vigilarlos con mayor facilidad.”; “...es correr detrás de una perfección quimérica querer darle guardianes a la Constitución y vigilantes a los poderes constituidos superiores.”; y “...

Lo acontecido no quita mérito a un hombre que se adelantó a su época, pues concibió la figura de un guardián de la Constitución 125 años antes que se creara constitucionalmente el primer Tribunal Constitucional, en 1920; órgano que resulta ser pilar fundamental para el establecimiento de un Estado Constitucional. Evidentemente el aporte de Sieyès constituye un antecedente del control concentrado de constitucionalidad de las leyes, pues en el proyecto presentado se declaraban “nulos y sin valor” los actos declarados anticonstitucionales. Como es sabido, a la postre, el mundo occidental lo seguiría.

los más seguros y naturales guardianes de cualquier constitución son los cuerpos depositarios del poder y, después, la totalidad de los ciudadanos.” BLANCO VALDES, Roberto L. “El valor de la Constitución”. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1994, pp. 304-307. Estas afirmaciones nos hace recordar la posición que tuvo el constituyente Enrique Chirinos Soto al proponerse la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales en el Perú, la que aparece en tinta en los diarios de debates de la Constitución Política del Perú de 1979.

La alianza del pacífico, el acuerdo de paz en Colombia y la geopolítica sobre el narcotráfico*

✉ MANUEL BERMÚDEZ TAPIA**

1. Introducción

El 24 de noviembre de 2016 se suscribe el Acuerdo para la Terminación Definitiva del Conflicto (Acuerdo de Paz) entre el Gobierno Nacional de Colombia (GN) con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) en la ciudad de Bogotá, tras un proceso de negociación que empezó el 4 de septiembre del 2012 y se generaron negociaciones en La Habana, Cuba y en Oslo, Noruega (Bermúdez et al, 2020, p. 101).

El desarrollo del Conflicto Armado Interno entre el Gobierno Nacional de Colombia contra las FARC-EP, tomó un período superior a los cincuenta años y fue uno de los principales problema-país de Colombia en su vida republicana, tomando en cuenta que también había asumido una situación de conflicto interno con otros grupos armados beligerantes.

Una realidad socio política que se produce luego de una guerra civil que tomó un promedio de más de cien años y que sucedió luego de la finalización del período de caudillismo militar que se produjo a la finalización del proceso de independización y de división de la Gran Colombia (Jurado, 2015, p. 99).

* El presente texto hace parte de los resultados del proyecto de investigación “Análisis del impacto político, económico y social de la corrupción en la gestión pública”, ejecutado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista aprobado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación N° 017-2021-VRI-UPSJB.

** Abogado. Magister en Derecho, Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Católica de Colombia y de la Maestría en Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez en México. Investigador registrado en RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

Consecuentemente, el proceso de violencia ha sido constante en Colombia y por ello es que la materialización de un Acuerdo de Paz resulta un proceso significativo que proyecta una condición superior a la generada en México (respecto del actual contexto de desarrollo del narcotráfico) y del Perú, respecto del terrorismo entre los años 1980-2000 (Chernick, 1998, p. 5).

Sin embargo, la particularidad del conflicto armado interno contra las FARC-EP es la variación de la propia naturaleza del grupo insurgente, que fue transformándose en el tiempo. Las FARC-EP se crearon sobre la base de una línea de pensamiento ideológico, para luego generar un proceso confrontacional de carácter bélico y que en los últimos años había generado una alianza con grupos organizados en el ámbito del cultivo, producción y comercialización de drogas, tanto en el ámbito interno como a nivel de exportación, siendo México y Perú los países más implicados (Restrepo, 2005, p. 183).

Una relación peligrosa que provocó una evaluación geopolítica sobre Colombia porque los nexos entre los grupos sediciosos y el narcotráfico involucraba a otros países de la región e incidía en la política nacional norteamericana. Situación que provocó la generación del “Plan Colombia” y el establecimiento de una “lucha frontal” como política pública interna que resultó estéril cuando se complementan elementos como la “zona de conflicto” en la misma Colombia y “las condiciones de vinculación económica con grupos de narcotraficantes” (Ospina, 2020).

624

Una condición que superaba la visión local de un problema cuyas repercusiones también se detallaban en países que en el tiempo conformaran la Alianza del Pacífico y sobre la cual el problema del narcotráfico sigue siendo una tarea pendiente en los lazos de una mayor complementación de actividades comerciales y de agenda de integración regional (Alves, 2012, p. 9).

Inclusive el problema colombiano superó sus fronteras cuando se registró el “Bombardeo de Angostura”, al ejecutarse la “Operación Fénix” en territorio ecuatoriano (Torres, 2009, p. 163), acreditándose que uno de los factores económicos que sostenía a las FARC-EP era el narcotráfico, dado que esta guerrilla operaba con impunidad en las zonas de frontera con el Ecuador y el Perú (Torrijos, 2009, p. 175).

Referencia significativa que registra un factor precedente por medio del cual se descubrió que en el gobierno de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, el Perú había vendido armas a las FARC-EP (Marcy, 2010, p. 223), empleando

recursos financieros del erario nacional peruano (De La Pedraja, 2016, p. 46), situación que fue corroborada de forma objetiva (Bermúdez-Tapia, 2010)

Los elementos referenciales indicados, se confirmaron cuando las FARC-EP logran insertarse en la vida política y social del país dejando un margen sin resolver con respecto de su relación con el narcotráfico (Torrijos, 2018, p. 185).

Los grupos vinculados al narcotráfico al perder un *aliado* estratégico muy importante en Colombia, provocará el replanteo de nuevas políticas nacionales, regionales e internacionales que determinarán las nuevas condiciones en las cuales la geopolítica latinoamericana será modificada (Cubides, 2014, p. 657) y se configurará una nueva perspectiva de desarrollo de la Alianza del Pacífico, más aún cuando en México y en Perú se registra un cambio de gobierno que tiene una tendencia económica y política socialista y no ha cuestionado las actividades de estas organizaciones.

En este ámbito, la acción del gobierno de López Obrador de no mantener la detención del hijo del Chapo Guzmán y luego registrar un acercamiento con la madre del mayor narcotraficante de México (Rincón, 2020), permite proyectar una débil política estatal frente a este problema que va convirtiéndose en la mayor amenaza al país centroamericano (Mendoza, 2020, p. 37).

En el ámbito político, Adalberto Santana inclusive llega a identificar la vinculación política de sectores políticos que apoyan las acciones del narcotráfico aún frente a los intereses de sus países y esto es una realidad que se proyecta en la región latinoamericana (2004, p. 210), habiéndose detectado en el Perú la relación de grupos de narcotraficantes en las altas esferas de gobierno en el país (Sierra-Zamora et al, 2021, p. 259), que puede permitir detallar:

- a) La caída de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República, fiscales supremos del Ministerio Público y consejeros del entonces Consejo Nacional de la Magistratura, identificados como “los Cuellos Blancos del Puerto” se produce cuando se hace un seguimiento de interceptación de comunicaciones telefónicas a sujetos identificados como parte de una organización de narcotraficantes (IDEHPUCP, 2020).

Es a raíz de esta situación es que se establece la estrecha relación de personajes próximos al narcotráfico, con la mayor organización criminal que asaltó la institucionalidad de las entidades que conforman el sistema de

impartición de justicia que provocó una reforma constitucional, la implementación de la Junta Nacional de Justicia y la destitución de muchos jueces, fiscales y que a la fecha mantiene en suspenso el proceso de nombramientos y ratificaciones en el Poder Judicial y Ministerio Público.

- b) La presencia de parlamentarios vinculados a organizaciones ligadas al narcotráfico, siendo el caso más polémico el registrado por Edwin Vergara quien era socio del narcotraficante Diego Sánchez Ospina (El Comercio, 2018).
- c) La vinculación de organizaciones políticas en actos de lavado de activos en estrecha relación con organizaciones del narcotráfico donde la alianza procuraba financiar actividades políticas con el objeto de acceder a mecanismos de poder en la gestión pública en caso resulte ganador el candidato con apoyo.

Caso contrario, si los resultados electorales eran negativos al menos se garantizaba el *blanqueo* del capital aportado a través de la ejecución de la contratación de servicios y compra de bienes en forma de actividades fuera de todo mecanismo de control (La República, 2020).

626

Consecuentemente, estos antecedentes permiten proyectar una condición política regional a futuro y presentar un documento de carácter cualitativo, que analiza la geopolítica aplicable al impacto del narcotráfico en los países que conforman la Alianza del Pacífico para así plantear las bases de una reconfiguración de políticas internacionales y de proyección regional sobre asuntos vinculados a la lucha contra el narcotráfico en Chile, Colombia, Perú y México.

La necesaria evaluación de *delitos transnacionales* y de aspectos próximos al *macrodelito* permiten detallar la importancia de la propuesta temática que se analiza en este documento (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 277).

La estructura base de esta investigación se basa en el proyecto de investigación “Análisis del impacto político, económico y social de la corrupción en la gestión pública” en la Universidad Privada San Juan Bautista (2021) y en el libro *El Estado ante emergencias sociales* publicado en la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” del Ejército Nacional de Colombia publicado en el 2020 en conjunto con Paola Sierra-Zamora y Eduardo Andrés Fernández Osorio. Se amplían conceptos, originalmente desarrollados por el autor del texto

debido a la coyuntura que se desarrollará en los próximos años luego de la pandemia y que deberá configurar una nueva línea de acción de la política internacional peruana como también incidirá en las acciones de coordinación entre los países del Acuerdo del Pacífico (Bermúdez-Tapia, 2020, p. 291).

2. La finalización de acciones de guerrilla de las FARC-EP

El Acuerdo de Paz en Colombia no es la única referencia en América Latina que detalla la relación entre un grupo paramilitar beligerante contra el Gobierno de un país (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 9).

En el Perú, bajo otro contexto político, económico y social, es posible detallar un antecedente particular y especial, respecto del caso colombiano tomando en cuenta el conflicto armado interno que se generó entre los años 1980 y 1992 (Fecha de la captura de Abimael Guzmán).

En este ámbito, es posible determinar algunos elementos referenciales que permiten identificar semejanzas y particularidades entre las realidades de Perú y Colombia (Sierra-Zamora et al, 2020, p. 85):

- a) En Perú y Colombia, los grupos beligerantes empezaron una línea de acción contra el Gobierno Nacional sobre la base de una ideología política vinculada al ámbito del comunismo (Villamarín, 2014, p. 43), sobre la cual estructuró un mecanismo de confrontación directa contra las Fuerzas Armadas contra Perú y Fuerzas Militares en Colombia.
- b) En Perú y Colombia, Sendero Luminoso (Contreras, 2014), y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru y las FARC-PE basaron su estrategia de beligerancia sobre la base del dominio de un territorio usualmente ajeno a la intervención del Estado, en el sentido amplio del término.

Las condiciones económicas, sociales, culturales y de accesibilidad a dichos territorios fueron un patrón que permitió no sólo la ubicación de un espacio de dominio excluyente frente al Estado sino también donde podía emplear a la población, de forma directa e indirecta, sobre la base de la intimidación o la captación de miembros, ante la limitación de posibilidades de oposición de la población.

- c) En Perú y Colombia el conflicto interno provocó la generación del concepto “problema país” (Basombrío y Rospigliosi, 2006, p. 183) y la incidencia

negativa se evidenció en el ámbito económico, social, cultural y político, con severas consecuencias en todos los ámbitos.

- d) En Perú no se registró ningún Acuerdo de Paz o mecanismo equivalente y la lucha contra el “terrorismo”, categoría terminológica que identificó el período de confrontación interna, se ha dividido en dos ámbitos:
- i. La lucha contra Sendero Luminoso prácticamente ha desaparecido desde 1992 cuando se capturó a Abimael Guzmán, cabecilla de dicho grupo terrorista.

En la actualidad, subsisten grupos microscópicos de Sendero Luminoso en una zona de alta consideración geoestratégica para el narcotráfico: los Valles de los ríos del Apurímac y Ene, en las regiones de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac, donde la geografía es el mejor aliado de estos grupos que han mutado su estrategia política al ser el servicio de seguridad contratado de los grupos de narcotraficantes que operan en la zona (Jaskoski, 2013).

- ii. La lucha contra el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru finalizó cuando un grupo generó la toma de la Embajada de Japón en Lima (1996) y que provocó el asalto a dicho inmueble por las Fuerzas Armadas peruanas en 1997, eliminándose a todos los terroristas (del Alcázar, 2007, p. 375).

En ambas situaciones, la “finalización” de la lucha contra el terrorismo no identifica un período o hecho en particular y por ello es posible detallar registros de acciones muy esporádicas o referenciales en el país.

- e) En el Perú, el terrorismo ha tenido dos elementos ideológicos muy particulares.
- i. Sendero Luminoso tenía una influencia del Marxismo, del Leninismo y del pensamiento de Mao Zedong, sobre la cual se buscaba la toma del poder para generar un nuevo panorama político, sin que ello implique necesariamente la mejora de la calidad de vida de los “insurgentes”, quienes en su mayoría eran campesinos bajo la dirección de profesionales vinculados a profesiones liberales.

Bajo esta ideología, la premisa básica era el acceso al poder sobre el terror y por ello el “apoyo popular” fue muy débil pero las zonas de influencia permitían la movilización de sus huestes frente al accionar de las Fuerzas Armadas.

- ii. El Movimiento Revolucionario Túpac Amaru a diferencia de Sendero Luminoso no tenía un ámbito ideológico tan notorio y salvo la línea de acción de su líder Víctor Polay Campos, de formación aprista en su juventud.

Un detalle que permite detallar la amistad con Alan García Pérez, debido a que ambos habían compartido vivienda y estudios en España en la juventud y que fue reconocida la intervención de García, siendo Presidente, en la inacción del Estado peruano ante la fuga de Polay y los principales líderes del MRTA en 1990, a días de la finalización del gobierno del Apra (El Diario Internacional, 2007)

Finalmente, en el período 1990-1997 el MRTA se asoció con el narcotráfico de manera directa debido a la influencia que ejercía en las zonas andino-amazónicas donde la producción de la hoja de coca era sumamente fácil hecho que la deslegitimó socialmente, a pesar de nunca haber tenido simpatía popular.

- f) En el Perú a pesar de haber finalizado (informalmente) el conflicto armado interno, las condiciones sociales, económicas, productivas y de conectividad nacional son sumamente limitadas en las zonas donde se había registrado el terrorismo.
- g) En el Perú, el problema social y cultural que provocó el terrorismo ha generado un contexto de violencia social sobre la cual actos de racismo y discriminación, que eran históricos, han resurgido a niveles sumamente agudos en toda la sociedad nacional.
- h) A diferencia de Colombia, en el Perú no se ha aceptado la participación política de los líderes del terrorismo, de los miembros de estos grupos o simpatizantes, a pesar de haberse registrado intentos de “asimilación” a la vida civil y política del país.

Organizaciones de apoyo a Sendero Luminoso, en forma exclusiva, no han logrado ni tener registro formal u oficial en el país ni menos han logrado tener acceso a ser considerados grupo político.

- i) Finalmente, la mayoría de los líderes terroristas registran una condena penal efectiva que va entre la Cadena Perpetúa y los 25 años, pero se registran a la fecha muchos casos “abiertos” y por ello es que las condenas penales se han registrado nuevamente contra dichos terroristas por ser “nuevos casos”.

Sin embargo, buena parte de líderes terroristas han sido liberados al cumplirse la condena penal y a pesar de los severos actos ejecutados cuentan con el beneficio legal de ser considerados “rehabilitados socialmente”.

El registro de estos elementos permite entonces identificar un contexto que no resulta ajeno a la evaluación de lo que había sucedido en Colombia.

3. Colombia antes del Acuerdo de Paz

La realidad colombiana en una etapa pre Acuerdo de Paz permite el análisis de tres elementos importantes en el contexto del conflicto armado generado por las FARC-EP:

- a) Respecto de la beligerancia contra el Estado, como grupo armado y en un contexto de terrorismo.

Las acciones políticas y de acción armada ejecutadas por las FARC-EP permiten detallar que la confrontación militar era el principal elemento que permitía la *legitimidad* de su poder ante el Gobierno Nacional, en particular por el contexto impuesto por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Una nota particular en este ámbito está el propio desarrollo de acciones de atención de necesidades a la población civil y a los integrantes de las Fuerzas Militares colombianas en el ámbito de la salud mental, a efectos de generar un proceso de adaptación a una nueva realidad sin violencia extrema (Sierra-Zamora et al, 2020 a)

- b) Respecto de las acciones que ejecutaban las FARC-EP en el ámbito de incidencia ante la comunidad nacional, se pueden detallar cinco grandes grupos poblacionales que resultan vinculados, directa o indirectamente:

- i. El grupo de mayor incidencia confrontacional y número está conformado por los integrantes de las FARC-EP.
 - ii. Los grupos de disidentes que no pudieron insertarse en la vida social colombiana porque no podían ejecutar acciones civiles ordinarias ante el temor de ser ubicados por las FARC-EP.
 - iii. Los campesinos quienes eran el grupo económicamente más condicionado por las acciones de las FARC-EP, muchos de los cuales se verán forzados a continuar con las acciones de cultivo de hoja de coca porque no conocen otros mecanismos o fuentes de productividad económica en el ámbito agrícola (Sierra-Zamora et al, 2020 b, p. 53).
 - iv. Los grupos de narcotraficantes que deberán buscar nuevos aliados, tanto en lo militar como en lo económico.
 - v. La población ajena a toda referencia preliminar, deberá procurar construir una nueva nación en base a un nuevo período republicano.
- c) Respecto de las relaciones internacionales con Perú, Bolivia y México.

Las alianzas que se habían mantenido con los mencionados países se modificarán en virtud a las nuevas acciones que desarrollen los grupos vinculados al narcotráfico y esta nueva realidad permite evaluar el siguiente aspecto (Tokatlán, 2000, p. 58).

4. El nuevo escenario mundial tras el Acuerdo de Paz en Colombia.

Como se ha señalado en forma preliminar, el Acuerdo de Paz va a generar una nueva situación en el escenario internacional, en particular cuando se generen las relaciones internacionales entre los países involucrados por las acciones del narcotráfico vinculado al tráfico de pasta básica de cocaína.

En este punto, entonces corresponde detallar los siguientes aspectos:

- a) Los países productores de hoja de coca también son productores de pasta básica de cocaína, pero no tienen injerencia directa o indirecta, en su distribución en el ámbito internacional.
- b) Colombia, los “carteles de coca” habían logrado constituir al país como punto de acopio y distribución para Norteamérica, Europa y Asia en un inicio y en la actualidad comparte parte de esta condición con México.

- c) En México, los “carteles” (Stack, 2007) han constituido un referente de comercialización y distribución de pasta básica de cocaína en el mundo, generando una condición particular y especial en una estructura de tercer nivel: las actividades societarias, financieras y económicas superan el contexto nacional y son internacionales generándose una nueva plataforma de acción: el lavado de activos a nivel internacional.
- d) Los Estados Unidos, frente a Europa, asume una nueva política de confrontación contra grupos vinculados al narcotráfico en particular por la incidencia del efecto económico que se genera en su economía, relegando a un segundo aspecto el ámbito del impacto negativo a la salud pública a su población.

El contexto estratégico de la lucha contra el narcotráfico se registra en acciones especiales y directas como: La creación del Plan Colombia (1999), la extradición de líderes de cárteles a su jurisdicción penal y la vinculación económica agro exportadora con países como Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia, según condiciones de cada país (Klingner y Moreno, 2014, p. 241)

632

Un panorama sumamente complicado de evaluar en particular porque el narcotráfico representa “dos aspectos” de un mismo problema, pero que por condiciones de geopolítica sólo registra una acción: la lucha contra el narcotráfico que provoca un contexto financiero de repercusión internacional.

Basamos nuestro fundamento en el hecho particular de que el narcotráfico, a nivel de problema de salud pública, no genera la misma importancia en particular cuando a los Estados Unidos también la afecta otras formas de narcotráfico y sobre ellas no se ha generado ninguna acción formal o directa de parte del Gobierno Federal.

En cambio, las acciones vinculadas al lavado de activos sí registra una notoria importancia, en particular porque a través de esta acción directa puede controlar el beneficio económico que produce dicho flagelo en su propia jurisdicción.

5. Una nueva geopolítica en la región

Tomando en cuenta que a la firma del Acuerdo de Paz en Colombia se producirá un nuevo contexto en el ámbito internacional, surge la necesaria

evaluación de que acciones ejecutarán los grupos vinculados a la comercialización de la pasta básica de cocaína en la región.

Ante este contexto es que podemos plantar algunas situaciones especiales:

- a) Los gobiernos de Perú y Colombia, en forma particular, optarán por ampliar el nivel de intervención de sus Fuerzas Armadas y Fuerzas Militares en las regiones donde habitualmente se registraban cultivos de hoja de coca o se registraban zonas de aterrizaje en el cual se transportaba pasta básica de cocaína. La búsqueda de una legitimidad del Estado en zonas de cultivos ilícitos es una proyección que se viene ejecutando desde hace más de veinte años en la región (Bermúdez-Tapia, 2018, p. 167).

Esto provocará en forma directa el incremento de los precios de la pasta básica de cocaína en México y en los Estados Unidos, sobre todo, con lo cual la participación de grupos de narcotraficantes en ambos países provocará nuevos escenarios de acción.

- b) Tanto en Perú como en Colombia se generará una ampliación y mejoramiento de las vías de comunicación que provocará una mayor integración de los territorios tradicionalmente ocupados por grupos terroristas al ámbito nacional.

633

La productividad y la industrialización de zonas tradicionalmente desfavorecidas provocará una limitación en el cultivo de hojas de coca en el Perú, generándose en forma directa el incremento de los mismos en Bolivia.

- c) Las conexiones en tercer nivel del narcotráfico a nivel de lavado de activos, provocará la identificación de los principales ejes de manejo de capitales provenientes de la coca y ello provocará el incremento de la corrupción en los gobiernos de Perú, Colombia y México, dado que esto resultará mucho más rentable que generar la misma acción en los Estados Unidos de América.
- d) Se modificarán los mecanismos de traslado de pasta básica de cocaína y provocará nuevos acuerdos migratorios y de traslado de mercancías a nivel de aduanas con los Estados Unidos de América, Europa y Asia en detrimento de las soberanías de Perú, Bolivia, Colombia y México, quienes serán condicionados con nuevos mecanismos reglamentarios que elevarán los costos de transporte de exportación e importación.

Como se podrá observar, no resulta difícil ejecutar una proyección sobre la base de los registros históricos frente al problema del narcotráfico, el cual ha reformulado sus estrategias de operatividad cada vez que se ha visto limitada por los Gobiernos de los países involucrados en la cosecha, producción, transporte y distribución de pasta básica de cocaína.

6. Conclusiones

En el ámbito de las relaciones internacionales, surgen mecanismos de interacción entre diferentes países supeditados a diversos factores o condiciones. Factores políticos, económicos, comerciales o militares son esencialmente los puntos referenciales en los cuales se establecen las nuevas relaciones internacionales entre países cuya categoría no es equivalente en el contexto mundial.

Sobre esta referencia, es previsible que las relaciones internacionales y la geopolítica vinculada al tratamiento del narcotráfico sea reformulado en función al retiro del escenario de las FARC-EP, situación que provocará que otras organizaciones procuren llenar dicho espacio para así mantener la actividad ilícita.

De este modo, surgirá un nuevo esquema de diseño de la geopolítica regional para así afrontar un mismo problema pero bajo una perspectiva orgánica. Una situación muy particular que permite evaluar el próximo contexto internacional en la región latinoamericana en particular por los efectos del Acuerdo de Paz en Colombia, donde el narcotráfico que operaba en dicho país ha perdido un aliado estratégico, factor que obligará a modificar las acciones de los gobiernos de Chile, Colombia, Perú y México.

634

Bibliografía

- ALVES, F. A. (2012). Entre las FARC y MST, entre la violencia en el campo y la policía del Estado en América Latina. *Memorias: revista digital de historia y arqueología desde El Caribe*, (17), 9.
- BASOMBRÍO, C. y ROSPIGLIOSI, F. (2006) *La seguridad y sus instituciones en el Perú a inicios del siglo XXI. Reformas democráticas o neomilitarismo*. Lima: IEP.
- BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel (Editor) (2010) *El caso Fujimori*. Lima, Ediciones Caballero Bustamante

- BERMÚDEZ-TAPIA, M. (2012) La lucha contra acciones vinculadas al terrorismo en el Perú. *RAE, Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. (53), 9-10
- BERMÚDEZ-TAPIA, M. (2018) Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho, en Martínez Lazcano, A. J. e Islas Colín, A. (Eds.) *Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, p. 167-186
- BERMÚDEZ-TAPIA, M. (2019 noviembre) Enfrentando al macodelito desde el Estado. *Actualidad Penal*. (65), 277-288
- BERMÚDEZ-TAPIA, M. (2020). The influence of military strength on national sovereignty in international relations. *Revista Científica General José María Córdova*, 18(30), 291-306.
- BERMÚDEZ-TAPIA, M. y Sierra-Zamora, P. (2020) El cambio de la geopolítica internacional frente al narcotráfico tras el Acuerdo Final en Colombia, 101-111, Bermúdez-Tapia, Manuel, Sierra-Zamora, Paola y Fernández Osorio, Andrés (Editores). *El Estado ante emergencias sociales*. Bogotá: ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9789585284869.05>
- CHERNICK, M. W. (1998). Las dimensiones internacionales de los conflictos internos de América Latina: de la guerra fría (a la paz negociada en Centroamérica) a la guerra antinarcótica. *Colombia Internacional*, (41), 5-43.
- CONTRERAS, C. (2014) *Historia mínima del Perú*. México: El Colegio de México.
- DE LA PEDRAJA, R. (2016) Free trade and social conflict in Colombia, Perú and Venezuela: confronting U.S. capitalism, 2000-2016. Jefferson, North Carolina: McFarland & Company Inc. Publishers.
- DEL ALCÁZAR, J. (2007) *Historia contemporánea de América*. Valencia: Universitat de Valencia
- JASKOSKI, M. (2013) *Military politics and democracy in the andes*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- JURADO JURADO, J. C. (2015). Guerra y Nación. La guerra civil colombiana de 1851. *Historiolo. Revista de historia regional y local*, 7(14), 99-140.
- KLINGNER, D. Y Moreno Espinoza, R. (2014) *Using the "narcotrafico" threat to build public administration capacity between the US and Mexico*. Nueva York: CRC Press.
- MARCY, W. (2010) The politics of cocaine: how U.S. foreign policy has created a thriving drug industry in Central and South America. Chicago: Chicago Review Press.
- MENDOZA CORTÉS, P. (2020). Inteligencia y contrainteligencia militar frente a fallos y desafíos. El caso de Culiacán, México (2019). *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (26), 37-56.
- OSPINA OVALLE, Carlos Alberto (2020) *Más allá del Magdalena: Crimen, violencia y Guerrilla (1948-1964) Cómo se contrarrestó la violencia generada por liberales, conservadores y comunistas*. Navas-Camargo, Fernanda (Editora). Bogotá: Planeta y Escuela Superior de Guerra

- RESTREPO, A. L. (2005). Conflicto interno y narcotráfico entre 1970 y 2005. *A. Rangel, Narcotráfico en Colombia Economía y Violencia*, 183-226.
- RINCON, M. C. (2020). No soy un robot: la respuesta de López Obrador a la polémica por saludar a la mamá del Chapo en Sinaloa. *CNN Wire Español*, NA-NA.
- SANTANA, A. (2004) *El narcotráfico en América Latina*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- SIERRA ZAMORA, P. A., & Bermúdez Tapia, M. (2021). La incidencia del narcotráfico en las altas esferas del gobierno peruano. *Novum Jus*, 15(2), 259-293. <https://doi.org/10.14718/10.14718/NovumJus.2021.15.2.10>
- SIERRA-ZAMORA, P. A. y Bermúdez-Tapia, M. (2020 a) La invisibilidad de la identificación de víctimas en las fuerzas militares y el inicio de una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz. *Vniversitas* (69). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.iivf>
- SIERRA-ZAMORA, P. A.; Sierra Aponte, S., Bermúdez-Tapia, M. y Fernández Osorio, A. E. (2020 b). El papel de las Fuerzas Militares en el control y erradicación de los cultivos ilícitos en Colombia y Perú ante los desplazamientos forzosos, 53-84, Bermúdez-Tapia, M., Sierra-Zamora, P.A, y Fernández-Osorio, A.E. (Eds.) *El Estado ante emergencias sociales*. Bogotá: ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9789585284869.03>
- SIERRA-ZAMORA, P.; Bermúdez-Tapia, M. y Fernández Osorio, A. E. (2020) Las diferencias entre Colombia y Perú en la finalización del conflicto armado interno, 85-100, Bermúdez-Tapia, M., Sierra-Zamora, P. A. y Fernández Osorio, A. E. (Editores) *El Estado ante emergencias sociales*. Bogotá: ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9789585284869.04>
- STACK, R (2007) *Los cárteles de México: pasado, presente y futuro*. México: Crystal Entertainment.
- TOKATLIÁN, J. (2000) *Globalización, narcotráfico y violencia: siete ensayos sobre Colombia*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma.
- TORRES, A. (2009) *El juego del camaleón: los secretos de Angostura*. Quito: Eskeletra Editorial.
- TORRIJOS RIVERA, V. (2009). Colombia, las FARC y la legítima defensa. *Revista Política y Estrategia*, (113), 175-190.
- TORRIJOS RIVERA, V. (2018). Un nuevo panorama para Colombia: apreciación estratégica del post-acuerdo entre el gobierno y las FARC-EP. *Revista Política y Estrategia*, (132), 185-205.
- VILLAMARÍN PULIDO, L. (2014) *La selva roja*. Bogotá: Ediciones LAVP.

Referencias digitales

- El Comercio (2018, 13 de abril) *Edwin Vergara, un congresista bajo sospecha a causa de su ex socio*. <https://elcomercio.pe/politica/edwin-vergara-congresista-sospecha-negocios-narco-noticia-511733-noticia/>

El Diario Internacional (2007) *Polay Campos: la capitulación en un libro*. Ubicado en <http://www.eldiariointernacional.com/spip.php?article1388>

IDEHPUCP (20120, 24 de agosto) Observatorio anticorrupción: Casos emblemáticos: CNM Audios (Cuellos Blanco del Puerto). <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/03/27203910/REPORTE-CUELLOS-BLANCOS.-pdf.pdf>

La República (2020, 20 de enero) *Pitufeo electoral*. <https://larepublica.pe/politica/2020/01/20/pitufeo-electoral-la-mitad-mas-uno-juan-de-la-puente/>

UPSJB (2021) *Análisis del impacto político, económico y social de la corrupción en la gestión pública*. Proyecto de investigación desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista aprobado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación N° 017-2021-VRI-UPSJB. https://investigacion.upsjb.edu.pe/docentes_investigacion/

**JURISPRUDENCIA
COMENTADA**

Competencia del Tribunal Constitucional en la configuración de las políticas de gobierno: La sentencia estructural

Apropósito del Caso Luigi Calzolaio,
Exp. 02566-2014-PA/TC-Arequipa

✉ MARIO GONZALO CHAVEZ RABANAL*

1. El Tribunal Constitucional y la defensa de la Constitución

El Tribunal Constitucional peruano (en adelante el Tribunal) en el expediente N° 02566-2014-PA/TC/Arequipa se pronuncia sobre la tutela de los derechos sociales referido a la eficacia del derecho a la salud, retomando la problemática de la eficacia de los derechos sociales, el rol del Estado y la función tuitiva del Tribunal Constitucional.

Existe literatura en abundancia, generalizada y consolidada sobre los derechos sociales, donde a partir de presupuestos distintos han planteado soluciones a su eficacia, que se pueden categorizar en tres visiones: libertarias, igualitarias (sociales) y deliberativas. En el caso de las propuestas libertarias, en base a la autodeterminación individual fundada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dejan a los individuos para que en función a su autonomía de la voluntad y con el concierto del mercado, como individuos, determinen el acceso a las prestaciones sociales, dotándole al Estado la función de garante de la autonomía y del mercado libre.

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Docente de Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Estudios Generales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, respectivamente. Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Las propuestas igualitarias, enfocándose en la igualdad de oportunidades y de la solidaridad social ha exigido del Estado un actuación activa, abandone su rol pasivo o abstencionista e implemente programas sociales que signifiquen la institucionalidad y la infraestructura donde tornar eficaces los derechos sociales, el horizonte, la meta, es garantizar la calidad de vida de las personas. En estas propuestas el Estado es prestacional, sustituye en algunas materias la voluntad individual por una voluntad legal, asume la función de otorgar prestaciones, el mercado, no es el único entorno donde el individuo tiene la facultad de acceder a las prestaciones, sino, a fin de garantizar que todos los individuos, incluidos los que no quieren o no pueden lograrlo por intermedio del mercado, tengan la oportunidad de acceder a la prestación social, que ahora asume el Estado, desde este enfoque ingresamos también a concebir al mercado como una economía social de mercado.

La otra propuesta que ha planteado soluciones a los problemas de las prestaciones sociales es la solución deliberativa, que pretende superar los postulados subjetivistas e individualistas y la teoría social moderna, elaborando una concepción de la sociedad en base a la teoría de sistemas y el mundo de la vida, para desarrollar una teoría crítica. La propuesta deliberativa propone soluciones a los problemas, como las prestaciones sociales, desde la acción comunicativa consiste en lograr acuerdos racionales entre los participantes, involucrados en la problemática bajo sus pretensiones de validez, pretensiones de validez que se exigen que cuenten con verdad preposicional, rectitud normativa y veracidad expresiva (Habermas, 1987b, p.110). Las soluciones se adopten en base a un dialogo y deliberación adoptando la decisión como si fuese propia en base al convencimiento de la mejor pretensión, se deja a un lado las posiciones individuales, sociales, para asumir la posición que convenza a los involucrados, se deja a un lado la propuesta impuesta por la propuesta deliberada, acordada.

Bajo estos presupuestos se ha encontrado las soluciones a la problemática de los derechos sociales, en algunos casos optando por las libertarias, en otras por las igualitarias y últimamente por las deliberadas.

El presente caso resuelto por el Tribunal Constitucional en el marco de la garantía de los derechos sociales, en concreto del derecho a la salud, se puede abordar desde cualquiera de estas propuestas (libertaria, igualitaria o deliberada), además de identificar el presupuesto por el cual se resuelve la tutela del derecho social invocado, se hace énfasis en la competencia de la defensa de la

Constitución del Tribunal Constitucional peruano con las políticas públicas y su capacidad configuradora.

Se advierte en la presente sentencia que la competencia de los orígenes del Tribunal Constitucional de ser un órgano jurisdiccional que se encarga de resolver pretensiones planteadas ante su fuero, determinando la situación jurídica del caso planteado, de decir el derecho al hecho concreto, que el Tribunal ha evolucionado en sus competencias, y ello tiene sentido, si la propia vulneración de la Constitución ha evolucionado de las formas simples de inconstitucionalidad por la forma o por el fondo a modalidades más sutiles que requieren de unas competencias más especializadas.

Como en su momento se dio en las mal denominadas sentencias manipulativas, también en las sentencia interpretativas y en las exhortativas, donde el Tribunal Constitucional dejó de ser ese órgano que se limita declarar si la ley es compatibles o incompatible con la Constitución, como si se tratase de todo o nada, de blanco o de negro, y pasó a evidenciar que las inconstitucionalidades van más allá del todo o nada, del juego del absoluto, el Tribunal Constitucional evolucionó, se dejó la sociedad del blanco y negro y se ingresó a la sociedad de colores, donde se advirtió que las inconstitucionalidades pueden surcar el mundo del gris, donde una ley bajo determinado uso simbólico del lenguaje puede dejar su inconstitucionalidad.

Se dejó el lado de las sombras y regresó al mundo de la luz, aparecieron las técnicas de la política jurisdiccional del Tribunal Constitucional vertidas en las sentencias supresoras, sustitutivas o aditivas de un dispositivo, cambiando completamente el significado. Esta manipulación para unos y para otros operación, marcó la diferencia entre lo inconstitucional y lo constitucional, la norma en sí misma dejó de ser inconstitucional, el Parlamento no era el único que tenía la potestad de determinar los dispositivos de las leyes, ahora el Tribunal también asumió la función de alterar los dispositivos normativos, y ya no era necesario declarar en su plenitud a ley inconstitucional, el Tribunal Constitucional dejó de hacer sus operaciones quirúrgicas con hachas para empezar a utilizar bisturí.

El Tribunal Constitucional visto después de cien años desde su creación y surgimiento en la sociedad contemporánea gracias al aporte del Hans Kelsen ha ido evolucionando conforme las sociedades han evolucionado y principalmente según se han presentados las modalidades de confrontación entre el poder

político y el derecho, las relaciones del poder político y el derecho no son la misma de hace cien años cuando Kelsen concibió al Tribunal Constitucional, cuando se configuró y difundió por Europa los Tribunales Constitucionales después de la hecatombe de la Segunda Guerra Mundial y en pleno siglo XXI y nuevo milenio las relaciones entre el poder político y el derecho no son lo mismo.

Se ha pasado desde una configuración del poder político desde unos parámetros del libertad convirtiendo al Estado en Estado libertad con funciones precisas en el orden interno y externo, asumiendo el Tribunal Constitucional la función de defensor de la Constitución desde un visión de la libertad, exigiendo que el legislador cumpla con el principio de regularidad en los actos de creación y de reproducción de derecho como garante de la división de poderes y de los derechos fundamentales reconocidos en los derechos civiles y políticos.

Después de la Segunda Guerra Mundial y de observar a las atrocidades que se pueden llegar de no contar con límites a los poderes extremistas, se advirtió la importancia de la democracia y de la defensa de las minorías ante el gobierno transitorio de las mayorías, no era suficiente asegurar los derechos de unos, no era suficiente el equilibrio de poderes que fácilmente quedaba desequilibrado por los gobiernos de facto, no era suficiente decir que el poder es del pueblo y luego arrebatarlo con excusas autoritarias.

644

El Tribunal Constitucional evolucionó desde ese lado de defensor de la Constitución kelseniana y asumió una característica schmittiana de guardián de la Constitución, se dejó esas concepciones románticas de la ley como voluntad del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, para reconocer que la ley también puede hacerse en contra de la voluntad del pueblo y obedecer la voluntad de los intereses de los grupos de poder, las élites, los partidos políticos o los grupos de presión. Se reconoció que también la legislación es el resultado de las fuerzas de poder de una sociedad determinada y a veces esas fuerzas de poder pretenden dirigir a la comunidad por caminos distintos a los delimitados por el contrato originario de los gobernados con su gobierno: la Constitución. El ejercicio regular del poder político también puede socavar el orden constitucional, y no solo la formalidad de la ley, también el poder político ejercido por un gobierno, aun cuando se justifique en la legislación vigente, puede ser inconstitucional. Se evidenció que no solo los gobiernos de facto sino también el poder político ejercido en el marco de un Estado de Derecho puede vulnerar a la Constitución, aun cuando se justifique en el cumplimiento de las leyes vigentes.

2. Tribunal Constitucional y los retos del Estado de bienestar

Las incompatibilidades con la Constitución que se presentan como novedosas y distintas de las ya resueltas y tratadas por el Tribunal Constitucional como las totales o parciales, surgen ahora diferentes por la proactividad del legislador, por las nuevas formas en que se expresa el legislador en el nuevo contexto del Estado de bienestar o también denominado Estado social. Después de la Segunda Guerra Mundial desde Europa se inicia la difusión por el mundo de novedosas competencias del Estado, se adicionó a las omisivas y al mandato de no hacer daño a sus ciudadanos, es decir de no vulnerar los derechos fundamentales, unas competencias positivas o prestacionales, el Estado de bienestar justifica la adopción del Estado de prestaciones sociales para la tutela y protección de los derechos fundamentales, que ahora requieren no solo de no dañar (no vulnerar los derechos) sino de que se implemente una institucionalidad donde se goce, se ejerza los derechos.

En este nuevo panorama el Estado asume las competencias de implementar condiciones institucionales para asegurar los derechos fundamentales, asume el rol de crear las condiciones como su configuración normativa, infraestructura y presupuestaria para la adopción de condiciones que aseguren la plena vigencia de los derechos, pero ya no solo a los derechos de libertad expresados en los derechos civiles y políticos sino a los derechos basados en la solidaridad e igualdad que se han adicionado como los derechos económicos, sociales y culturales.

El Estado tanto teórico como pragmático manifestado como Estado de bienestar (Estado social) realiza una configuración de las decisiones políticas fundamentales de los poderes del Estado en materia normativa, infraestructura y presupuestaria para implementar la eficacia de los derechos sociales, es más, es características del Estado de bienestar su regulación de la economía, se abandonó la economía libre de mercado donde el Estado se desentendía de la economía y se asumió una economía social de mercado, un rol donde participa en la economía, y esto fue posible por la consolidación del Estado de bienestar y su posterior transformación en Estado regulador vigente.

En su uniforme jurisprudencia nuestro Tribunal Constitucional peruano ha puesto en evidencia la función del Estado en materia económica, conciliando la economía libre con la justicia social, estableciendo los supuestos en los que el

Estado está facultado para participar en la economía (justicia social), principalmente por las competencias habilitadas por la Constitución económica. En el Estado social ya no solo el tirano político está prohibido sino también el tirano económico, el que abusa de sus posiciones de dominio en el mercado o impide la libre competencia.

El Estado según las necesidades sociales, oportunidades políticas y viabilidad financiera configura e implementa determinadas condiciones institucionales que materialicen los derechos sociales, esta potestad tanto por la doctrina como la práctica jurisprudencial han identificado a estas funciones como decisiones políticas correspondientes a la teoría de las *political questions* americana, donde dichas medidas de configuración e implementación al ser discrecionales del poder político (Ejecutivo o Parlamento) no se pueden judicializar, no pueden ser sometidas al análisis del juez para determinar si existe un incumplimiento de un mandato de obligatorio cumplimiento que genere el deber o responsabilidad de ejecutar.

Los teóricos afines a la teoría deliberativa han identificado a estas funciones como *normas principios* y no *normas reglas*, normas principios que requieren de una configuración del legislador, y si el legislador no las configura es su discreción, y la fundamentación aceptada sin mayor miramiento ha sido que se justifica su no configuración porque son discrecionales y no se puede obligar lo que no es posible de ser obligado, queda en la mera oportunidad del legislador si las implementa o no, ¿cuándo? no se sabe, no se sabía y no se lo puede obligar. Y claro, las razones que durante el siglo XX se han alegado, y se repiten en este milenio, de forma recurrente hasta automática ha sido que no se cuenta con la viabilidad financiera, no se cuenta con el presupuesto que financie el principio establecido por la Constitución (se olvidan de las grandes pérdidas por la corrupción).

Las teorías libertarias y sociales denominaban a estas normas como normas programáticas, vinculadas principalmente a los derechos sociales, normas sujetas a la voluntad del legislador, y ante esta discrecionalidad no se contaba con recursos judiciales para su exigencia por más que estén estipuladas en la Constitución, parecía que la Constitución si era jurídica para las libertades pero programática para las igualdades, principalmente las que regulaban los derechos sociales.

Ante este escenario se han planteado soluciones de cómo resolver la inactividad del legislador frente a los mandatos “principistas” de la Constitución

referidas a los derechos sociales, y una de las novedades que se formularon fue el uso de la inconstitucionalidad por omisión frente a la inactividad del legislador ante su actuar desproporcional, no razonable e indeterminación temporal de ejecutar el mandato constitucional para tornar eficaz un derecho social. También se optó por utilizar el Proceso de Cumplimiento a fin de solicitar al funcionario renuente de ejecutar la obligación contenida en las normas legales o resoluciones administrativas generales de las cuáles depende el ejercicio de los derechos sociales. También el Amparo ha tenido un rol eficaz en la protección frente a los derechos sociales frente a las excusas programáticas o de no disponibilidad financiera.

La propia evolución del Tribunal Constitucional ha buscado otras alternativas de enfrentar las vulneraciones de los mandatos de la Constitución en lo tocante al goce de los derechos sociales utilizando por ejemplo la figura del estado de cosas inconstitucionales, aplicando la solución dada a un caso particular con efectos generales a los casos iguales o similares sin necesidad de la intermediación procesal. Hasta llegar al estadio actual de la sentencia estructural.

3. La Sentencia Estructural

Y en los tiempos actuales, ante la evolución de las formas de tutela de la Constitución y del rol del Estado de imponer políticas públicas, y el surgimiento de las nuevas formas de inconstitucionalidad, ya se refieran a la inactividad en el establecimiento de las políticas públicas o a los contenidos de las políticas públicas impuestas por el Estado, los Tribunales Constitucionales están encontrando en la técnica de las sentencias estructurales soluciones idóneas para enfrentar los problemas que puedan surgir de las políticas públicas y de gobierno del Estado.

Para Bazán (2014) la sentencia estructural “es conveniente, pero en un marco del constitucionalismo cooperativo. Si el Ejecutivo y/o el Legislativo no cumplen cabalmente los mandatos constitucionales o lo hacen deficitariamente (incurriendo en omisiones inconstitucionales), es posible y aconsejable que los altos tribunales, por medio de, por ejemplo, sentencias estructurales, marquen algunos lineamientos generales para la adopción de políticas públicas o tracen líneas dialógicas con el Legislativo para la expedición de normas necesarias con el fin de garantizar la operatividad de los derechos fundamentales y, así, evitar que continúe el bloqueo a

la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos esenciales de los que el Estado sea parte.”¹

Para Nash (2014) “las sentencias estructurales activan a los órganos del Estado que se han omitido en sus obligaciones constitucionales. De ahí que estas medidas no deben ser vistas como una violación a la separación de poderes, sino una forma de concretar la actividad estatal en una sociedad democrática constitucional, entendida esta como una acción coherente de diversos actores que coordinan esfuerzos en pos de la plena vigencia de los DD HH.”²

En el país de Costa Rica Armijo (2014) nos comenta que “[e]n sus 25 años de funcionamiento, el Tribunal Constitucional costarricense ha dictado algunos fallos estructurales en casos muy puntuales, por ejemplo, la Sentencia 1154-96, en la que se ordena al Ejecutivo continuar el proceso de rehabilitación de la zona donde se ubica el relleno sanitario de Río Azul y llegar al cierre definitivo del relleno con estricto apego a las medidas que garanticen los derechos fundamentales; la Sentencia 2011-13800, que reconoce el derecho de las privados de libertad con orientación sexual diversa de obtener el beneficio de la visita íntima, o la Sentencia 2013-4621, que ordenó a la Presidenta Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social una serie de plazos para la prestación de servicios médicos en el país.”³

En relación a la protección de los derechos sociales que requieren medidas prestacionales o impliquen la implementación de una política pública o de gobierno, el Tribunal Constitucional tiene una técnica idónea para enfrentar este tipo de vulneraciones de la Constitución, en la medida que se supere los presupuestos y las concepciones desfasadas de considerar a las cláusulas constitucionales de derechos sociales solo como normas principio o normas programáticas

- 1 BAZÁN, V. (12 de noviembre de 2014). *El debate sobre las sentencias estructurales*. Legis ámbito jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>
- 2 NASH, C. (12 de noviembre de 2014). *El debate sobre las sentencias estructurales*. Legis ámbito jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>
- 3 ARMIJO, G. (12 de noviembre de 2014). *El debate sobre las sentencias estructurales*. Legis ámbito jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>

y, en cambio, se las trate como normas que imponen obligaciones a los poderes públicos.

Partiendo del presupuesto de que las disposiciones constitucionales de derechos sociales tienen eficacia jurídica y se puede exigir judicialmente el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales en el Perú⁴, la sentencia estructural se manifiesta como la técnica a utilizar por el Tribunal Constitucional en el control constitucional de las políticas públicas en general y en particular referidas a los derechos sociales.

La sentencia estructural también conocida como sentencia piloto (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Abrisketa Uriarte, 2013, Lambert Abdelgawad, 2007) o macrosentencias, busca “concretar la reorganización de una institución social y reparar, a través de la reforma organizacional, el daño que las propias agencias públicas han producido al violar ciertos derechos constitucionales”⁵. Los elementos que permiten arribar en la sentencia estructural son⁶:

1. Afectan a un gran número de personas que por sí mismas, o mediante organizaciones que las representan en juicio, alegan violaciones de sus derechos;
2. Involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos;
3. Implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada, a fin de proteger a toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos del caso. (Rodríguez & Rodríguez, 2015, citado por Miranda, 2018)

La sentencia estructural “opera ante la existencia de problemas generales y reiterados que implican violaciones sistemáticas de derechos fundamentales en contra de un número indeterminado de personas, lleva a cabo un esfuerzo por

4 CHAVEZ, M. (2013). *Eficacia jurídica de los derechos sociales y disponibilidad económica (la exigibilidad del contenido prestacional condicionado de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico peruano)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5 MIRANDA, H. (27 de diciembre de 2018). *Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica*. Ius Doctrina. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777>

6 Ob. Cit.

darle efectividad y fuerza normativa a la Constitución. Los jueces, al comprobar por su experiencia que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de la sentencia) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos y que los casos de sus despachos se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes” (Osuna, 2015, citado por Miranda, 2018).

En relación a los derechos sociales, de forma particular sobre los de contenido prestacional, que exigen determinadas prestaciones del Estado, la sentencia estructural “como garantía jurisdiccional de estos derechos, que se produce por el vacío o la ausencia de dotación de los servicios esenciales por parte de las autoridades públicas, por lo que en la mayoría de los casos no estamos frente a un instrumento ordenador de políticas públicas, sino frente a la reparación efectiva e inmediata de estos derechos, en donde una tutela “no estructural” u ordinaria no es suficiente en aras de proteger estos derechos, sobre todo en los casos de algunos derechos prestaciones”⁷ la sentencia estructural dota de plena eficacia al derecho social prestacional.

650

De este modo la “legitimidad de las actuaciones estatales en materia de DD HH está definida por dos elementos: el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y dotar de efectividad los DD HH consagrados constitucional e internacionalmente. Las sentencias estructurales permiten que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales en materia de derechos con un fuerte contenido prestacional, particularmente, respecto de aquellos grupos que han sido históricamente excluidos y discriminados, como mujeres, indígenas, niños, migrantes, desplazados, entre otros. Así mismo, estas sentencias cumplen un rol central para dar efectividad a los DD HH violados por la omisión de los órganos del Estado encargados de implementar políticas públicas para el cumplimiento de los derechos humanos.”⁸

7 ARMIJO, G. (12 de noviembre de 2014). *El debate sobre las sentencias estructurales*. Legis ámbito jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>

8 NASH, C. (12 de noviembre de 2014). *El debate sobre las sentencias estructurales*. Legis ámbito jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>

4. De la sentencia recaída en el Exp. 02566-2014-PA/TC-Arequipa hacia la sentencia estructural en el Perú

Antecedentes

El señor Luigi Calzolaio interpone demanda de Amparo contra EsSalud-Red Asistencial de Arequipa y la Dirección Regional de Salud de Arequipa a fin de tutelar su derecho a la salud solicitando:

Entregar el medicamento Losartán conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013; ii) sustituir el medicamento ácido acetilsalicílico 100 mg por la Aspirina 500 mg, conforme a lo recetado por el cardiólogo en fecha 24 de mayo de 2013;iii) reprogramar la cita en enfermería del 27 de junio de 2013 para el 24 de junio de 2013, conforme lo ha dispuesto el cardiólogo; iv) programar oportunamente la cita en enfermería para el 23 de julio de 2013, conforme lo ha indicado el cardiólogo; y) programar la cita en cardiología con el doctor Barragán en fecha cercana al 24 de agosto de 2013; vi) reprogramar la cita del 25 de junio de 2013 en medicina general con fecha inmediata para evitar el vencimiento del riesgo quirúrgico, conforme a lo dispuesto en la Historia Clínica N° 242402: vii) cesar de inmediato los maltratos psicológicos a que se ve sometido producto de la deficiente atención brindada; y, viii) superar todos los obstáculos y barreras burocráticos que impiden una atención médica humana y oportuna, y un trato digno. (STC 02566-2014-PA/TC, Antecedentes)

Complementa su pretensión solicitando que la demandada Dirección Regional de Salud de Arequipa cumpla con su deber de supervisar el eficaz funcionamiento del servicio de salud prestado por la demandada EsSalud (organismos públicos para que actúen de forma coordinada).

Sustenta como hechos de la demanda que con fecha 24 de mayo de 2013, obtuvo en el Policlínico Metropolitano de Arequipa un pase para ser atendido por el cardiólogo, a fin de que se le practique el riesgo quirúrgico y pueda ser sometido a la operación quirúrgica a la mama izquierda con el objeto de determinar el estado en que se encuentra el cáncer; si las células cancerosas han llegado a los ganglios linfáticos; cuántos de estos fueron afectados; y si el cáncer se encuentra contenido dentro del ganglio linfático o si se ha extendido fuera de su cápsula exterior hacia el tejido circundante, sin embargo a la fecha de obtención de la cita para medicina general a fin de que se le referencie a una intervención ya había

caducado la vigencia de todos los análisis efectuados en el riesgo quirúrgico. Por ello, tendría que iniciar nuevamente todo el procedimiento previo a la intervención quirúrgica.

Asimismo, señala que tampoco se le entregaron los medicamentos recetados por el cardiólogo, ofreciéndole entregar otros comprimidos diferentes, además de que las citas de enfermería generan que no reciba los medicamentos oportunamente generando que se quede días sin tratamiento o tendrá que asumirlo bajo su costo. Señala que la Dirección Regional de Salud de Arequipa incumple su obligación de supervisar la atención brindada por EsSalud, contenida en los artículos 9 y 11 de la Constitución, así como tampoco estuvo el funcionario encargado de la Defensoría del Usuario, ni pudo acceder al Libro de Reclamaciones, por lo que no hubo instancia o persona ante la cual efectuar su reclamo.

Instancias judiciales

En las instancias judiciales el Amparo se resolvió por el Segundo Juzgado Civil de Arequipa, mediante Resolución N.º 1, de fecha 3 de junio de 2013, declarando improcedente la demanda, tras anotar que existían otras vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado. En apelación, la Sala revisora confirmó la apelada porque no se verificó la existencia de una situación de gravedad en la que se encontraran comprometidos también los derechos a la vida y a la integridad física o psíquica del actor para que procediera el proceso de paro, puesto que dicha parte no acreditó estar en una situación en extremo grave. Asimismo, siguiendo la teoría desfasada de los derechos sociales condicionados, la Sala señaló:

... tampoco habría violación a los derechos de Luigi Calzolaio si en su caso el demandante se ve obligado a adquirir los medicamentos a su costo, o que las citas médicas se programen en las fechas en las que EsSalud cuente con la disponibilidad para brindar la atención, más aún cuando entre la fecha requerida por el recurrente y la fecha programada solo había tres días. Por tanto, a criterio de la Sala revisora de la judicatura ordinaria, no fue desproporcionado ni excesivo el perjuicio ocasionado en la atención de la salud del demandante. Por otra parte, esa Sala estimó que la remoción de las barreras burocráticas que afectarían la atención oportuna de salud estaba relacionada con la materialización de una política pública de salud, lo cual no podía ser dilucidado a través de un proceso constitucional. (STC 02566-2014-PA/TC, Antecedentes)

Sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional no compartió la justificación del rechazo liminar de la Amparo aplicada por las instancias judiciales, aplicando la uniforme jurisprudencia basada en los principio de principios de economía y celeridad procesal, por lo que ingresó a analizar la cuestión controvertida así como emitir un pronunciamiento sobre el fondo, incluso y de manera excepcional sin vista de la causa (conforme a la doctrina jurisprudencial que se desprende de las SSTC Exps. N°s 04096-2016-HC y 00828-2014-PA.)

En la sentencia el Tribunal encuadra la pretensión del demandante en la protección de la dignidad, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud, a la seguridad social y al acceso a las prestaciones de salud, en concreto, la pretensión se circunscribe a la falta de atención médica que el actor requiere para el restablecimiento de su salud (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 5)

Derecho a la salud

Sobre el derecho a la salud el Tribunal constitucional sostiene la autonomía de la protección del derecho a la salud frente a la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (STC Exp. n.º 5842-2006-PHC). De lo que se confirma que la salud tiene una entidad y valor propios, de tal modo que su carácter de derecho fundamental ni su tutela dependen de su vinculación con otros derechos fundamentales (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 11).

El derecho a la salud como derecho prestacional requiere de una institucionalidad, infraestructura, personal y logística que lo garantice: “oferta de establecimientos médicos (disponibilidad), permitir que las personas de escasos recursos accedan a los servicios de salud (accesibilidad económica), impulsar y fortalecer la salud intercultural en el país (aceptabilidad), y garantizar que los servicios médicos se brinden en condiciones adecuadas de seguridad, oportunidad y profesionalismo (calidad) (cfr. STC Exp. n.º 3228-2012- PA, f. j. 30).” Lo que implica que el derecho a la salud, como derecho social prestacional requiera de la implementación de políticas públicas, de políticas de gobierno que garanticen su eficacia.

Control constitucional y políticas públicas: sentencia estructural

El derecho a la salud al estar conectado con las funciones del Estado ejecutadas por el gobierno de aportar la institucionalidad que lo haga viable, encuentra que “depende del gobierno los medios apropiados para su realización,

las prioridades entre los diferentes componentes de este derecho, así como la profundidad y el momento en que dichos componentes deben ser satisfechos”. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 15)

El Tribunal Constitucional advirtiendo esta relación de derecho fundamental y políticas de gobierno reflexiona:

... en el Estado Constitucional estas competencias son definidos por órganos políticos o de gobierno, órganos que cuentan con la información técnica y económica necesaria para poder adoptar decisiones apropiadas, entonces [¿]cuál es el rol que puede asumir la judicatura constitucional en la tutela del derecho fundamental a la salud, en un contexto en el que existen, o deberían existir, políticas públicas que son competencia de otros agentes[?] (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 15)

Y la respuesta a esta interrogante el Tribunal Constitucional la resuelve en los siguientes fundamentos de la sentencia. Partiendo desde lo que no debe de hacer (la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad de gobierno en la definición de las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los elementos integrantes del derecho a la salud, lo que involucraría una indebida intromisión en las competencias -deliberativas y técnicas- constitucional o infraconstitucionalmente atribuidas a estos órganos) a lo que no debe dejar de hacer (dejar la suerte del derecho a la salud únicamente en manos de quienes formulan y ejecutan las políticas públicas es también inadecuado desde un punto de vista constitucional).

654

Por lo que establece los alcances y los límites razonables para ingresar al control constitucional de las políticas públicas, sobre la base de un esquema que respete el principio democrático y la separación de funciones. En este punto el Tribunal Constitucional está aplicando los criterios de la sentencia estructural (afectan a un gran número de personas, involucran a varios órganos públicos, el tribunal instruye a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada, a fin de proteger a toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos del caso), establece criterios interpretativos sobre las funciones del gobierno, sobre la forma como la estructura del gobierno salvaguarda un derecho fundamental, en el presente caso la salud, en su expresión de atención médica y de medicamentos.

La relación que encuentra el Tribunal Constitucional entre las políticas públicas y la vigencia efectiva del derecho a la salud se ha encuadrado dentro de lo

que se conoce como la figura de la sentencia estructural, que el Tribunal Constitucional peruano lo ha expresado en los términos siguientes:

Las políticas públicas, en tanto conjunto de medidas o acciones organizadas, dirigidas a alcanzar un fin valioso, involucran el ejercicio de competencias por parte de los poderes públicos, y pueden estar referidas, por ejemplo, a su diseño, ejecución, evaluación y control. Cuando dichas políticas públicas se refieren a la protección y promoción de derechos fundamentales, de ellas además puede predicarse que tienen un doble carácter: por una parte, un alcance subjetivo, referido al respeto u optimización de los derechos fundamentales de cada persona, y a la vez uno objetivo, vinculado con el deber estatal de organizar todas las estructuras públicas asegurándose las condiciones para el libre y pleno ejercicio de los derechos promovidos. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 25)

A partir de reconocer el carácter vinculante del derecho a la salud frente a las políticas de gobierno el Tribunal Constitucional como parte de la sentencia estructural dispone como su ámbito de actuación las siguientes:

655

Prohibitivas:

- Al órgano de control de la constitucionalidad no le corresponde participar en el diseño de las políticas públicas, ni decidir cuál opción es más adecuada que otra, no le corresponde priorizar metas ni fijar cuestiones de conveniencia u oportunidad. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 31)
- A la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad administrativa en la definición de las políticas públicas, pues ello significaría violentar las competencias deliberativas y técnicas de los mencionados órganos en la formulación y la materialización de dichas políticas. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 32)
- Al Tribunal Constitucional no le corresponde, en este sentido, fijar directivamente el desarrollo y contenido de las políticas públicas. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 34)

Habilitativas:

- Progresiva adopción de medidas apropiadas, con el objeto es alcanzar de manera paulatina la plena efectividad de los derechos que cuentan con una

dimensión prestacional, como son por excelencia los derechos sociales. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 27)

- El Tribunal Constitucional se encuentra habilitado para controlar las políticas públicas adoptadas por los órganos competentes, de manera más clara cuando éstas responden (o debieran responder) a la satisfacción de derechos sociales(STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 30)
- Al Tribunal Constitucional le corresponde es verificar si se viene dando una dinámica de progresividad, examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud, o tal vez fijar algunos estándares mínimos de adecuación o aceptabilidad. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 35)
- En el ámbito de la justicia constitucional no está en cuestión la corrección o eficacia de la medida empleada, bastará que la norma enjuiciada no incurra en las acciones implementadas que contravengan manifiestamente la promoción del objetivo colectivo señalado por la Constitución o cuando las acciones adoptadas constituyan medios absolutamente inidóneos para procurar en algún grado el objetivo identificado por la Constitución y se encuentren, a su vez, prohibidos por otras “normas directrices” que anida la misma Ley Fundamental. (STC Exp. n.º 00021-2010-A1, f. j. 71)
- Sí pueden evaluarse jurídicamente la forma que adquieren dichas políticas o los requisitos que se deben cumplir para ser consideradas como constitucionalmente adecuadas (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 37)

656

Criterios a partir de los cuáles el Tribunal Constitucional arriba a la determinación de las pautas para el control de las políticas, control que es un claro ejemplo de una sentencia estructural, y aunque con sus limitaciones, es un paso en la búsqueda de la tutela de los derechos que implican la configuración de las actuaciones de los poderes del Estado:

Test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas:

Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud.

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 a la salud 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 a la salud. 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 a la salud; *déficits de razonabilidad*, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y *déficits de protección básica o elemental*, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud.

Déficits de confrontación de problemas estructurales en salud: 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. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 39)

Finalmente el Tribunal Constitucional resuelve:

EsSalud deberá realizar todos los tratamientos y diagnósticos necesarios al recurrente para que pueda ser intervenido quirúrgicamente con el propósito de combatir o curar las enfermedades que padece. Además, debe practicársele el tratamiento posoperatorio o, en su defecto, los tratamientos imprescindibles para el restablecimiento de su salud. Asimismo, se le debe proporcionar las medicinas que necesite atendiendo a lo prescrito por el

médico especialista, todo lo cual coadyuvará que cesen o se atenúen las afecciones psicológicas alegadas por el recurrente. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 52)

Y como expresión de la sentencia estructural dispone que en el sector de salud, de forma estructural en la organización del Estado, se adopten las medidas idóneas y adecuadas para asegurar el derecho a la salud de los asegurados:

... disponer que Susalud supervise todas las prestaciones de salud que realiza EsSalud, con el propósito de que sean vencidos todos los obstáculos y barreras burocráticas que impidan o limiten una atención médica humana y oportuna, así como un trato digno de los pacientes y usuarios. (STC 02566-2014-PA/TC, FJ. 54)

...

Disponer que la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Susalud) supervise el tratamiento del recurrente y otros casos especialmente urgentes, como el presente, en los cuales se aprecie que se obstaculiza la operación y suministro de medicamentos de pacientes con enfermedades graves o terminales. (STC 02566-2014-PA/TC, ha resuelto, 3)

Decisión que manifiesta y pone en evidencia las características de la sentencia estructural: a) involucra a un gran número de personas, b) involucran a varios órganos públicos, y, c) el tribunal instruye a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada, a fin de proteger a toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos del caso.

En razón a ello afirmamos y sostenemos que en el Perú materialmente el Tribunal Constitucional ha hecho uso de la sentencia estructural para tutelar el derecho a la salud del demandante, que sin embargo, la decisión adoptada no solo beneficiará al demandante sino a todos los usuarios del sistema de salud en el Perú, involucrando a varios órganos estatales y que estos actúen según las directrices del Tribunal Constitucional para proteger a la población afectada.

5. Conclusiones

El Tribunal Constitucional peruano sin haberlo expresado formalmente en el presente caso ha utilizado materialmente lo que en el derecho constitucional

comparado se ha denominado la sentencia estructural para optar por una tutela del derecho fundamental a la salud, configurando la actuación de los órganos de gobierno en su diseño de pertinencia, oportunidad y necesidad sujetas a condiciones ya no de discrecionalidad política sino de cumplimiento de deberes constitucionales, ante los cuáles se cuenta con los recursos judiciales para exigir su cumplimiento.

Con esta sentencia se pone énfasis que en el derecho constitucional peruano también se ha recogido la figura constitucional de la sentencia estructural, se ha superado las visiones de principios o mandatos de optimización de los derechos sociales, de normas programáticas, para tornarlos en reglas, reglas que se dirigen a los órganos de gobierno, a los órganos políticos, para que ejecuten obligaciones contenidas que se desprenden del derecho fundamental social.

La sentencia estructural se dirige a las políticas públicas para que protejan y promuevan los derechos fundamentales en su doble carácter: subjetivo: respeto u optimización de los derechos fundamentales de cada persona; y, objetivo: vinculado con el deber estatal de organizar todas las estructuras públicas asegurando las condiciones para el libre y pleno ejercicio de los derechos promovidos, es decir, configura la institucionalidad, infraestructura y disponibilidad financiera que sirven de soporte para el goce de los derechos, en especial los derechos sociales.

El fallo sobre la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República

¿El poder que pende de un hilo?

✍ LUCIANO LÓPEZ FLORES*

A mi querido amigo, José Luis Larenas Nieri.
In memoriam

“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”.

Tribunal Constitucional del Perú
(fundamento 9° de la STC N° 005-2005-CC/TC)

661

* Especializado en Derecho Constitucional y Derecho Procesal, con 25 años de ejercicio profesional y 18 de docencia universitaria. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional por la misma Universidad y con título de Abogado expedido por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP, así como de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Constitucional de la USMP. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ex miembro del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Ex Profesor de la Academia de la Magistratura. Ex Jefe de Gabinete de la Presidencia y la Mesa Directiva del Congreso de la República (2011-2012). Autor de las obras “Anatomía del Transfuguismo” (Lima: 2012, Emma Cátedra Editores) y “Cuestión de (des)confianza” (Lima: 2019; Legisprudencia.pe) y de más de 40 artículos publicados en revistas académicas nacionales y extranjeras. Fundador del Grupo LF Legal. Socio Principal del Estudio Luciano López Flores & Abogados. Miembro ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. www.lopezfloresfirma.com luciano@lopezfloresfirma.com

1. Introducción

En la antigüedad clásica, el destino estaba presente tanto en la religiosidad popular como en la religión oficial, en las especulaciones filosóficas, en la literatura y en el arte (CARBÓ y PÉREZ, 2009: 143). Así, en la mitología griega, el destino estaba representado por las *Moiras*, divinidades que inspiraron a las *Parcas* de la mitología romana, aunque éstas se diferenciaron de las primeras en la individualización clara de tres personajes, cada uno con sus propios atributos que permiten su identificación: *Nona*, asociada al huso y la rueca; *Decima*, con el hilo de la vida; y *Morta*, con el globo, la varita y el libro de la vida (CARBÓ y PÉREZ, 2009: 146).

Se trataba de divinidades de singular importancia porque decidían la vida de los humanos y de los dioses. *Nona* estaba asociada con el nacimiento y era la que hacía girar el hilo de la vida en la rueca. *Decima* lo estaba con el matrimonio, mientras que *Morta* a la muerte (GONZALES y PLAZA, 2015: 87). Se dice que del mito de las *Parcas* romanas surge la expresión “*la vida pende de un hilo*”.

662

En las complejas relaciones de la política, específicamente aquellas que tienen por protagonistas a los poderes Ejecutivo y Legislativo, la Constitución que hoy nos rige le ha dado a éste último una poderosa herramienta con la cual *cortar el hilo del destino* del líder del Ejecutivo e impedirle que siga gobernando hasta culminar el periodo de cinco años para el cual fue elegido por el electorado: la declaración de *vacancia por [su] permanente incapacidad moral* (inciso 2° del artículo 113° de la Constitución).

El asunto es que esa herramienta es tan poderosa como impredecible: la Constitución no ha establecido situaciones precisas para su uso, generando problemas de interpretación. Y, así, ante tal imprecisión, el destino del periodo presidencial *pende de un hilo* porque puede *cortarse* por una decisión arbitraria del Congreso.

La notoria *imprecisión* de la cual adolece la causal de vacancia por incapacidad moral del presidente de la República motivó que surjan propuestas para su reforma tras la caída del régimen dictatorial fujimorista en el año 2000: aquellas contenidas en el informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional (2001), así como de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (2019), respectivamente. Lamentablemente, ambas no lograron ser recogidas y debatidas en el Parlamento Nacional.

Pero, además, surgió una oportunidad histórica para, cuando menos, intentar colocarle límites que evitaran su uso arbitrario y desestabilizador: el proceso competencial promovido ante el Tribunal Constitucional, el 14 de septiembre de 2020, por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República debido a la admisión a trámite, por parte de éste último, de la Moción de Orden del Día 12090 que planteaba la *vacancia por permanente incapacidad moral* del ex presidente Martín Vizcarra Cornejo (Expediente N° 0002-2020-CC/TC).

Sin embargo, luego de que, por mayoría, fuera admitida a trámite la demanda por auto del 17 de septiembre de 2020¹, que el Congreso de la República la contestara el 11 de noviembre del mismo año y que se produjese el contradictorio con la participación de diversos *amicus curiae*², el 19 de noviembre de 2020 el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia 778/2020 en la cual –por mayoría de cuatro votos– *desestimó* la demanda, pero sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión³. Los magistrados que hicieron sentencia en mayoría sostuvieron que, al momento de fallar, se había producido la *sustracción de la materia*.

En mi opinión –y como me ocuparé de abordar en este trabajo– la *sustracción de la materia* no tenía sustento ni a la luz de los antecedentes jurisprudenciales del máximo contralor constitucional y, menos aún, de las circunstancias históricas que nunca antes había demandado del Tribunal Constitucional –a propósito del único caso de conflicto competencial por menoscabo de atribuciones

- 1 Tal como dio cuenta la *razón de relatoría*, la señora magistrada Ledesma Narváez y los señores magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), haciendo resolución, votaron, en mayoría, por *admitir* a trámite la demanda de conflicto competencial. El magistrado Blume Fortini, en minoría, emitió un voto singular declarando *improcedente* la demanda. *Cfr.* <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC%20Admisibilidad.pdf> Consultado: 1° de marzo de 2021.
- 2 Entre el 16 de octubre y el 16 de noviembre de 2020, pidieron participar en tal calidad el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo y otros profesores del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Instituto de Defensa Legal; el abogado Natale Amprimo Plá; la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y la ex parlamentaria Doña Patricia Donayre Pasquel. *Cfr.* Sentencia 778/2020, pp. 5-6. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf> Consultado: 1° de marzo de 2021.
- 3 La razón de relatoría contenida en dicha sentencia da cuenta que los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar improcedente la demanda, además de formular, cada uno, fundamentos de voto. La magistrada Ledesma (ponente) y el magistrado Ramos votaron por declarar, entre otros aspectos, fundada en parte e improcedente en un extremo la demanda de conflicto competencial; mientras que el magistrado Espinosa-Saldaña votó por declararla fundada.

promovido por el Poder Ejecutivo sobre vacancia del presidente de la República por la causal de “permanente incapacidad moral” en veintisiete años de vigencia de la Carta de 1993— su labor de supremo intérprete de la Constitución, de tal manera que la imprecisión de la causal pueda tener límites en su uso, poniendo coto a cualquier arbitrariedad del Parlamento Nacional de cara al futuro.

Así, lamentablemente, el Tribunal Constitucional, por un lado, perdió la oportunidad de evitar que el destino de un periodo presidencial de cinco años *penda de un hilo* por la arbitrariedad del Congreso; y, por otro, renunció, de cara a situaciones futuras, a su *rol pacificador* al cual se ha referido, en diversas oportunidades, en su jurisprudencia.

Por ello, éste trabajo tiene varios propósitos para el análisis. En primer lugar, desnudar la fragilidad argumentativa de la posición mayoritaria que logró hacer sentencia para desestimar la demanda. Para ello, me propongo analizar y plantear argumentos que desvirtúen aquellos expuestos por la posición mayoritaria conformada por los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón, de tal manera que demuestre que, además de no tomar en cuenta tres hechos notorios y de pública evidencia que requerían su pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por el rol pacificador del Tribunal Constitucional, autoimpuesto en su propia jurisprudencia, aplicó, indebidamente, la “sustracción de la materia” a extremos del petitorio de la demanda competencial del Poder Ejecutivo cuya naturaleza importaba la emisión de una sentencia declarativa que, en modo alguno, quedaba afectada por el hecho de que el procedimiento parlamentario de la Moción de Orden del Día N.º 12090 hubiera agotado sus efectos al momento de expedir sentencia en el Expediente N.º 0002-2020-CC/TC.

En segundo lugar, pasaré revista a los votos singulares de la magistrada Ledesma y de los magistrados Ramos y Espinosa-Saldaña, que se inclinaron por declarar *fundada* la demanda, tanto en parte como en todos sus extremos. Y, finalmente, plantearé mi posición en torno a la necesidad de ingresar, en serio, en una reforma constitucional que aborde la responsabilidad del jefe de Estado que, considero, es en realidad lo que subyace tras la experiencia práctica de la “*vacancia por permanente incapacidad moral*”, durante la vigencia de la Constitución de 1993.

Así las cosas, antes de abocarme al desarrollo de este planteamiento, no quiero dejar de agradecer la invitación del Centro de Estudios Constitucionales

del Tribunal Constitucional del Perú para publicar este trabajo en su prestigiosa revista, pero, sobre todo, por la apertura de dar tribuna a la libre expresión de un análisis crítico de la Sentencia 778/2020 como el que aquí planteo. El país necesita debatir en torno a tan importantes cuestiones constitucionales. Está en juego la estabilidad democrática en las relaciones –la mayoría de las veces, tensa– de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en un Perú que, en su bicentenario, intenta construir una democracia sólida, estable y duradera.

2. Sobre la posición mayoritaria de la Sentencia 778/2020: razones para sostener que se perdió una oportunidad histórica para dar estabilidad democrática a las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo

2.1. Crónica de un quinquenio presidencial inestable

El 10 de septiembre de 2020, congresistas de diversas bancadas del Congreso de la República, presentaron la Moción de Orden del Día 12090⁴ en la cual pidieron que se declare la permanente incapacidad moral del presidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, en estricta aplicación del inciso 2° del artículo 113° de la Constitución Política de 1993. Era, en ese momento, la tercera moción de vacancia que impulsaba el Congreso de la República en el quinquenio 2016-2021 y la cuarta durante la vigencia de la Constitución de 1993⁵.

4 El contenido de la Moción de Orden del Día 12090 está disponible en: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Mociones_de_Orden_del_Dia/Vacancia/MC1209020200910.pdf Consultado: 2 de marzo de 2021.

5 Durante la vigencia de la Constitución de 1993, se han promovido, en total, cinco pedidos de vacancia presidencial, invocando la causal prevista en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución. La primera, en el año 2000, fue contra el ex presidente Alberto Fujimori, al huir a Japón luego de enviar una comunicación al Congreso de la República *renunciando* a su cargo. El Parlamento no le aceptó la renuncia y lo vacó por su “permanente incapacidad moral”. Y las otras cuatro se han producido, todas, en el quinquenio 2016-2021. Dos contra el ex presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski. La primera fue admitida a trámite y debatida, pero no logró los votos necesarios en el Pleno del Congreso de la República para ser aprobada. La segunda fue promovida al divulgarse unos audios que develaron que el ex parlamentario Kenji Fujimori, presuntamente, había *captado* a otros congresistas para que votaran en contra de la vacancia del ex presidente Kuczynski a cambio de que éste último indultara al padre del congresista Fujimori, el ex dictador Alberto Fujimori. Al admitirse a trámite esta segunda Moción, el ex presidente Kuczynski renunció. Las otras dos fueron contra el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo, representadas en la Moción de Orden del Día N.° 12090 y la 12684 sobre la cual me pronunciaré más adelante (*infra* 2.3.).

Como bien dio cuenta la prensa internacional, tal iniciativa tuvo su origen en una denuncia periodística de mayo del año 2020 sobre una serie de contratos del Ministerio de Cultura con Richard Cisneros, un cantante relativamente desconocido en el país que se hacía llamar Richard Swing (BBC NEWS, 2020). De acuerdo con la denuncia, Cisneros se había beneficiado con unos nueve contratos durante los últimos tres años para ofrecer *charlas motivacionales* a funcionarios del ministerio de Cultura –gracias a la cercanía y respaldo del primer mandatario– por las que habría facturado unos US\$50.000, aproximadamente, a pesar de que se trataba de actividades aparentemente ajenas a la experiencia y formación del cantante (BBC NEWS, 2020).

El caso venía siendo investigado en el seno de la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República. Y es allí donde el legislador opositor (y, a su vez, presidente de la referida comisión parlamentaria), Edgar Alarcón, divulgó el jueves 10 de septiembre de 2020, en la sesión plenaria del Congreso de la República, unos audios que, según dijo, le fueron remitidos de forma anónima.

666

Ese mismo día se elaboró y presentó la Moción de Orden del Día 12090. En su contenido se dijo que con esos audios “se evidencia que el señor Presidente de la República, señor Martín Alberto Vizcarra Cornejo, instruye a sus asesores para obstruir las investigaciones en curso, las cuales se llevan a cabo en la Comisión de Fiscalización y Contraloría y en el Ministerio Público”. Y agregó:

“Por tanto, se denota que el Presidente de la República ha utilizado el aparato público para evadir la investigación de una Comisión Investigadora del Congreso de la República, bajo excusas jurídicas que violan abiertamente una sentencia de público conocimiento emitida por el Tribunal Constitucional”.

La propuesta para admitir a debate la destitución del presidente de la República, Martín Vizcarra, por supuesta “permanente incapacidad moral”, fue aprobada por 65 votos a favor, 36 en contra y 24 abstenciones (BBC NEWS, 2020). Esto motivó que el 14 de septiembre de ese mismo año, Luis Alberto Huerta Guerrero, procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo, interponga demanda competencial contra el Congreso de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros autorizando la interposición de la acción.

El caso fue planteado como un conflicto de competencias *por menoscabo de atribuciones en sentido estricto*⁶, puesto que, tal y como se lee en los *antecedentes* de la posición mayoritaria de la Sentencia 778/2020, en líneas generales, el demandante sostuvo que:

“[...] los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son:

- i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día 12090); y,
- ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia como resultado de la admisión a trámite de la moción.

El demandante refiere que un elemento esencial de todo Estado Constitucional es el respeto al principio de separación de poderes. Por ello, el uso indebido por parte del Congreso de la República de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contraviene el principio de separación de poderes”.

667

2.2. Las “razones” invocadas para la “sustracción de la materia”

En correspondencia con los dos actos que motivaron la interposición de la demanda, la posición mayoritaria de la Sentencia 778/2020 –suscrita por los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada– desestimó la demanda por *sustracción de la materia* con base a estas razones (*cf.* fundamentos 5 a 8):

6 En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el conflicto de competencias *por menoscabo de atribuciones* es una variante del *conflicto positivo* que “se presenta cuando una entidad estatal, al ejercer indebidamente sus competencias, entorpece la labor de otra sin haber invadido, en rigor, la esfera de sus competencias. No se discute la titularidad de una competencia determinada sino la forma en la que ésta se ejerce material o sustancialmente” (COMISIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y COMPETENCIALES, 2016: 67). Se sub clasifica, a su vez, en “[c]onflicto constitucional *por menoscabo en sentido estricto*, que se produce cuando, a pesar de estar perfectamente delimitadas las competencias de las entidades estatales intervinientes, una de éstas las ejerce de manera inadecuada o prohibida impidiendo así a las demás ejercer las suyas a cabalidad [y] [c]onflicto constitucional *por menoscabo de interferencia*, que se produce cuando las competencias de dos o más entidades están relacionadas entre sí hasta el punto en que una de éstas no puede ejercer las suyas sin que la otra realice determinadas actuaciones” (COMISIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y COMPETENCIALES, 2016: 68).

- 668
- i) “Como es de público conocimiento, la Moción de Orden del Día 12090, fue debatida y votada por el Pleno del Congreso de la República el 18 de setiembre de 2020, y no prosperó porque alcanzó únicamente 32 votos conformes, rechazándose así el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral vinculada con los presuntos actos en los que habría intervenido el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo para la contratación del señor Richard Cisneros”. Por consiguiente, al no haber prosperado el trámite de vacancia, se consideró que no correspondía al Tribunal Constitucional pronunciarse debido a que, a la fecha de emitir sentencia, “se ha[bía] producido la sustracción de la materia controvertida”.
 - ii) “[E]n anterior pronunciamiento, [el] Tribunal [optó] por emitir una decisión similar en un proceso competencia[1], debido a que la duración de los plazos procesales, igualmente generaron la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto de un extremo (Cfr. sentencia emitida en el expediente 00004- 2004-CC/TC). Tal forma de resolución de este proceso orgánico no resulta ajena en la jurisprudencia, pues, de hecho, sucede frecuentemente que durante el trámite del proceso pueden producirse hechos que permiten resolver el conflicto extraproceso”. [...] “En tales circunstancias lo que se ha venido haciendo en el ámbito de nuestra jurisprudencia es declarar la existencia de la sustracción de la materia (Cfr. sentencias emitidas en los procesos 00016-2005-AI/TC, 0020-1996-AI/TC y 00024-2006-PI/TC)”.
 - iii) Sin perjuicio de lo anterior, se precisó que esta decisión de declarar la improcedencia de la demanda por *sustracción de la materia*, “no implica en forma alguna que este Tribunal Constitucional abdique de su rol de garante de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, sino que, en esa misma línea, se trata de una decisión que cierra el presente proceso conforme a la Constitución y a la ley, poniendo fin a la incertidumbre sobre el sentido y las consecuencias que, en el momento actual, una decisión de este Tribunal podría tener sobre la titularidad del Poder Ejecutivo y la gobernabilidad del país”.

2.3. Hechos notorios y de pública evidencia “pasados por alto” en una decisión mayoritaria que abdicó del *rol pacificador* del Tribunal Constitucional

Sobre el primer argumento (*supra* 2.2. i), así como la posición mayoritaria consideró que era “de público conocimiento” que la Moción de Orden del Día

12090⁷ fue debatida y votada por el Pleno del Parlamento Nacional el 18 de setiembre de 2020, rechazándose por no alcanzar los votos establecidos en el Reglamento del Congreso; también durante el trámite del proceso competencial se suscitaron una serie de hechos *notorios y de pública evidencia* –que, jurídicamente, es como debe entenderse aquello que llamaron “de público conocimiento”⁸– que debieron ser evaluados por los magistrados que en mayoría formaron sentencia al momento de resolver, esencialmente por el *rol pacificador* –enarbolado en la jurisprudencia⁹– que requería ser puesto en práctica por el Tribunal Constitucional ante la situación de tensión política entre los poderes legislativo y ejecutivo.

¿Cuáles eran esos *hechos notorios y de pública evidencia* que debieron ser también evaluados y que gatillaban la necesidad de que el Tribunal Constitucional emita pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, en vez de aislar su pronunciamiento en torno a la *sustracción de la materia* por la no aprobación de la vacancia del presidente de la República promovida por la Moción de Orden del Día N.º 12090?

En mi opinión, fueron tres.

El primero, qué duda cabe, está representado por el trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12684 en la cual se había formulado un segundo pedido de vacancia por permanente incapacidad moral contra Martín Vizcarra Cornejo. Diez días antes de la emisión de la Sentencia 778/2020, el Pleno del Poder Legislativo la había aprobado con 105 votos a favor, 19 en contra y 4 abstenciones, declarando la vacancia presidencial. Como dio cuenta la prensa internacional, la iniciativa fue impulsada por las acusaciones de corrupción contra el presidente por supuestos hechos acontecidos entre el 2011 y 2014 cuando se desempeñó como gobernador de la región sureña de Moquegua (BBC News, 2020).

7 Referida al pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral vinculada con los presuntos actos en los que habría intervenido el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo para la contratación del señor Richard Cisneros.

8 Según el inciso 1º del artículo 190º del TUO del Código Procesal Civil, los hechos *no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia* no requieren probanza. Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existen casos en los que el Supremo Intérprete de la Constitución ha valorado hechos *notorios y de pública evidencia* para adoptar decisiones (*cf.* fundamento 3º de la RTC N° 04570-2009-PHC/TC, caso Carlos Fernando Raffo Arce).

9 Y que, paradójicamente, también ha sido invocado en el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y en los votos singulares de los magistrados Ledesma, Ramos y Espinosa-Saldaña.

Y si bien es cierto que el Sr. Vizcarra decidió –a diferencia de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090– que mientras encabezaba el Poder Ejecutivo no promovería un nuevo proceso competencial contra este segundo pedido de vacancia, no cabe duda de que más allá de la diferencia factual que motivó las dos Mociones citadas, el cuestionamiento constitucional era, en esencia, el mismo: el presunto *uso indebido*, por parte del Congreso de la República, de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral dada la notoria imprecisión de lo que aquella encarna.

El segundo hecho “de público conocimiento” era que la Moción de Orden del Día N.º 12684 se convertía en la cuarta moción de vacancia que impulsaba el Congreso de la República en solo cuatro años (2017-2020), usando la causal prevista en el inciso 2º del artículo 113º de la Constitución, por lo que urgía un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la interpretación que merece la aludida cláusula constitucional, de tal modo que así establecía cauces que limiten –de cara al futuro– su uso arbitrario por parte del Congreso de la República con base a la fuerza de sus votos, otorgándose mayores garantías al curso del destino del mandato presidencial.

670

El tercer hecho *notorio y de pública evidencia* está representado por los seis días de intensas protestas –ocurridas entre los días 9 a 15 de noviembre de 2020– por la asunción de la encargatura del mandato presidencial de Manuel Merino De Lama que culminaron al lograr su renuncia al cargo de presidente del Congreso, con el saldo de dos personas fallecidas por la desproporcionada represión policial y la elección de una nueva Mesa Directiva del Parlamento, encabezada por Francisco Sagasti Hochhausler, quien asumió el cargo de presidente de la República, conforme a la línea sucesoria dispuesta por el artículo 115º de la Constitución (AGENCIA EFE, 2020). El *rol pacificador* del Tribunal Constitucional en los conflictos políticos y sociales, a través de sus pronunciamientos emitidos en los casos que llegan a su conocimiento, así lo demandaba¹⁰.

10 Uno de los primeros fallos en los que el Tribunal Constitucional destacó su *rol pacificador* fue la STC N° 0005-2005-CC/TC (caso Banco Central de Reserva), en cuyo fundamento 59º lo conceptualizó de la manera siguiente:

“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus

Sin embargo, a pesar de estos tres hechos políticos de suma gravedad, ¿cómo podía ser que los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Miranda Canales y Sardón de Taboada, en desmedro del *rol pacificador* del Tribunal Constitucional, solo evalúen, como hecho “de público conocimiento” (*rectius*, “notorio y de pública evidencia” que no requiere prueba), que la Moción de Orden del Día N.º 12090 haya agotado sus efectos durante el trámite del proceso competencial (porque fue rechazada por el Pleno del Congreso de la República) y simplemente mire de costado a estos tres hechos tan o más *notorios* que el único que evaluó la posición mayoritaria y que motivaban la necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo de la cuestión, insisto, *de cara al futuro*, puesto que Martín Vizcarra ya había sido vacado y no había cuestionado la decisión del Parlamento?

2.4. Las fallas del fallo mayoritario, a la luz de los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero, Blume, Miranda y Sardón

Revisados los fundamentos de voto de los cuatro magistrados que formaron sentencia, a pesar de reconocer la notoriedad pública del primer hecho al cual me he referido antes (*supra* 2.3.), la evaluación explícita del *rol pacificador* del Tribunal Constitucional solo está presente en aquel emitido por el magistrado Blume Fortini¹¹. Y es curioso porque la alusión a dicho rol del Máximo Intérprete

resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”.

11 Dijo lo siguiente:

1. [...] [L]a forma de conclusión del presente proceso (sustracción de la materia) constituye una solución definitiva a la controversia sub litis, generada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que ha sido sometida a dilucidación, y responde al rol pacificador del Tribunal Constitucional; máxime en el marco de las situaciones políticas y sociales que viene atravesando el país.
2. Sobre esto último, la ponencia que en su momento presentó la Magistrada Ledesma Narváez para resolver el presente caso y que no alcanzó el voto favorable de la mayoría de miembros del Colegiado Constitucional, comprendió propuestas que no contribuían a la pacificación del país y olvidó que en casos como el presente los jueces que integramos el Tribunal Constitucional tenemos la obligación de sopesar las consecuencias políticas, sociales y jurídicas que nuestra decisión podría generar; sobre todo si se tiene en cuenta que una de las finalidades que tiene el Tribunal Constitucional, además de contribuir a la pacificación del país, es la de fortalecer el Estado Constitucional, así como a las instituciones que lo integran y fortaleces [sic] el respeto a sus respectivas competencias.

Constitucional permite relieves la importancia –por demás evidente– de los tres hechos *notorios* a los que me he referido antes (*supra* 2.3.) y que gatillaban la necesidad de pronunciarse sobre cómo interpretar la causal contenida en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución.

Disiento con su posición, fundamentalmente por la circunstancia histórica que demandaba su debido pronunciamiento sobre el fondo de la controversia –martillo hasta el hartazgo– *de cara al futuro*. No sólo porque reconoce la existencia del *tercer hecho notorio* al cual me he referido antes (*supra* 2.3.), sino porque en los fundamentos 4° a 6° de su fundamento de voto, el magistrado Blume Fortini –estemos o no de acuerdo con su posición– terminó por pronunciarse sobre cómo interpretar la causal de *permanente incapacidad moral* del presidente de la República. Para él, tiene justificación que se trate de una causal “abierta” para atender “*situaciones de graves actos en los que ha incurrido el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación y es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Frente a esos actos, la mencionada causal se comporta como un mecanismo de control de poder, que habilita a que el Congreso adopte una decisión política con 87 votos*”. Aunque no lo haya dicho explícitamente, para él dicha causal es un instrumento de *control político*.

672

Los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Miranda Canales pecan, en mi opinión, de *formalistas* y no reparan en la *legitimidad* de la decisión del Tribunal Constitucional, de aquella que se funda en la noción que se planteó como línea de base en el fundamento 9° de la ya citada STC N.° 0005-2005-CC/TC: “*La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social*”.

-
3. Por lo demás, en tal dimensión deben tenerse en cuenta el conjunto de hechos y situaciones que se han producido después del archivamiento de la solicitud de vacancia materia de este proceso y que han desembocado en una segunda solicitud de vacancia, autónoma e independiente de la anterior, y en su aprobación; en la aceptación de la misma por parte del ex presidente Martín Vizcarra Cornejo; y en la aplicación de la fórmula de sucesión presidencial establecida en el artículo 115 de la Constitución hasta en dos ocasiones, para finalmente la asunción de la primera magistratura de la Nación por parte del actual mandatario Francisco Sagasti Hochhausler”.

Y es que no salen del encajonamiento –parafraseando la citada STC N.º 0005-2005-CC/TC– de *la pretendida corrección técnico-jurídica*, de carácter procesal, de decir que debían pronunciarse, sola y exclusivamente, de lo que fue puesto a su conocimiento: la Moción de Orden del Día N.º 12090. Y como había un hecho *notorio y de pública evidencia* que debía ser incorporado en tal evaluación (que ya había agotado efectos al no declarar la vacancia presidencial), no cabía pronunciarse sobre el segundo pedido de vacancia porque no era parte del proceso, a pesar de que éste también era otro hecho notorio y de pública evidencia. Procesalmente, *no era materia de litis*, parecieran decir los magistrados Ferrero y Miranda. ¿Y sobre el *rol pacificador* del Tribunal Constitucional? ¿Y la necesidad de *legitimar* la decisión *constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social*, como se dice en la STC N.º 005-2005-CC/TC? Ni una sola palabra.

Y del contenido del fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, al parecer, tampoco él se planteó como problema el rol pacificador del Tribunal Constitucional. Partió de la misma visión de sus colegas Ferrero Costa y Miranda Canales. Dijo:

“[D]espués de planteada la demanda, dicha moción [N.º 12090] fue debatida y votada en el Pleno del Congreso de la República, donde no obtuvo los votos requeridos por el artículo 89-A de su Reglamento para ser aprobada; por tanto, tal moción fue archivada. De esta manera, ocurrió la sustracción de la materia controvertida en este proceso. En un proceso competencial, la materia a evaluarse debe ser un acto concreto de alguna entidad estatal que menoscaba las atribuciones constitucionales de otra entidad estatal. Al desaparecer dicho acto, ya no hay nada que analizar”.

Desde un punto de vista puramente procesal su argumento es correcto. Pero, insisto, desde la perspectiva de la legitimidad constitucional de la decisión, más allá de su “corrección técnico-jurídica”, considero que no.

Ahora bien, cabe también destacar para el análisis que, en su fundamento de voto, el magistrado Sardón de Taboada precisó que consideraba que había una razón adicional para declarar la improcedencia de la demanda competencial: “que se trataba de una cuestión sustancialmente igual a la que ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00006-2003-AI/TC”. Para el aludido magistrado:

“[...] Dicha sentencia precisó el uso de la vacancia por incapacidad moral, sugiriéndole al Congreso incluir en su Reglamento un procedimiento ad-hoc para el trámite de tales mociones. El Tribunal Constitucional también sugirió elevar a dos tercios del número legal de miembros del Congreso la votación requerida para la aprobación de las mismas. Ambas sugerencias fueron recogidas por el Congreso el año 2004, introduciendo el artículo 89-A a su Reglamento. El Tribunal Constitucional no puede ir más allá, como pretenden mis colegas que acogen la presente demanda. El Tribunal Constitucional, vía interpretación, no puede reescribir la Constitución. El inciso 2 del artículo 113 de la Constitución le otorga al Congreso la atribución de declarar la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República en cualquiera de los cinco años de su mandato. El Tribunal Constitucional no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución.

En realidad, de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término “incapacidad moral” podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes decidieron otorgarle al Congreso ese mecanismo de control, y lo hicieron [...]”.

674

Sin embargo, si se afina el lente con el cual observamos lo que sostiene el Magistrado Sardón, pueden distinguirse dos argumentos mezclados con la afirmación de que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre una cuestión “sustancialmente igual” a la planteada en la demanda del Poder Ejecutivo en el Expediente N° 0002-2020-CC/TC: por un lado, la carencia de competencia del Supremo Intérprete de la Constitución para limitar, vía interpretativa, la causal de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República (*political question*); y, por otro, que la anterior tesis se justifica en una interpretación *originalista* y conservadora de la Constitución.

Pero antes de abordar estos dos argumentos, cabe detenerse en la alegación de que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre una cuestión

“sustancialmente igual” a la planteada en la demanda del Poder Ejecutivo en el Expediente N° 0002-2020-CC/TC. Lamentablemente, tal afirmación no se ajusta, en modo alguno, ni a lo que trató la citada STC N.° 0006-2003-AI/TC, y, menos aún, a lo “cuestionado” en la demanda competencial presentada por el procurador Luis Huerta Guerrero contra la Moción de Orden del Día N.° 12090.

Me explico.

La STC N.° 0006-2003-AI/TC fue un fallo emitido en un proceso de inconstitucionalidad planteado por 65 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República¹². Por tanto, no se trató de un caso donde la interpretación de la causal de permanente incapacidad moral del presidente de la República fuera el objeto de la demanda de inconstitucionalidad planteada. Sin embargo, de manera *extra petita*, y atendiendo al contexto político de la época en que se emitió el fallo¹³, en el fundamento 26° de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la necesidad de que, en el Reglamento del Congreso, se regule un procedimiento y se establezca una votación calificada para que el Parlamento Nacional pueda declarar la vacancia del presidente de la República por la causal prevista en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución¹⁴.

12 En la parte referida a los *antecedentes* en el fallo citado, el Tribunal Constitucional precisó que los demandantes alegaron que el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República “supone un desconocimiento de la institución de la inmunidad parlamentaria y que vulnera los artículos 93°, 99° Y 100° de la Constitución, dado que establece que basta una mayoría simple de los presentes en un pleno del Congreso para aprobar una acusación constitucional contra uno de sus miembros, despojarlo de su inmunidad para ser sometido a un proceso judicial e, incluso, suspenderlo en sus funciones, inhabilitarlo o destituirlo”.

13 Coincido, plenamente, con Abraham García Chávarri (2020), que, durante el mandato de Alejandro Toledo, “la votación requerida para vacar al presidente de la República por permanente incapacidad moral fue atemperada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [justamente, la citada STC N.° 0006-2003-AI/TC], cuando quería aplicársele con ocasión de una filiación no reconocida pues al no estar prevista en el Reglamento del Congreso, se estimaba que no resultaba prudente contemplar solo una mayoría simple para una decisión de esa envergadura y repercusión”.

14 Dijo, explícitamente, el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“§3. Sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física

26. Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por “su permanente incapacidad moral o física”. Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables

Así, en modo alguno, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la cuestión relacionada a cómo debe entenderse, interpretarse, la causal de “permanente incapacidad moral” del presidente de la República, de tal manera que pueda controlarse algún uso arbitrario o indebido de tal atribución que es, justamente, lo que la demanda competencial presentada por el Poder Ejecutivo alega en el Expediente N° 0002-2020-CC/TC¹⁵. Dicho de otro modo, en dicha demanda competencial, *no* se cuestionaron las *reglas de procedimiento* del pedido de vacancia a que se refiere la Moción de Orden del Día N.° 12090, ni tampoco la votación calificada, de tal manera que pueda equipararse a lo resuelto en el fundamento 26° de la STC N.° 0006-2003-AI/TC.

Siendo esto así, ¿qué “cuestión sustancialmente igual” a la que ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia del año 2003, se refiere el magistrado Sardón de Taboada? La respuesta cae de madura: ninguna. En dicha sentencia *jamás* el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la manera de *interpretar* la referida causal de vacancia¹⁶ y, menos aún, dijo que no tenía competen-

en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso”.

15 Como la propia decisión en mayoría reconoce en el fundamento 2° de la Sentencia N.° 778/2020, en la demanda se solicitó al Tribunal Constitucional “*determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral*”.

16 La magistrada Ledesma y el magistrado Ramos, en su voto singular conjunto, también llegan a la misma conclusión. Cito lo dicho en el fundamento 36° de su voto:

“36. Hasta el momento, la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral establecida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución no ha sido objeto de interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional. No obstante ello, en el año 2003 el Tribunal publicó su sentencia recaída en el Expediente 0006-2003-AI en la que analizó la constitucionalidad del inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso, referido al procedimiento de acusación constitucional contenido en los artículos 99 y 100 de la Constitución, y advirtió sobre la ausencia de regulación legislativa sobre el procedimiento de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral”. [subrayado agregado]

cia para ejercer su labor de interpretación constitucional (una suerte de *political question* que es lo que se deriva de la alegación del magistrado Sardón, como lo trataré más adelante). No cabe duda, pues, que lo afirmado por el aludido magistrado es un evidente error comparativo.

Ahora bien, en el mismo párrafo donde plantea tal argumento, el magistrado Sardón formula otro que, en mi opinión, es totalmente distinto al primero: “[e]l Tribunal Constitucional, vía interpretación, no puede reescribir la Constitución”, porque –señala el aludido magistrado– en su opinión: “[e]l inciso 2 del artículo 113 de la Constitución le otorga al Congreso la atribución de declarar la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República en cualquiera de los cinco años de su mandato. El Tribunal Constitucional no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución”.

Sin embargo, ¿acaso tales consideraciones las pronunció el Tribunal Constitucional en el fundamento 26° de la STC N.° 0006-2003-AI/TC (referido a la necesidad de reglar un procedimiento *ad hoc* y una votación calificada para decidir la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República)? ¿O es que de tal consideración basada en aspectos procedimentales del pedido de vacancia presidencial contenidas en la citada sentencia se puede inferir, lógica y valederamente, que el propio Tribunal Constitucional se autoimpuso el límite de que, en tal materia, “vía interpretación, no puede reescribir la Constitución” dado que “no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución”?

El ensayo de respuestas a las preguntas formuladas muestra que hay un problema de coherencia narrativa en el argumento del juez Sardón que aquí contradigo.

Sin embargo, si nos apartamos por un momento de este defecto de motivación y reconstruimos tal alegación, dotándola de autonomía del primer argumento (que, desde luego, y por las razones antedichas, es manifiestamente *fallaz*), pareciera que, en realidad, el magistrado Sardón plantea que la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República es una atribución que la Constitución le otorga al Congreso de manera exclusiva y que, por ello, se trata una *cuestión política no judicial* (*political question*). Por tanto, pareciera que sugiere una excepción a la regla establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –que el mismo juez ha suscrito en reiteradas oportunidades– de que “no hay zonas exentas del control constitucional”.

Las *political questions*, como bien afirma LANDA (2000: 174), fueron asumidas, por primera vez en la jurisprudencia constitucional peruana, en la STC N.º 0340-1998-AA/TC (caso Guillermo Rey Terry¹⁷). E, incluso, los magistrados suscriptores del fallo que aquí comento, han aludido a esta doctrina en el fundamento 9º del muy reciente ATC N.º 00013-2020-PI/TC del pasado 7 de enero de 2021, en el cual se admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Sullana contra la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y contra la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia¹⁸.

Sobre las *political questions*, el profesor LANDA (2000: 176-177) señala lo siguiente:

“En el caso Baker versus Carr, el Tribunal Supremo [de los Estados Unidos de Norteamérica] sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions* se trataba: «a) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) de una

17 En el fundamento 11º de esta sentencia, el Tribunal Constitucional dijo lo siguiente:

“11. Que a este respecto y si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado si puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional”.

18 En este auto, ha dicho el Tribunal Constitucional:

“16. Del mismo modo, en el fondo de la controversia este Tribunal deberá dilucidar si es que es viable (y en qué medida) el control de constitucionalidad de leyes de reforma que hayan sido aprobadas a través de referéndum. Ello supondrá determinar si es que el control de la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional que aprueba la creación de la Junta Nacional de Justicia, es un asunto propio de las *political questions* o si, en caso de existir la posibilidad de ejercer alguna clase de control, deba observarse alguna especial deferencia o consideraciones a la voluntad popular plasmada en las urnas. Del mismo modo, corresponderá esclarecer si es que los límites formales o materiales de la reforma constitucional que han sido trazados en nuestra jurisprudencia son aplicables en esta clase de supuestos”.

carencia de *standards* judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; d) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, f) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales». Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, sobre todo si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren, fue más bien una excepción, como quedó establecido a partir del Tribunal Burger”.

Pero, si el argumento del magistrado Sardón de Taboada para rechazar la demanda consiste, en realidad, en que la vacancia por incapacidad moral del presidente de la República es una *political question* porque se trata de una atribución exclusiva –y excluyente– del Congreso, por mandato de la Constitución, que le impide al Tribunal Constitucional *interpretar* el contenido de dicha causal y establecer límites a su aplicación, pues dicho argumento parecería sustentarse en una *interpretación originalista*¹⁹ de la Carta Política de 1993.

19 Sobre la *interpretación originalista*, ARÉVALO y GARCÍA (2018: 405-406) señalan lo siguiente:

“Las dos posturas más reconocidas sobre cómo entender la constitución, posturas de donde brotan los métodos de interpretación en el sistema jurídico norteamericano, son el *originalism* (originalismo) y el *living constitutionalism* (constitución viva), y representan modelos de pensamiento que reflejan las dos opciones interpretativas que suelen debatirse al momento de preguntarse cómo entender la constitución. La primera de las opciones, el *originalismo*, promueve la estabilidad, inmutabilidad y vocación de permanencia de la Constitución, tanto en su contenido, como en el significado del mismo: La constitución al recoger los principios esenciales construidos para la nación por los Padres Fundadores, no debe cambiar salvo por enmiendas de tipo formal (que implican un procedimiento interinstitucional y complejo) y quienes la interpretan deben respetar su contenido original y significado esencial, histórico, pues son las ideas y formas de ver el mundo en 1790, creadoras de la nación, las que tienen valor jurídico en el documento y en las que se consigna la legitimidad democrática.

Esta postura pétrea frente al contenido de la constitución promueve un conjunto de métodos conocido como históricos u originalistas, que se remiten a los significados originales del texto, a su contexto histórico, al significado de las palabras de la época e incluso a los trabajos preparatorios de los redactores de la misma para analizar todo caso de orden constitucional, siempre bajo dos preguntas: ¿Cuál es el significado original de lo dicho por la Constitución en X materia? y ¿Cuál sería la postura de los Padres Fundadores, redactores de la constitución, frente al problema planteado?.

No de otro modo se entiende su remisión a la “decisión” de los constituyentes sobre el particular²⁰.

La opción por una postura *originalista* de la interpretación constitucional a la cual acude el juez Sardón para sustentar la carencia de competencia del Tribunal Constitucional para *interpretar* la causal de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República, prevista en la Constitución (*political question*), sin duda, se aparta de una postura interpretativa de *constitucionalismo viviente*²¹ que, ante los graves hechos políticos, *notorios y de pública evidencia*, a los que ya me he referido en las líneas precedentes (*supra* 2.3.), hace que el Tribunal Constitucional intervenga en aras de su rol pacificador y, como he venido insistiendo en este trabajo, *de cara al futuro* para darle estabilidad al destino del cargo presidencial.

Así las cosas, como se aprecia de lo abordado hasta este punto, la posición mayoritaria de los magistrados Ferrero, Blume, Miranda y Sardón se escuda en

La postura pétreo frente al significado de la Constitución no escapa a las críticas, como las de aquellos que reproducen el famoso argumento que indica que desde el punto de vista democrático el originalismo más recio implica limitar el destino de las generaciones presentes a lo decidido por individuos de siglos atrás con los cuales pueden no tener nada en común, afectando la representatividad dentro de la decisión judicial, un valor moderno de la democracia, o aquellos que temen que el originalismo sea un método para imponer posiciones jurisprudenciales de corte conservador, tradicionalista e incluso nacionalista².

- 20 En efecto, el juez Sardón señala en su fundamento de voto que “[...] de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término “incapacidad moral” podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes decidieron otorgarle al Congreso ese mecanismo de control, y lo hicieron [...]”.
- 21 AREVALO y GARCÍA (2018: 406) señalan al respecto: “La otra posición (*living constitutionalism*) promueve lo que se ha llamado una *constitución viviente*, entendida como aquella cuyo significado, alcance e interpretación debe cambiar con el tiempo a medida que las circunstancias lo demandan, por ejemplo, los cambios en las relaciones sociales, en la cultura, en la conformación demográfica del país, en la economía, etc. Todo ello, sin implicar enmiendas de carácter formal, sino a través de interpretaciones jurisprudenciales que, sin desconocer los más esenciales principios históricos previstos por los padres fundadores, permitan moldear la constitución a la cambiante realidad, implicando con ello un flujo de decisiones judiciales modernizantes que ofrezcan respuestas innovadoras, más allá de lo que el texto mismo de la constitución dictamine de forma taxativa, en tanto el significado de sus palabras debe cambiar con el paso de la historia y es la tarea del juez interpretar estos cambios y los nuevos significados de la constitución”.

una “sustracción de la materia” que en modo alguno se justifica a la luz de los tres hechos políticos que, considero, eran también *notorios y de pública evidencia* e, incluso, de mayor calado que el hecho por el cual la Moción de Orden del Día N.º 12090 agotó sus efectos al no lograr la votación calificada para aceptar la vacancia del cargo de presidente de la República.

Es más, el argumento al cual recurre el juez Sardón en su fundamento de voto referido a que recomienda al Congreso concentrarse en restaurar el Senado, “*para evitar enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente*”, porque en un congreso unicameral, “*pueden cometerse errores más fácilmente que en uno bicameral; una cámara de revisión, por definición, contribuye a que se reflexione más las decisiones que se adoptan*”²², termina siendo, más bien, aquel que justifica que el Tribunal Constitucional se aparte de cualquier interpretación *originalista* de la Constitución y opte por su rol pacificador procurando que, a través de su interpretación de la causal prevista en el inciso 2º del artículo 113º de la Constitución, evite –parafraseando al juez Sardón– esos “enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente”. Y es que justamente la carencia de una segunda Cámara –como lo he señalado en diversas oportunidades en otros espacios públicos– obliga al Tribunal Constitucional a no eludir el rol preponderante –fruto del defectuoso diseño de un Parlamento unicameral– de ser, *de facto*, la segunda cámara reflexiva que el Perú no tiene. Por tanto, escudarse en el formalismo procesal de la “sustracción de la materia” revela que, lastimosamente, los magistrados que formaron sentencia, abdicaron del delicado y necesario rol pacificador del Tribunal Constitucional y dejaron pasar la oportunidad de pronunciarse en el caso más importante en la historia de la jurisdicción constitucional en el Perú, como bien señala el juez Espinosa-Saldaña en su voto singular²³.

22 Textualmente, dice el magistrado Sardón en su fundamento de voto: “Por ello, para evitar enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente, el Perú —cuyo sistema de gobierno combina elementos parlamentaristas y presidencialistas— debería volver a tener un Senado. Me atrevo a sugerir que el Congreso de la República pondere esta reforma constitucional puntual, que contribuiría a la afirmación de la democracia peruana. En un Congreso unicameral, pueden cometerse errores más fácilmente que en uno bicameral; una cámara de revisión, por definición, contribuye a que se reflexione más las decisiones que se adoptan”.

23 Al empezar su voto singular, el juez Espinosa-Saldaña así lo señala: “Discrepo de lo decidido en este caso por la mayoría de mis colegas, quienes han declarado improcedente esta demanda, la cual, quizás, era la más importante que le ha tocado resolver este Tribunal en toda su historia, y ciertamente, sin duda, la más relevante desde que se cambió sustancialmente su composición el año 2014”.

2.5. La insólita referencia a un antecedente jurisprudencial (STC N° 0004-2004-CC/TC) en el cual hubo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión pese a la “sustracción de la materia” de un extremo de las pretensiones de la demanda

Pero el frágil argumento de la “sustracción de la materia” no solo se erosiona en sus bases en mérito a lo analizado en los puntos precedentes de este trabajo, sino que se derrumba al pretender ampararse en la STC N.° 0004-2004-CC/TC.

En efecto, en el fundamento 6° de la STC N.° 778/2020, los jueces Ferrero, Miranda, Blume y Sardón dijeron:

“[E]n anterior pronunciamiento, [el] Tribunal [optó] por emitir una decisión similar en un proceso competencia[al], debido a que la duración de los plazos procesales, igualmente generaron la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto de un extremo (Cfr. sentencia emitida en el expediente 00004- 2004-CC/TC). Tal forma de resolución de este proceso orgánico no resulta ajena en la jurisprudencia, pues, de hecho, sucede frecuentemente que durante el trámite del proceso pueden producirse hechos que permiten resolver el conflicto extraproceso”.

682

Nótese que la justificación de la “sustracción de la materia” motivada por “la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto a un extremo” se funda en la referida STC N.° 0004-2004-CC/TC en la cual el Tribunal Constitucional emitió “una decisión similar en un proceso competencial”, según los jueces Ferrero, Miranda, Blume y Sardón.

Lastimosamente, lo dicho por los aludidos magistrados *no* se ajusta a lo que se aprecia en el contenido de dicha sentencia.

En efecto, el caso resuelto en la STC N.° 0004-2004-CC/TC se trató del conflicto de competencia que promovió el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, aduciendo que éste había invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República, excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al artículo 145° de la Constitución. La demanda fue presentada el 20 de octubre de 2004 y fue sentenciada el 31 de diciembre del mismo año, es decir, cuando la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005 ya había sido aprobada por el Parlamento Nacional.

Como quiera que, al momento de sentenciar, la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005 ya había sido aprobada, efectivamente, el Tribunal Constitucional consideró que se había producido la *sustracción de la materia*. Sin embargo, hizo estas precisiones en el fundamento 13°. Cito:

“13. Por tanto, respecto de los dos últimos puntos del petitorio –señalados en los literales d) y e) del Fundamento N.º 11, *supra*– ha operado la sustracción de la materia. Sin embargo, el hecho de que se haya aprobado la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2005, bajo el supuesto de que el Poder Ejecutivo fijó un tope para el presupuesto del Poder Judicial, no impide que este Tribunal Constitucional conozca sobre el fondo del conflicto, porque la demanda del Poder Judicial cuestiona con carácter general la decisión del Poder Ejecutivo, durante los últimos años, de determinar el presupuesto del Poder Judicial que, en opinión del demandante, afecta la competencia que le reconoce el artículo 145.º de la Constitución para presentar su presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, y sustentarlo ante el Congreso de la República. En consecuencia, este Tribunal Constitucional sólo se pronunciará sobre los tres primeros puntos del petitorio”.

683

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional señaló que no se pronunciaría sobre los dos últimos puntos del petitorio²⁴ (cuya naturaleza responde al dictado de una *sentencia de condena*), pero sí sobre los demás que requerían una *sentencia*

24 ¿Cuáles eran los puntos solicitados del petitorio que formuló el Poder Judicial en su demanda? Obran en el fundamento 11º de la STC N.º 0004-2004-CC/TC. Cito:

“11. En relación al petitorio de la presente acción, los demandantes han solicitado en el presente conflicto de competencia lo siguiente:

- a) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo,
- b) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo.
- c) Que se determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial.
- d) Que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República.
- e) Que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, se ordene la inclusión en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial, que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004”.

*declarativa*²⁵ del máximo contralor constitucional en el sentido de definir las competencias de ambos poderes públicos en conflicto²⁶.

Si se revisa lo que solicitaba el procurador Luis Huerta Guerrero en la demanda competencial, advertiremos que había similitud con la naturaleza de las pretensiones formuladas por el Poder Judicial en la causa resuelta por la STC N.º 0004-2004-CC/TC: una combinación de *pretensiones declarativas y de condena*. Cito lo que dice el numeral 17º de la demanda competencial presentada por el procurador Huerta²⁷:

“[E]n atención a las características particulares del conflicto por menoscabo de competencias, en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando de forma definitiva el procedimiento de vacancia”.

25 El Tribunal Constitucional, en los fundamentos 21º y 22º de la STC N.º 04119-2005-PA/TC (caso Roberto Renato Bryson Barnechea), ha distinguido las sentencias *declarativas, constitutivas y de condena*, guiado por la doctrina procesal. Cito:

“21. Sabido es que en la clásica clasificación de las sentencias, éstas suelen identificarse en función del contenido de su parte dispositiva, esto es, si declaran un derecho o una situación jurídica preexistente a la sentencia (sentencias declarativas), si constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o situación (sentencias constitutivas) y si ordenan compulsivamente la realización de determinados actos establecidos en el proceso tras verificarse la transgresión del orden legal (sentencias de condena). 22. La condena es la consecuencia de la violación de un mandato o de una obligación. Couture sostiene que “La condena consiste, normalmente, en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en comunicarle a que se abstenga de realizar los actos que se le prohíben, o en deshacer lo que haya realizado”. La doctrina procesal ha propiciado en los últimos tiempos la desvinculación de estas categorías con las posibilidades de ejecución, recusando de este modo la afirmación según la cual sólo las sentencias de condena se ejecutan inmediatamente y en forma incluso forzada, o aquellas que dividían la secuela del proceso de la ejecución de la sentencia que emana del mismo”.

26 De las pretensiones de la demanda competencial del Poder Judicial, reproducidas por el Tribunal Constitucional en el fundamento 11º de la STC N.º 0004-2004-CC/TC, se advierte que las tres primeras son declarativas mientras que las dos últimas son de condena.

27 Disponible en: http://gacetacivil.com.pe/documentos/DemandaCompetencial_14092020.pdf Consultado: 10 de marzo de 2021.

En efecto, cuando se le pide al Tribunal Constitucional que “determin[e] que el Congreso ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral”, se trata, qué duda cabe, del pedido de una *sentencia declarativa*. En cambio, al pedir que el Supremo Intérprete de la Constitución “declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión”, la naturaleza jurídica de tal pretensión importaba la emisión de una *sentencia de condena*.

Teniendo claras las distinciones entre las pretensiones *declarativas* y de *condena*, repárese que en la STC N.º 0004-2004-CC/TC, el Tribunal Constitucional declaró la “sustracción de la materia” respecto de las pretensiones que importaban una *sentencia de condena*, puesto que, si ya se había dictado la Ley del Presupuesto para el año 2005, no tenía objeto dar órdenes sobre hechos ya consumados. En cambio, sí se pronunció sobre las pretensiones que derivaban en una necesaria *sentencia declarativa* que zanjara el debate sobre las competencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, respecto de la preparación del presupuesto del primero²⁸.

28 Efectivamente, en la parte resolutive de este fallo, el Tribunal Constitucional emitió esta decisión: “[...] [E]l Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar que, conforme a lo señalado en el Fundamento N.º 13, *supra*, ha operado la sustracción de la materia respecto a la pretensión del demandante de que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, y que se ordene la inclusión, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004 en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo de la competencia que confiere en artículo 145.º de la Constitución al Poder Judicial. En consecuencia, intérpretese que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República, conforme a los Fundamentos N.ºs 40 a 45 de la presente sentencia.
3. **EXHORTAR** al Poder Judicial para que formule una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en relación a la aprobación de su presupuesto.

Entonces, ¿era posible pronunciarse sobre la única pretensión que derivaba en una sentencia declarativa del Tribunal Constitucional que dilucidara la cuestión sobre el “uso indebido de [la] competencia [del Congreso] respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral”?

La respuesta cae de madura: por supuesto que sí. Es más, invocar el antecedente jurisprudencial que representa la STC N.º 004-2004-CC/TC y seguirlo con pulcritud y minuciosidad en el caso concreto del Expediente N.º 0002-2020-CC/TC, hubiera merecido que, en principio, el Tribunal Constitucional declare la *sustracción de la materia* de la pretensión que involucraba una sentencia de condena (la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090, “así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión”²⁹), y, sin embargo, tan igual como sucedió en la STC N.º 004-2004-CC/TC, se hubiera pronunciado sobre la pretensión que involucraba la emisión de una sentencia declarativa, a fin de determinar³⁰ si el Congreso había incurrido, o no, en el uso “indebido” de su competencia para declarar la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral.

686

Y es que la determinación de un “uso indebido” de tal competencia significaba ingresar a establecer el marco conceptual de la causal, si aquella permite establecer límites en su empleo y, por consiguiente, si era posible infringirlos —o no— de tal manera que se pudiese identificar —si fuera el caso— un “uso indebido” de tal competencia. Con ello se lograba, indudablemente, que el Tribunal Constitucional no abdique, en modo alguno, de su rol de supremo intérprete y

-
4. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que dicte una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145.º de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78.º del mismo cuerpo legal.
 5. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementen las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado”.
- 29 Por cuanto aquella, como he venido diciendo antes en este trabajo, ya había agotado efectos al no haber logrado los votos necesarios para declarar la vacancia presidencial en el Pleno del Congreso.
- 30 Usando el caso concreto e incorporando la evaluación de los tres hechos notorios a los que me he referido antes (*supra* 2.3.), sin que ello involucre la *nulidad* de la Moción de Orden del Día N.º 12684 que el propio Poder Ejecutivo había *consentido* al no promover demanda competencial alguna contra dicha Moción.

contralor de la constitucionalidad³¹. Esta determinación de las competencias, fue también un criterio establecido por la magistrada Ledesma y el magistrado Ramos en su voto singular conjunto³², así como en el del juez Espinosa-Saldaña³³.

No puedo dejar de pasar por alto que es necesario dejar constancia sobre el efecto jurídico que significa, también, la decisión, por mayoría, de declarar la “sustracción de la materia”: que facilita la defensa de todos aquellos que, como bien anota el magistrado Espinosa-Saldaña en su voto singular (fundamento 96°),

31 De allí que me encuentre en frontal desacuerdo con lo dicho en el fundamento 8° de la Sentencia N.° 778/2020 suscrita por los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón, en el sentido, de que esta decisión de declarar la improcedencia de la demanda por *sustracción de la materia*, “no implica en forma alguna que este Tribunal Constitucional abdique de su rol de garante de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, sino que, en esa misma línea, se trata de una decisión que cierra el presente proceso conforme a la Constitución y a la ley, poniendo fin a la incertidumbre sobre el sentido y las consecuencias que, en el momento actual, una decisión de este Tribunal podría tener sobre la titularidad del Poder Ejecutivo y la gobernabilidad del país”. Por el contrario, a la luz de los argumentos hasta aquí vertidos, sobran razones para sostener que la posición mayoritaria –además de no tomar en cuenta tres hechos notorios y de pública evidencia que requerían su pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por el rol pacificador del Tribunal Constitucional, autoimpuesto en su propia jurisprudencia– aplicó, indebidamente, la “sustracción de la materia” a extremos del petitorio de la demanda competencial del Poder Ejecutivo cuya naturaleza importaba la emisión de una sentencia declarativa que, en modo alguno, quedaba afectada por el hecho de que el procedimiento parlamentario de la Moción de Orden del Día N.° 12090 hubiera agotado sus efectos al momento de expedir sentencia en el Expediente N.° 0002-2020-CC/TC.

32 Coincido, principalmente, con lo que señalan la Magistrada Ledesma y el Magistrado Ramos en su voto singular conjunto, en el ítem *iii* del fundamento 3°:

“Si como aduce el demandado, el Tribunal Constitucional se encontrase impedido de abordar la cuestión controvertida porque el pedido de vacancia fue finalmente desestimado con anterioridad a la emisión de la sentencia, ello conllevaría a sostener que bastará que un procedimiento viciado se lleve a cabo con suficiente celeridad como para frustrar la intervención de este órgano de control de la Constitución. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que sería suficiente con que la actuación que manifiesta el presunto menoscabo a las competencias de un poder del Estado u órgano constitucional cese antes de la expedición de la sentencia para que carezca de objeto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Un razonamiento en ese sentido resulta contrario a los fines que cumple este Tribunal, que integra, ordena y pacifica las relaciones entre los poderes públicos entre sí, como lo exige la naturaleza del caso de autos”.

33 El Magistrado Espinosa-Saldaña lo señala así en el fundamento 11° de su voto singular:

“11. Siendo así, como he venido explicando reiteradas veces, lo que le tocaba responder al Tribunal en esta controversia es, muy claramente, delimitar lo relacionado con el adecuado ejercicio de la competencia del Congreso de vacar a un presidente por la causal de incapacidad moral permanente contenida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución, y luego, con base en lo anterior, pronunciarse sobre los posibles efectos nulificantes respecto de actos que pudieran encontrarse viciados”.

debieran asumir responsabilidad por asumir “[irregularmente] el poder en base a una interpretación inconstitucional del artículo 113 inciso 2 de la Constitución”.

En efecto, al declarar *improcedente* la demanda, los actos del legislativo se benefician de la presunción de constitucionalidad, lo cual no significa, en grado alguno, que los ciudadanos no podamos ejercer nuestro derecho a la libre expresión, análisis y crítica de las resoluciones judiciales que reconoce el inciso 20° del artículo 139° de la Carta Política de 1993 y calificar y argumentar sobre si los actos del Parlamento en las Mociones de Orden del Día N.° 12090 y 12684 fueron –o no– ajustadas a la Constitución.

Dicho esto, veamos, ahora, lo que sostienen los jueces Ledesma, Ramos y Espinosa-Saldaña en sus respectivos votos singulares.

3. La permanente incapacidad moral del presidente de la República, en los votos singulares de la jueza Ledesma y los jueces Ramos y Espinosa-Saldaña: ¿constatación de un hecho objetivo o un instrumento de control político?

688

La minoría de jueces del Tribunal Constitucional –representados en la persona de la jueza Ledesma Narvaez y los jueces Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera– tuvo claro que el caso puesto a conocimiento del máximo intérprete constitucional no sólo era histórico sino que requería pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, determinando cómo debía entenderse, interpretarse, la causal de “permanente incapacidad moral” del presidente de la República, contenida en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución, de cara al futuro, puesto que la sentencia que debía pronunciarse en este caso no debía tener efectos retroactivos³⁴.

En una mirada panorámica a los votos de los siete jueces del máximo contralor de la Constitución, puede apreciarse que cuatro de ellos³⁵ reconocen que la causal objeto de análisis se encuentra en nuestro constitucionalismo histórico en

34 Véase el fundamento 96° del voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña.

35 Véase el numeral 6.3. del fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, así como el voto singular conjunto de la magistrada Ledesma Narvaez y del magistrado Ramos Núñez, así como el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ocho de las doce de nuestras Cartas Políticas³⁶, aunque tanto en el voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos, así como en el voto singular del juez Espinosa-Saldaña, se vincula su origen a la Constitución Gaditana de 1812³⁷.

Como lo he analizado con detalle anteriormente (*supra* 2.4), de los cuatro jueces que hicieron mayoría y emitieron la Sentencia N.º 778/2020 declarando *improcedente* la demanda competencial, dos de ellos, en sus respectivos fundamentos de voto, plantearon argumentos de los cuales puede avizorarse que la naturaleza jurídica que, al parecer, le asignan a la causal de *permanente incapacidad moral* del presidente de la República, a la luz de nuestro constitucionalismo histórico, es la de ser un *instrumento de control político*. Así lo dice el juez Blume Fortini en el numeral 6.3. de su *fundamento de voto*³⁸ y, también, el juez Sardón de Taboada, quien la calificó como un “*mecanismo de control*” del Parlamento sobre el presidente de la República, puesto que, en su opinión, tanto en la Asamblea Constituyente de 1978-1979 como en el Congreso Constituyente de 1993, “fue

36 Ha estado presente en cuatro Constituciones del siglo XIX (Constituciones de 1839, artículo 81; 1856, artículo 83, inciso 2; 1860, artículo 88, inciso 1; y, 1867, artículo 80, inciso 2) y en las cuatro consecutivas del siglo XX (Constituciones de 1920, artículo 115, inciso 1; 1933, artículo 144 inciso 1; 1979, artículo 206, inciso 1; y, 1993, artículo 113, inciso 2)

37 En efecto, en el fundamento 7º del voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos se dice lo siguiente:

“7. La historia de la incapacidad moral en el constitucionalismo peruano aparece incluso antes de que este exista propiamente. En efecto, la Constitución española de 1812 es una norma extranjera que se juró en territorio peruano y establecía que el gobierno sería asumido por la Regencia cuando el Rey “se halle imposibilitado de ejercer su autoridad por cualquier causa física o moral”.

Y en el fundamento 45º del voto singular del juez Espinosa-Saldaña se indica:

“45. Ciertamente, este lenguaje privatista francés en torno a la incapacidad moral no estuvo ajeno para la Constitución de Cádiz, que es el texto que sirve de base para las constituciones de las nacientes repúblicas de América Latina, y tampoco lo fue para los primeros constituyentes peruanos que la incorporaron como causal de vacancia del presidente de la república. En relación con la Constitución de Cádiz, en el artículo 25, inciso 1 se estipuló que el ejercicio de la ciudadanía española se perdía “en virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral”, lo cual aludía claramente a ineptitud personal como a ineptitud mental o intelectual”.

38 Consideró que, desde la perspectiva de nuestro constitucionalismo histórico, dicha causal “*siempre ha sido considerada una facultad indiscutible del Congreso especialmente reconocida como instrumento de control político sobre la figura del Presidente de la República*”. Y, como lo señalé antes (*supra* 2.4.) en los fundamentos 4º a 6º de su fundamento de voto, tiene justificación que se trate de una causal “abierta” para atender “*situaciones de graves actos en los que ha incurrido el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación y es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Frente a esos actos, la mencionada causal se comporta como un mecanismo de control de poder, que habilita a que el Congreso adopte una decisión política con 87 votos*”.

una decisión deliberada” de los constituyentes contemplar el término “incapacidad moral” sin mayor determinación de modo tal que “podía ser interpretado de distintas maneras”, por lo que “no se trató de un descuido”³⁹.

También partiendo del análisis del constitucionalismo histórico peruano, en su voto singular conjunto, la jueza Ledesma y el juez Ramos (aunque no lo digan expresamente) coinciden con sus colegas Blume y Sardón en considerar que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral (fundamento 40°):

“[E]s un mecanismo de control institucional que el constituyente puso en manos del Parlamento para que, frente a la conducta personal altamente reprochable de quien ejerce la Presidencia de la República, pueda declararla y apartar al Presidente de su cargo”.

Pese a la coincidencia de tal enfoque, existen diferencias en la conceptualización de lo que pueda entenderse como *permanente incapacidad moral del presidente de la República*, pues mientras que para Blume y Sardón está plenamente justificada su textura conscientemente abierta e indeterminada para que su empleo se ajuste a las necesidades que las circunstancias ameriten y que sean evaluadas, discrecionalmente, por el Parlamento; para Ledesma y Ramos tal amplitud no está justificada y, por el contrario, la discrecionalidad no puede sobrepasar determinados hitos que la delimitan. Sobre esto regresaré más adelante.

690

Sin embargo, el magistrado Espinosa-Saldaña se aparta de esta coincidencia en el parecer de sus cuatro colegas. Para él, no se trata de un instrumento de control político del Parlamento sobre el Ejecutivo. Por el contrario, la interpretación originalista e histórica de la causal, en consideración de este magistrado, “*se refiere a una enfermedad mental definitiva que padece el Presidente de la República del Perú*”

39 Textualmente señala el juez Sardón en su *fundamento de voto*:

“En realidad, de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término “incapacidad moral” podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes decidieron otorgarle al Congreso ese mecanismo de control, y lo hicieron”. [subrayado agregado]

y, por ello, es que terminaría siendo declarada por el Congreso⁴⁰. En consecuencia, se trata de una constatación factual y objetiva que le compete al Parlamento efectuar, porque tal atribución proviene de la Constitución. No es, por tanto, un instrumento de *control político* de la conducta del primer mandatario, puesto que, por su ubicación en el texto constitucional (artículo 113°), se encuentra dentro de las competencias del Congreso para declarar la vacancia del presidente de la República ante situaciones factuales muy concretas en donde el líder del Ejecutivo ya no puede continuar gobernando de manera permanente e irreversible⁴¹.

En ese sentido, concluye el magistrado Espinosa-Saldaña:

“78. [...] Ninguna de las causales establecidas en artículo 113 de la Constitución busca que los congresistas ingresen en un proceso de deliberación compleja orientado a remover un presidente por razones de conveniencia u oportunidad política, tomando en cuenta además que ello tendría que ser definido discrecionalmente por el Congreso de la República, algo que, como anoté en su momento, no resultaría coherente con nuestro modelo de gobierno.

79. Efectivamente, en el marco de nuestra forma de gobierno, en ningún caso podría interpretarse que estas causales representen una especie de “sanción” en contra de un presidente en ejercicio. Recordemos que, en efecto, en nuestro modelo el Presidente de la República no responde políticamente por sus actos (ello le corresponde a los ministros) y que son los ciudadanos quienes deciden quién ejerce la presidencia (y no el Congreso, como ocurre en los sistemas parlamentaristas)”.

691

40 Véase el fundamento 58° de su voto singular.

41 En los fundamentos 76° y 77° de su voto singular, así lo señala el magistrado Espinosa-Saldaña:

“76. Además de lo señalado, me parece importante mencionar que, de una lectura integral del artículo 113 de la Constitución, el cual regula las causales de vacancia presidencial, puede apreciarse que allí, en concordancia con el concepto de vacancia ya explicado en este mismo texto, se hace referencia a supuestos en los que solo se requiere constatar la ocurrencia de hechos objetivos, como son, por ejemplo: la muerte del presidente, su renuncia, que este haya salido del territorio nacional sin permiso del Congreso o que no haya vuelto en el plazo indicado, o que haya sido destituido por juicio político.

77. Como puede apreciarse, todos estos supuestos tan solo implican constatar situaciones de hecho en las que prácticamente no cabe mayor deliberación sobre lo ocurrido. Y ello es así, porque aquí de lo que se trata es de evitar una situación de vacío de poder en el ejercicio de la presidencia, ante la materialización fáctica de algunos de los supuestos establecidos en la referida disposición”.

Así las cosas, se tiene, claramente —a pesar de tomar como punto de inicio la interpretación constitucional histórica (*originalista*, a mi juicio) de la causal de *permanente incapacidad moral* del presidente de la República— dos posturas interpretativas distintas: la primera, que la asume como el control político de la grave *inconducta* del primer mandatario cuya intensidad riñe con la dignidad del cargo tornando insostenible su permanencia en dicha función pública⁴²; y, la segunda, que la entiende como la constatación de una circunstancia factual y objetiva de una discapacidad mental del presidente, de tal magnitud e irreversibilidad, que afecta, gravemente, su aptitud y capacidad para permanecer ejerciendo su cargo público.

Ahora bien, a diferencia de la segunda interpretación (planteada por el magistrado Espinosa-Saldaña), la primera postura interpretativa tiene, a su vez, dos enfoques distintos.

En efecto, como referí líneas arriba, por un lado, mientras los magistrados Blume y Sardón sostienen que en nuestro constitucionalismo histórico la causal fue diseñada, exprofesamente, con tal laxitud para que pueda amoldarse a las necesidades que demanden las circunstancias particulares de un caso concreto en el cual el Parlamento ejerza control sobre el primer mandatario (recuérdese, incluso, que el juez Sardón plantea que tal decisión del Congreso no puede ser revisada por el Tribunal Constitucional, *supra* 2.4.); por otro, la jueza Ledesma y el juez Ramos plantean que la causal encuentra determinados límites, siendo los principales que de una lectura sistemática y preliminar de la Constitución **no** puede usarse dicha causal para los supuestos expresamente establecidos en el artículo 117 de la Constitución (traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo los casos previstos en el artículo 134, y por impedir su reunión o funcionamiento; o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral); y en caso de comisión de un delito de función o al hecho de haber incurrido en una infracción constitucional, conforme ordena el artículo 99 de la Constitución⁴³.

Es más, en el fundamento 64° de su voto singular conjunto, la magistrada Ledesma y el magistrado Ramos, con base a una interpretación sistemática de los

42 Como afirman los jueces Ledesma y Ramos en el fundamento 57° de su voto singular conjunto: “[...] de la estructura constitucional de la Carta de 1993 se desprende que [la causal de vacancia por permanente incapacidad moral] solo puede realizarse ante un escenario que comprometa, severamente, la dignidad del cargo”.

43 Véase el fundamento 47° del voto singular conjunto de los jueces Ledesma y Ramos.

artículos 43 (principio de separación de poderes), 112 (el mandato presidencial es de 5 años), 113.2 (causal de vacancia de la Presidencia de la República por permanente incapacidad moral), 103 (la Constitución no ampara el abuso del Derecho), 139.3 (garantías del debido proceso), 139.14 (derecho de defensa), 201 (el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución), 202.3 (el Tribunal Constitucional conoce los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución), de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como de sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, entre otros, en el punto resolutivo 3° de dicho voto, establecieron lo siguiente:

“3. Establecer, como interpretación constitucional de obligatoria aplicación, que la competencia del Poder Legislativo para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, sólo será conforme a la Constitución, siempre y cuando se interprete que el artículo 113 inciso 2 de la Constitución y las disposiciones del Reglamento del Congreso de la República, conforme a los siguientes criterios, entre otros:

- a. Sólo será aplicable a aquellos hechos de la mayor gravedad que atentan contra los valores éticos comúnmente compartidos en nuestra sociedad y que hacen insostenible la permanencia en tan importante cargo público.
- b. La denunciada conducta reñida con la moral de quien ostente la Presidencia de la República, para considerarse incurso dentro de la causal tratada, debe además estar ocasionando un notorio desequilibrio social.
- c. Esta causal no puede ser utilizada como mecanismo de control político o para debatir la posible comisión de delitos.
- d. Se respeten escrupulosamente garantías del debido procedimiento tales como: i) congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve, es decir, que los fundamentos de hecho y de derecho del pedido de vacancia, deben ser los mismos que sean objeto de pronunciamiento en el respectivo debate y votación por el Pleno del Congreso; ii) los documentos o medios probatorios que acrediten o corroboren los hechos deberán ser examinados por una Comisión Especial de Investigación que presenta un informe dentro del plazo que fije el Pleno del Congreso (al igual que en otros procedimientos parlamentarios); y, iii) se otorgue el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa de quien ostente la Presidencia de la República.

- e. La votación para proceder a declarar la vacancia por la causal de permanente incapacidad moral deba ser igual o mayor a los 4/5 del número legal de Congresistas.
- f. Se requiere una segunda votación.
- g. No procede el pedido de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República.

Dichos criterios serán obligatorios a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano”.

Para culminar esta suerte de *relatoría* de los votos singulares emitidos en minoría, me parece muy importante destacar dos aspectos de la posición del magistrado Espinosa-Saldaña expresadas en su voto singular.

En primer lugar, en el fundamento 88°, considera que interpretar la causal de *vacancia por permanente incapacidad moral* como la potestad del Parlamento de juzgar la grave inconducta del presidente de la República, “además de ser una forma incorrecta de entender la causal [...], el procedimiento actualmente previsto (artículo 89-A del Reglamento del Congreso) es sumamente expeditivo, lo cual solo tendría sentido si se le considera (tal como hemos sostenido antes) como una causal objetiva, pero no lo tiene si se le considera como de una especie de “juicio político express”, como parecen considerar quienes sostienen que la “incapacidad moral” es, finalmente, un cajón de sastre ético”. Dicha comprensión –agrega el magistrado Espinosa-Saldaña– “es peligrosa, no solo porque lesiona nuestro régimen constitucional de gobierno, sino porque, tomando en consideración el procedimiento parlamentario hoy existente (que permite que la vacancia por incapacidad moral se delibere y vote en un solo día), hace que se incurra en un flagrante “déficit deliberativo”, sobre el Tribunal Constitucional se ha referido ya en varias ocasiones (cfr. STC 00012-2018-AI y STC00006-2018-AI)”.

Sobre este punto, adviértase que, con base a las razones expresadas, de modo similar a sus colegas Ledesma y Ramos, el juez Espinosa-Saldaña considera que el procedimiento parlamentario actualmente vigente es peligrosamente sumarísimo. Sin embargo, adviértase que aquella sumariedad ha sido abordada, con contrapesos, por los dos magistrados antes mencionados mediante las reglas procedimentales establecidas en el punto resolutivo 3° de su voto singular, sin que aquello merezca ni oposición ni coincidencia por parte del magistrado Espinosa-Saldaña.

Y, en segundo lugar, sobre la posibilidad de que el presidente de la República pudiese incurrir en grave inconducta que afecte gravemente la dignidad del cargo, en el fundamento 89° de su voto singular, el juez Espinosa-Saldaña propone lo siguiente:

“[...] una alternativa constitucionalmente viable, y que no invade competencias del legislador orgánico modificando jurisprudencialmente el Reglamento del Congreso, surge al interpretar de manera amplia el artículo 114 de la Constitución. Allí se señala que “El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por (...) Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso”. En este artículo (que no alude en específico a alguna incapacidad “física” o “moral”) podría considerarse incorporados aquellos casos en los que el Presidente haya afectado irremediabilmente la dignidad del cargo o que este haya tenido un mal desempeño que le impida continuar ejerciendo la presidencia, o situaciones similares (no vinculadas con acusaciones por delitos, pues esto viene regulado y restringido por el artículo 117 de la Constitución). De este modo, propongo una interpretación disociativa del artículo 114 de la Constitución, que permita distinguir los casos de suspensión por incapacidad física o mental, de la que podría denominar “suspensión-impeachment” o “suspensión-juicio político” ”.

695

Pese a lo respetable de la propuesta del magistrado Espinosa-Saldaña, considero que es por demás forzada, puesto que la figura de la suspensión responde a un criterio de provisionalidad. Dicho de otro modo, la suspensión es *temporal*, requiere la determinación de un plazo razonable y proporcional, puesto que, si es *permanente*, entonces se torna en una sanción.

En efecto, la suspensión por *incapacidad temporal* del presidente de la República a que se refiere el inciso 1° del artículo 114° de la Constitución no puede estar sujeta *ad infinitum*, como así acontece con el defecto que presenta la actual Carta Política respecto a la suspensión del congresista de la República cuyo antejuicio hubiere sido aprobado y que el Tribunal Constitucional ha puesto en relieve en su jurisprudencia⁴⁴,

44 En los fundamentos 59° y 60° de la STC N.° 0013-2009-AI/TC, dijo el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“59. De allí que la suspensión temporal y provisional para el ejercicio de las funciones congresales por el hecho de estar incurso en un proceso judicial por delito doloso con mandato de detención en el que se pida el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, y ésta haya sido

al punto de *recomendar* al Parlamento que regule la determinación de un plazo máximo de suspensión⁴⁵.

4. Sobre la necesidad de una reforma constitucional, a modo de conclusión integral

A la luz de lo argumentado al inicio de este trabajo (*supra* 2), la posición mayoritaria, en mi opinión, es por demás feble. Los magistrados que suscribieron la Sentencia N.º 778/2020 abdicaron del trascendental rol que le atañe al Tribunal Constitucional: ser el supremo intérprete de la Constitución, más aún, en el único caso histórico donde la cuestión sobre cómo entender la causal de vacancia del presidente de la República por *permanente incapacidad moral*, fue puesta a su conocimiento. Las razones de esta conclusión las he sustentado anteriormente, así que a ellas me remito. Y lamento, profundamente, como ciudadano, que la *improcedencia* de la demanda competencial deje espacios para la defensa de quienes tienen –en mi opinión y coincidiendo con la posición del magistrado

concedida, o por el hecho de estar incurso en proceso penal a propósito de la declaración de “ha lugar a la formación de causa” en antejuicio político, no vulnera en abstracto el principio derecho de presunción de inocencia (artículo 2º, inciso 24, literal e de la Constitución), pues la finalidad constitucional es legítima en la medida en que el mandato representativo implica el ejercicio de funciones que entrañan grandes y graves responsabilidades frente a terceros en particular y frente a la nación en general. En todo caso, el ejercicio discrecional de la facultad del parlamento para decidir, en los supuestos analizados, si se suspende temporalmente o no al Congresista sometido a proceso penal, no escapa al análisis de proporcionalidad y razonabilidad que podría ser susceptible de judicialización, ya que la suspensión decretada debe ser de carácter excepcional en tanto entraña una limitación de derechos y deberes constitucionales.

60. Es en este sentido que este Colegiado aprecia que una suspensión temporal deja de ser tal si se convierte en una suspensión que, sujeta al tiempo que puede durar el proceso judicial, pueda, por su paso y duración, convertirse en una verdadera sanción, por lo que exhorta al Congreso de la República a que regule el tiempo máximo que puede durar la referida suspensión, atendiendo a criterios de proporcionalidad y teniendo en cuenta que aquella que se impone como sanción, conforme lo establece el artículo 95º de la Constitución Política del Perú, no puede exceder de 120 días de legislatura. Asimismo se recomienda que el Congreso de la República dicte la normativa que regule lo relativo al proceso penal instaurado a los altos funcionarios (como consecuencia de la formación de causa derivada del antejuicio o del levantamiento de la inmunidad) de manera excepcional, sobre todo en atención a los principios de preferencialidad, exclusividad y celeridad de manera que la incertidumbre judicial sea lo menos gravosa al estatuto del parlamentario y al desarrollo de las funciones institucionales del parlamento”.

45 En el segundo punto resolutivo de la citada STC N.º 0013-2009-AI/TC, el Tribunal Constitucional dispuso: “Recomendar que el Congreso de la República regule el plazo máximo de suspensión temporal y la tramitación preferencial, exclusiva y rápida del proceso penal en el que se encuentran comprendidos los altos funcionarios a que se refiere el artículo 99º de la Constitución Política del Perú, conforme a lo expresado en el fundamento 59 de la presente sentencia”.

Espinosa-Saldaña⁴⁶— responsabilidad constitucional como consecuencia del mal uso de la atribución que la Carta Política vigente le otorga al Parlamento al hacerse del poder que nos sumió en el legítimo *derecho ciudadano a la resistencia* en los seis días que duró la encargatura de la presidencia de la República del Sr. Manuel Merino y su gabinete de tinte conservador.

Por otro lado, en cuanto al tema de fondo, me parece que las posiciones interpretativas contenidas en los votos singulares que hicieron minoría, no son excluyentes. Por el contrario, me parece que son perfectamente complementarias porque la causal de vacancia del presidente de la República por su *permanente incapacidad moral* debiera ser —en caso se decida mantener en nuestra Carta Política— un instrumento de uso limitado. No amplio ni laxo, porque el resguardo del principio de separación, equilibrio y balance de poderes, debe significar que se decida su empleo con base a determinados *contornos* construidos sobre elementos objetivos, puesto que la aprobación de la vacancia significa *cortar el hilo* del periodo presidencial que la Constitución ha programado para que sea por cinco años y cuyo representante proviene del voto popular; no de la fuerza de los votos de los parlamentarios.

Con tal propósito, me persuaden las posiciones interpretativas sostenidas en el voto singular conjunto de los jueces Ledesma y Ramos, así como en el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña. Sobre la base de sus planteamientos, me parece que es perfectamente posible construir una interpretación constitucional *ecléctica* de la causal que construya estos necesarios *contornos*:

- i) Desde el punto de vista de la interpretación *originalista*, sujeta a sus fuentes históricas, la vacancia por permanente incapacidad moral debe entenderse como una grave *discapacidad mental* del primer mandatario que le impide, por su deterioro e irreversibilidad, debidamente comprobada, continuar ejerciendo el cargo de presidente de la República; y,
- ii) Desde una perspectiva de *living constitutionalism*, puesto que tanto de la posición de la doctrina en nuestro medio⁴⁷, de los debates constituyentes de

46 Ver fundamentos 96° y 97° de su voto singular.

47 En la obra intitulada “La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada”, coordinada por Domingo García Belaunde y Jhonny Tupayachi Sotomayor (2018), se compilan diversos trabajos sobre la materia. Uno de ellos (García Belaunde, 2018: 43) reconoce que la causal ha sido entendida, “en un primer momento [...] a gente con debilidad mental, desequilibrados, alguna deficiencia psiquiátrica, pero en las últimas décadas se ha entendido como

nuestras dos últimas Constituciones⁴⁸, de los antecedentes prácticos⁴⁹, de las propuestas de cambio constitucional⁵⁰ e, incluso, de la posición contenida

inconductas, o sea, comportamientos extraños que no son propios de tal alta investidura o que la deshonran”. Un reconocimiento similar (inicialmente, discapacidad mental, posteriormente, calificación de *conductas* de tal gravedad que “no solo lo denigran como persona, sino ofenden al país, al ser contrarios a la moral y las sanas costumbres”) hace Enrique Bernaldes (2018: 88-89); Castillo Córdova (2018: 121 y ss); Eguiguren Praelli (2018: 385); García Chávarri (2018: 446) entre otros.

- 48 En el debate constituyente de 1993, incluso se pensó que los “delitos comunes” que cometiera el presidente de la República, antes o durante su mandato, debían desahogarse a través de la causal de vacancia por permanente incapacidad moral. Reproduzco pasajes del debate con las participaciones de los ex constituyentes Enrique Chirinos Soto, Henry Pease y Carlos Ferrero Costa:

“El señor CHIRINOS SOTO (R).- Señor Presidente, someter a juicio político los delitos comunes que comete el Presidente no me parece pertinente, porque en ese caso hay la declaración de vacancia y lo juzga el Poder Judicial como a cualquier particular.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).- Tiene que ser previamente acusado.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- No, no. ¿Cómo se le van a conceder los honores del antejuicio por un delito común? No puede ser. El Congreso le levanta su calidad de Presidente por incapacidad moral y lo juzga el Poder Judicial a nivel de Juez de Instrucción, no a nivel de Corte Suprema. Por corrupción, tampoco cabe.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).- El caso de Collor de Melo ha requerido un juicio de ese nivel.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- No es verdad lo que dice el doctor Pease García. Collor de Mello, efectivamente, ha sido acusado ante el Congreso, pero resulta que el juicio político en el Congreso brasileño es completamente un juicio que habría que estudiar en todo caso. Yo no estoy de acuerdo con que al Presidente de la República, por un delito común, se le concedan los honores del antejuicio. [...] [...]

“El señor FERRERO COSTA (NM-C90).- En cuanto a la preocupación del doctor Pease García, ella se origina porque cuando nosotros vimos la incapacidad moral, no llegamos a definir si para esta Comisión, o para la Constitución, la incapacidad moral comprende cometer los delitos comunes. Eso es interpretativo. El doctor Chirinos Soto sostiene que es causal de incapacidad moral un delito grave. Ésa es una tesis muy respetable, pero la Constitución no dice eso, y va a seguir siendo interpretativo. Y porque es interpretativo, es que surge la duda del doctor Pease García.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- En el artículo 210.º tenemos delimitados los casos en que se puede acusar al Presidente, ninguno de los cuales es delito común. El delito común, que tiene que estar cubierto, porque sería inaceptable un Presidente que cometiera delito común, está incluido en la incapacidad moral.

El señor FERRERO COSTA (NM-C90).- Pero eso es por deducción, doctor Chirinos Soto; es una deducción que va a obligar, ciertamente, a que haya un debate. Nuestra obligación sería encontrar una solución que evitara un debate que es innecesario y que significaría cada vez tener que explicar a la gente que, como no está en el artículo 210.º, tiene que ser incluido como incapacidad moral. Ése es el problema de fondo”. (CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: 1272, 1274-1275).

- 49 EGUIGUREN (2018: 377 y ss) alude a una serie de casos en los últimos 25 años en América Latina usando similar causal vinculada a la grave inconducta del presidente de la República, incluyendo el caso peruano que, durante la vigencia de la Constitución de 1993, aplicó esta causal a Alberto Fujimori en el año 2000. Y como he comentado antes en este trabajo (supra 2.3), en este quinquenio 2016-2021, se ha usado en cuatro oportunidades lo que ha ocasionado que tengamos, en este periodo, cuatro presidentes de la República.

- 50 El gobierno del expresidente Valentín Paniagua designó a un grupo de veintiocho juristas (designados mediante Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de fecha 31 de mayo de 2001) para que

en los fundamentos de voto de los magistrados Blume y Sardón (*supra* 2.4.), así como del voto singular conjunto de los jueces Ledesma y Ramos que he analizado anteriormente (*supra* 3), queda claro que dicha causal ha *mutado* de su molde original, referido en el contorno anterior (*discapacidad mental* grave y permanente) para también entenderse como la grave inconducta del presidente de la República que torna insoportable su permanencia en el ejercicio de su cargo público durante el resto del periodo presidencial. Pero, en este escenario, los límites debieran ser:

- a) Que no puede encausarse como *permanente incapacidad moral* los delitos de función cometidos durante el ejercicio del mandato, por la limitación contenida en el artículo 117° de la Constitución, ni tampoco las infracciones constitucionales puesto que son privativas del juicio político (artículos 99° y 100° de la Carta Política); y,
- b) Resultarían adecuados los criterios de comprensión de su contenido previstos en los literales a), b) y c) del punto resolutivo 3° del voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos.

integren la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional (“CEBRC”). El documento final se emitió en el mes de julio del año 2001. No hubo tiempo de abrir el debate nacional sobre las propuestas de la CEBRC. En la parte concerniente a las propuestas de reforma constitucional relacionadas al Poder Ejecutivo, la CEBRC propuso lo siguiente:

“7. **Vacancia.** Las causales de vacancia de la Presidencia de la República son, además del caso de muerte:

- a) Renuncia, aceptada por el Congreso.
- b) Abandono del cargo, al salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no retomar a él dentro del plazo fijado.
- c) Sentencia firme condenatoria por la comisión de delitos de función o por infracción a la Constitución.
- d) Incapacidad permanente, física o mental, declarada por el Congreso, previo dictamen médico.
- e) Conducta incompatible con la dignidad del cargo.

En los casos de los incisos a), b) y c) se requiere mayoría simple de votos; y en los casos de los incisos d) y e) se necesitan dos tercios del número legal de senadores y de diputados.

La fórmula propuesta elimina las restricciones establecidas en el artículo 117° de la Constitución de 1993, como la del artículo 210° de la de 1979”. [subrayado agregado]

Como se aprecia, la propuesta diferenciaba la *discapacidad mental* (término más apropiado, teniendo en cuenta la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” de las Naciones Unidas aprobada en 2006).

Asimismo, la “Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política”, creada mediante Resolución Suprema N.° 228-2018-PCM, propuso eliminar la causal de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República, argumentando que “[l]a historia de la incorporación de esta causal de la vacancia, apunta a la incapacidad mental. Por ello, su uso como desaprobación de la gestión o falta de idoneidad al cargo, cuando se cuenta con los votos para ello genera gran inestabilidad y quiebra el modelo presidencial” (2019: 32).

Mención aparte merece, por un lado, que discrepo por las razones antes anotadas (*supra* 3) con la interpretación de canalizar la grave conducta del presidente de la República que riña con la dignidad del cargo por el camino de la *suspensión* a que se refiere el inciso 1° del artículo 114° de la Constitución (voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña); y, por otro, con la regulación de las reglas procedimentales previstas en los literales d), e), f) y g) del citado punto resolutivo 3° del voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos. Y es que, en el caso de estas últimas, si bien constituyen propuestas interesantes y razonables, considero que el Tribunal Constitucional, tal como ocurrió en la STC N.° 0006-2003-AI/TC, debiera *recomendar* al Congreso de la República que reforme el Reglamento del Congreso para contemplarlas.

Claro está que todo lo aquí comentado muestra, en síntesis, que la Constitución tiene defectos en su diseño estructural sobre el destino del periodo presidencial. Que el Tribunal Constitucional decidiera no poner luces sobre el camino sinuoso de la diversidad de interpretaciones referidas al contenido de la causal objeto de análisis, contribuye a que ésta permanezca en la oscuridad lo cual favorece —como así dan cuenta los recientes hechos políticos de este quinquenio 2016-2021— cualquier intento de asalto al poder. El destino del periodo presidencial continúa, lamentablemente, *pendiendo de un hilo* a costa de la fuerza de los votos del Parlamento. Ello amerita, qué duda cabe, la necesidad de una reforma constitucional que decida sincerar la cuestión a través de la posibilidad de que sea usada como un supuesto de *juicio político* que pueda emplearse contra el presidente de la República durante el ejercicio de su mandato (con reglas procedimentales que han sido bien pensadas y aportadas por la jueza Ledesma y el juez Ramos), sin perjuicio de conservar el supuesto de vacancia por grave y permanente *discapacidad mental* (adecuando el término a la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”).

¿Por qué debiera ser un supuesto de *juicio político*? Considero que la evaluación de la *grave conducta* del presidente de la República que riña *contra la dignidad del cargo* es, no cabe duda, una situación que demanda su responsabilidad política y que busca su destitución. Se trata, pues, de un caso propio del *impeachment* o juicio político que la Constitución tendría que autorizar para que pueda promoverse contra el presidente durante el ejercicio de su cargo. No se trata, definitivamente, de la constatación de un concreto evento o situación fáctica que el Congreso verifica, como aquellas contenidas en el artículo 113° de

la Constitución. Si se siguiera el orden sistémico de la actual Carta Política y se realizara solo su modificación parcial –aunque en otro trabajo he propuesto que, si se hace una modificación parcial, ésta debiera concentrarse en todo el contenido de los Títulos IV y V (LÓPEZ FLORES, 2019: 175-176)–, la ubicación de esta causal que debiera estar en el artículo 117° de la Constitución.

Así las cosas, propongo estos textos sustitutorios de los artículos 113° y 117° de la Carta de 1993:

“Artículo 113.- La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. **Su permanente discapacidad mental o física, cuya gravedad e irreversibilidad le impidan el ejercicio del cargo**, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución”.

“Artículo 117.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, **conforme al procedimiento previsto en los artículos 99 y 100**, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral y **del Tribunal Constitucional**.

También puede ser acusado y destituido por incurrir en conducta grave, cometida durante el ejercicio del mandato presidencial, que sin ser delito común o de función, resulte incompatible con la dignidad del cargo y ocasione un notorio desequilibrio social. Además de lo dispuesto en los artículos 99 y 100, en este supuesto, rigen las siguientes reglas y garantías:

- a) **Respeto del principio de congruencia entre los hechos que dan lugar a la acusación y lo decidido por el Congreso;**

- b) **Los hechos que dan lugar a la acusación deben basarse en elementos que sustenten, más allá de toda duda razonable, la comisión de la conducta;**
- c) **Debe respetarse la garantía del tiempo y medios necesarios para la preparación de la defensa;**
- d) **La votación en el pleno del Congreso para decidir la destitución debe ser igual o mayor a los cuatro quintos del número legal de Congresistas, excluyendo a los de la comisión permanente;**
- e) **Se requiere una segunda votación; y,**
- f) **No procede el pedido de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República.**

La inmunidad de acusación prevista en esta disposición no es aplicable para los delitos comunes cometidos antes o durante el ejercicio del cargo. El juzgamiento ante el órgano jurisdiccional competente da lugar a la suspensión en el cargo, conforme al inciso 2 del artículo 114”.

702

Como se aprecia, en mi opinión, los cambios, sistemáticamente, deben concentrarse en el artículo 117° de la Constitución. En principio, se podría aprovechar para enmendar el grueso error que presenta el texto vigente de la citada disposición: que pese a que dicha Carta Política continuó con la figura del Tribunal Constitucional (antes, *Tribunal de Garantías Constitucionales*, con la Carta Política de 1979), no incluyó, como causal de acusación del Presidente, si durante su mandato impedía el funcionamiento de este importante órgano constitucional, a pesar de que en el debate constitucional del Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1993, dicho texto, tal cual estaba en la Constitución de 1979, fue discutido como proyecto inicial⁵¹. Definitivamente, como bien apunta RUBIO CORREA (1999: 298), se trata de una omisión bastante grave.

51 Así consta en el diario de los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático. En la sesión del 24 de marzo de 1993, se aprecia lo siguiente:

“Con la supresión de la mención al Tribunal de Garantías Constitucionales, se aprueba, por unanimidad, el artículo 10.º, que contempla los casos en que el Presidente de la República puede ser acusado durante su gestión

El señor PRESIDENTE.- “Artículo 10.º.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones

El segundo párrafo del texto propuesto está construido con base al planteamiento de los jueces Ledesma y Ramos, en su voto singular conjunto, con el cual coincide.

Y en el último párrafo también propongo aprovechar una, en mi opinión, gruesa omisión del texto vigente del artículo 117° de la Constitución: el caso de los delitos comunes que cometa el presidente de la República durante su mandato, o los cometidos antes de que acceda al cargo.

En efecto, considero que el artículo 117° de la Constitución se relaciona, *obligatoriamente*, con los artículos 99° y 100° de dicha Carta Política⁵², de tal manera que de la lectura conjunta de estas tres disposiciones constitucionales tenemos que el presidente, por sus *actos funcionales* que puedan ser calificados como delito o infracción constitucional (o ambos, de modo *concurrente*⁵³), puede ser *acusado constitucionalmente*, ante el Congreso de la República: (i) *durante su mandato*, sólo por las causales excepcionales previstas en el citado artículo 117° de la Constitución; ó, (ii) *después de culminado su periodo de mandato*, por cualquier delito funcional o infracción constitucional.

presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo... –que debe ser el 27.º–, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales.”

En debate. [...]”. (CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: 1272).

52 Así también lo entiende Enrique BERNALES (1998: 577): “*En realidad, el artículo transcrito [117°] tiene necesariamente que leerse con los artículos 99° y 100° de la Constitución. Es, en ese sentido, una modalidad bastante modesta y restringida del impeachment proveniente de la tradición anglosajona*”.

53 La *acusación constitucional* puede versar en la comisión de delitos y, además, por *infracción constitucional*. Existen antecedentes de *acusaciones constitucionales* formuladas por *concurrentia* de *infracción constitucional* y comisión de delitos funcionales. Cito un caso: la acusación constitucional contra el ex congresista Kenji Gerardo Fujimori Higuchi. Dicho parlamentario fue acusado constitucionalmente por el caso de tráfico de influencias para evitar la vacancia del Presidente Kuczynski a cambio del indulto a su padre, Alberto Fujimori. Se le imputaron infracciones constitucionales y comisión de delitos en la acusación constitucional. Según consta en la Resolución Legislativa N° 009-2017-2018-CR, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 8 de junio de 2018, el Pleno del Congreso aprobó el *antejuicio* formulado en su contra y, en consecuencia, declaró “*haber lugar a la formación de causa [...] por la presunta comisión de los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias, previstos en los artículos 397 y 400 del Código Penal, respectivamente*”, además de disponer la *suspensión* “[...] *en el ejercicio de sus derechos y deberes funcionales [como congresista] en tanto dure el proceso penal*”. Sin embargo, en la Resolución Legislativa N° 012-2017-2018-CR, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 16 de junio de 2018, el Congreso de la República resolvió “*archivar la acusación constitucional [...] por infracción de los artículos 35, 38, 39, 43, 44 y 45 de la Constitución Política al no haber alcanzado el número de votos requeridos para la destitución propuesta*”.

Finalmente, derivado de la consideración anterior, es lógico deducir que el Presidente de la República *no es inmune, inviolable, irresponsable* por delitos comunes (aquellos que *no* tienen como conducta relevante el *uso del cargo* para cometerlo) perpetrados *antes* de ocupar su cargo o *durante* el ejercicio de su cargo.

Sin embargo, si bien esta última consideración resulta ser lógica en tanto se desprende de las premisas anteriores, que el presidente de la República *no sea inmune* por actos *no* funcionales cometidos durante su mandato presidencial –o antes de haber asumido el cargo– fue objeto de discusión en el seno de la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD de 1993⁵⁴.

54 En efecto, algunos constituyentes plantearon *ampliar* el espectro de delitos por los que podía ser *acusado* el presidente de la República. Sin embargo, se hizo notar que los supuestos por los que podía establecerse la *excepcionalidad* de acusar constitucionalmente al presidente durante su mandato, *no debían estar relacionados a delitos comunes*. Reproduzco pasajes del debate con las participaciones de los ex constituyentes Enrique Chirinos Soto, Henry Pease y Carlos Ferrero Costa:

“El señor CHIRINOS SOTO (R).– Señor Presidente, someter a juicio político los delitos comunes que comete el Presidente no me parece pertinente, porque en ese caso hay la declaración de vacancia y lo juzga el Poder Judicial como a cualquier particular.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).– Tiene que ser previamente acusado.

El señor CHIRINOS SOTO (R).– No, no. ¿Cómo se le van a conceder los honores del antejuicio por un delito común? No puede ser. El Congreso le levanta su calidad de Presidente por incapacidad moral y lo juzga el Poder Judicial a nivel de Juez de Instrucción, no a nivel de Corte Suprema. Por corrupción, tampoco cabe.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).– El caso de Collor de Melo ha requerido un juicio de ese nivel.

El señor CHIRINOS SOTO (R).– No es verdad lo que dice el doctor Pease García. Collor de Mello, efectivamente, ha sido acusado ante el Congreso, pero resulta que el juicio político en el Congreso brasileño es completamente un juicio que habría que estudiar en todo caso. Yo no estoy de acuerdo con que al Presidente de la República, por un delito común, se le concedan los honores del antejuicio. [...]”.

[...]

“El señor FERRERO COSTA (NM-C90).– En cuanto a la preocupación del doctor Pease García, ella se origina porque cuando nosotros vimos la incapacidad moral, no llegamos a definir si para esta Comisión, o para la Constitución, la incapacidad moral comprende cometer los delitos comunes. Eso es interpretativo. El doctor Chirinos Soto sostiene que es causal de incapacidad moral un delito grave. Ésa es una tesis muy respetable, pero la Constitución no dice eso, y va a seguir siendo interpretativo. Y porque es interpretativo, es que surge la duda del doctor Pease García.

El señor CHIRINOS SOTO (R).– En el artículo 210.º tenemos delimitados los casos en que se puede acusar al Presidente, ninguno de los cuales es delito común. El delito común, que tiene que estar cubierto, porque sería inaceptable un Presidente que cometiera delito común, está incluido en la incapacidad moral.

El señor FERRERO COSTA (NM-C90).– Pero eso es por deducción, doctor Chirinos Soto; es una deducción que va a obligar, ciertamente, a que haya un debate. Nuestra obligación

El 21 de septiembre de 2006, la Defensoría del Pueblo, durante el ejercicio del cargo de la Dra. Beatriz Merino, remitió el Oficio N° 0152-2006-DP al Congreso de la República, conteniendo el Proyecto de Ley N° 290/2006 mediante el cual propuso una “Ley de desarrollo de la inviolabilidad del Presidente de la República, de la inmunidad de procesamiento y arresto y de defensa legal de los funcionarios públicos”⁵⁵.

En la sustentación del referido proyecto, la Defensoría del Pueblo expresó interesantes e importantes argumentos que justifican la modificación del citado dispositivo constitucional. Uno de ellos está referido a las razones por las que resulta válido y razonable entender, interpretar, que el presidente de la República, durante el ejercicio de su cargo, *no es inmune* a los cargos penales por delitos comunes cometidos en ese periodo o antes de que asuma tan importante función. Transcribo:

“[E]l artículo 117° describe los delitos funcionales a los que, por su gravedad, no alcanza la inviolabilidad y de esa forma, *sensu contrario*, señala los delitos funcionales a los que esta figura se extiende o lo que es lo mismo, a los delitos por los que el Presidente de la República no puede ser acusado constitucionalmente y por ende procesado durante su mandato. Dicho de otro modo, a través del mencionado artículo 117°, la Constitución expresamente dispone en qué casos el presidente siempre es responsable por delitos funcionales.

Ahora bien, la inviolabilidad, como excepción a la regla general de persecución penal y como garantía para el ejercicio de la función pública de presidente de la República, no debería alcanzar tampoco a delitos comunes y a otros delitos no vinculados a su función presidencial. Tal como se ha adelantado, en el marco del Estado constitucional y democrático, la inviolabilidad del presidente debe estar relacionada única y directamente con

sería encontrar una solución que evitara un debate que es innecesario y que significaría cada vez tener que explicar a la gente que, como no está en el artículo 210.°, tiene que ser incluido como incapacidad moral. Ése es el problema de fondo”. (Congreso Constituyente Democrático: 1274-1275).

55 Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/\\$FILE/00290.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/$FILE/00290.PDF) Consultado: 22 de marzo de 2021.

delitos que se cometan con ocasión del ejercicio de la función presidencial –como los detallados en el artículo 117° que al ser tan graves han sido expresamente excluidos de la protección que da la inviolabilidad– mas no respecto a delitos que escapen a este ámbito funcional.

Al sostenerse que la inviolabilidad del presidente de la República no alcanza a los delitos comunes se está llevando a cabo una interpretación sistemática respetuosa del principio de unidad de la Constitución puesto que la tipificación y, en su caso, persecución de delitos comunes concreta uno de los fines primordiales del Estado previsto en el artículo 44° de la Constitución, cual es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. El cumplimiento de este fin supremo debe alcanzar también, o tal vez con mayor razón, a la persona que ejerce el cargo de presidente de la República, que no sólo es el jefe de Estado sino que representa o “personifica la Nación” de acuerdo al artículo 110° de la Constitución”.

No obstante que concuerdo, sustancialmente, con las razones expresadas por la Defensoría del Pueblo, debo dejar constancia que éstas presentan resistencias de un sector muy respetable de nuestra doctrina nacional⁵⁶.

706

En este sentido, la fórmula propuesta esclarece que la inmunidad de acusación del presidente de la República, no es aplicable para los delitos comunes cometidos antes o durante el ejercicio del cargo. Sin embargo, el *juzgamiento* (es decir, la fase estelar del proceso, donde la Fiscalía, luego de agotada la fase de la investigación preparatoria, cuenta con una sospecha razonable y fuerte de comisión del ilícito y, por tanto, *acusa*) ante el órgano jurisdiccional competente da lugar a la suspensión en el cargo, conforme al inciso 2 del artículo 114. De esta manera, la propuesta guarda sentido con lo dispuesto en la aludida disposición constitucional.

Finalmente, más allá de esta propuesta, lo acontecido al momento de resolver este histórico caso –es decir, que la mayoría de sus miembros abdicó de su rol funcional– trae a colación la oportunidad de poner en el debate público y académico

56 EGUIGUREN (2007: 212) sostiene que tratándose de delitos comunes, “*con mayor razón, el Presidente solo podría ser acusado y juzgado penalmente luego de culminar su mandato, sin necesidad de previo Antejjuicio. Por los actos del Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones, responden política, civil y criminalmente los ministros que refrendan dichos actos, conforme con el artículo 128°.*”

sobre el número de miembros del Tribunal Constitucional y si los procesos de selección y elección deben continuar íntegramente en manos del Parlamento.

Aquí formalizo por escrito una propuesta sobre la cual me he referido, en otras oportunidades, a través de los medios de comunicación: se requiere *reformar la Constitución* para restaurar el número de nueve magistrados del Tribunal Constitucional que contemplaba la Constitución de 1979. La reforma efectuada por la Carta de 1993 fue –y es– totalmente antitécnica. Ni se condice con el número mínimo de jueces que a nivel comparado tienen algunos Tribunales Constitucionales de países latinoamericanos (Colombia, Ecuador, Chile; éste último, con diez jueces) o de Europa (dieciséis, Alemania, doce, España) y, menos aún, con un país como el nuestro que ante la carencia de una segunda cámara, en los hechos, el Tribunal Constitucional se convierte en esa cámara revisora que, desafortunadamente, ejerce un control de leyes aprobadas que producen complicaciones políticas y económicas a mérito de medidas populistas, como ha venido ocurriendo en este quinquenio que está por culminar.

Una cámara de revisión de la constitucionalidad de las leyes merece estar compuesta por un número que permita un amplio debate y, sobre todo, que asegure que se adopten decisiones sobre el fondo. Insisto, un caso único, histórico como el que aquí comento, se ha visto impedido de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por sólo cuatro jueces de siete. ¿Debe un Tribunal Constitucional tener ese número reducido? ¿Qué razones técnicas llevaron a que los constituyentes de 1993 redujeran de 9 jueces a 7? ¿Se condice con la experiencia comparada, como ya lo he indicado?

Pero no sólo ello, se requiere también repensar el modelo de selección y elección de jueces que ha puesto todas las llaves en manos del Parlamento y cuya génesis tuvo todo sentido en la lógica de captación del poder del régimen dictatorial fujimorista (1993-2000) y que, lastimosamente, los regímenes democráticos posteriores no fueron capaces de desarticular, dando lugar a episodios de *repartija* (LOAIZA: 2013).

Propongo separar el proceso de *selección* del de *elección* de sus jueces. El primero, a cargo de la Junta Nacional de Justicia en un concurso público de méritos. Los mejores del concurso armarían una suerte de *plancha* sobre la cual se elegirían a los jueces del Tribunal Constitucional. Los que ocupen los primeros lugares obtendrían un tercio de las sillas. Otro tercio, sería elegido por el Ejecutivo,

siempre de esa plancha; y, el otro tercio, el Legislativo. Así se cortarían el cabildeo, la *repartija* que lamentablemente se ha generado, varias veces, en el Congreso de la República. Y, desde luego, renovación por tercios.

Es una propuesta en la que hay que pensar, debatir, madurar en el espacio de una seria reforma constitucional. El bicentenario, así lo requiere.



Bibliografía

Agencia EFE

2020 “Seis días de protestas derriban el Gobierno transitorio de Manuel Merino”. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/politica/seis-dias-de-protestas-derriban-el-gobierno-transitorio-manuel-merino/20000035-4394932> Consultado: 2 de marzo de 2021.

ARÉVALO RAMÍREZ, Walter y GARCÍA LÓPEZ, Fernanda

2018 “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio”; En: Revista Ius et Praxis, Año 24, N° 2, 2018; Chile: Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; pp. 393 – 430. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00393.pdf> Consultado: 3 de marzo de 2021.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1998 “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”; Lima: Editora Rao Jurídica; cuarta edición.

BBC News Mundo

2020 “Caso Richard Swing: por qué el Congreso de Perú votará sobre la destitución del presidente Martín Vizcarra”. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54127132> Consultado: 2 de marzo de 2021.

“Martín Vizcarra: el Congreso de Perú destituye al presidente”. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54882941> Consultado: 2 de marzo de 2021.

CARBÓ GARCÍA, JUAN RAMÓN y PÉREZ MIRANDA, IVÁN

2009 “Hijas de la noche (II): el destino de las Parcas entre el pasado y el presente”; En: ARYS, 8, 2009-2010; Madrid: Revista editada por la Asociación ARYS (Anti-güedad, Religiones y Sociedades); pp. 141-154. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/ARYS/article/view/5345> Consultado: 1° de marzo de 2021.

COMISIÓN DE ALTO NIVEL PARA LA REFORMA POLÍTICA

- 2019 “Hacia la democracia del bicentenario: Informe Final de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política”; Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/300957/Comisi%C3%B3n_Informe_Completo-compressed_compressed.pdf Consultado: 18 de marzo de 2021.

COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

- 2002 “Informe Final”. En: *Pensamiento Constitucional* Vol. 8, Núm. 8; Lima: Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 2002.

COMISIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y COMPETENCIALES

- 2016 “El proceso competencial en la jurisprudencia (1996-2005); Lima: Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

- 2001 “Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y Reglamento”; Tomo II; Lima: 2001; Congreso de la República (publicación oficial)

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2006 “Oficio N° 0152-2006-DP” remitido al Congreso de la República, conteniendo el Proyecto de Ley N° 290/2006 mediante el cual propuso una “Ley de desarrollo de la inviolabilidad del Presidente de la República, de la inmunidad de procesamiento y arresto y de defensa legal de los funcionarios públicos”. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/\\$FILE/00290.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/$FILE/00290.PDF) Consultado: 22 de marzo de 2021.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

- 2007 “La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional”; Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍABELAUNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinadores)

- 2018 “La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada”; Lima: Instituto Pacífico; segunda edición.

GARCÍA CHÁVARRI, Abraham

- 2020 “La vacancia por incapacidad moral quiebra el modelo presidencial”; En: *La Ley*. Disponible en: <https://laley.pe/art/10075/abraham-garcia-la-vacancia-por-incapacidad-moral-quiebra-el-modelo-presidencial> Consultado: 20 de marzo de 2021.

GONZÁLEZ DORESTE, Dulce María y PLAZA PICÓN, Francisca del Mar

- 2015 “Del averno al infierno medieval. Reescrituras francesas de un mito”; En: *Revista de Literatura Medieval*; N.º 27 (2015); España: Universidad de Alcalá; pp. 85-110,

Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/27985> Consultado: 2 de marzo de 2021.

LANDA ARROYO, César

2000 “Justicia constitucional y *political questions*”; En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N.º. 4, págs. 173-204. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976077> Consultado: 14 de marzo de 2021.

LOAIZA, Pamela

2013 “Los orígenes de la repartija. Balance de la selección de magistrados del Tribunal Constitucional; En: “Argumentos. Revista de análisis y crítica”; Edición N.º 4; septiembre de 2013; Lima: Instituto de Estudios Peruanos. Disponible en: https://argumentos-historico.iep.org.pe/wp-content/uploads/2014/04/loaiza_setiembre2013.pdf Consultado: 28 de marzo de 2021.

LÓPEZ FLORES, Luciano

2019 “Cuestión de (des)confianza. Respuestas al Parlamento y la Convención Nacional de Reforma Constitucional”; Lima: Legisprudencia.pe.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 “Estudio de la Constitución Política de 1993”; Tomo IV; Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Condena del Absuelto

Comentarios a la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional
en el Expediente 4374-2015-PHC/TC

✉ GUILLERMO MARTÍN SEVILLA GÁLVEZ*

1. Introducción

Resulta materia de comentario a través del presente trabajo una sentencia emitida en el Expediente 4374-2015-PHC/TC, en el extremo que declaró fundada en parte la demanda de habeas corpus y con ello se restituyó el derecho fundamental a la pluralidad de instancias, el cual constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que se encuentra consagrado en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y cuyo contenido ha sido desarrollado en la vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

711

En efecto, en el caso en comento el demandante del habeas corpus, en primera instancia del proceso penal que cuestiona, fue absuelto; pero luego en virtud de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria, se emitió la sentencia condenatoria en segunda instancia, decisión contra la cual interpuso recurso de casación que fue rechazado, lo cual significó la denegatoria a cuestionar la condena mediante alguna impugnación, porque la norma procesal penal no posibilita ello, actuación con la cual se produjo no sólo la vulneración a la pluralidad de instancias sino su derecho defensa que guardan conexidad con su derecho a la libertad personal.

Por las alegadas vulneraciones, el Tribunal Constitucional estimó la demanda constitucional y declaró nula la sentencia condenatoria, ordenó la realización de un nuevo juicio oral y exhortó (de nuevo) al Congreso de la República para

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la misma casa de estudios y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

que establezca una modificación en la legislación que permita un recurso de revisión ordinario contra aquellas sentencias que condenen en segunda instancia a la persona que haya sido absuelta en la primera.

No obstante, la reiterada exhortación al Congreso de la República, pues en una anterior sentencia emitida en el Expediente 00861-2013-PHC/TC, publicada el 30 de noviembre de 2018, el máximo intérprete de la Constitucionalidad reiteró de nuevo la citada exhortación al Poder Legislativo para que se modifique la norma procesal penal y se permita a la persona condenada luego de haber sido absuelta primigeniamente impugne la condena y con ello sea revisada; sin embargo, éste no ha cumplido hasta la fecha con efectuar la modificación legislativa.

En el presente trabajo también comentaremos la indebida motivación de la sentencia expedida en el Expediente 4374-2015-PHC/TC, pese a la decisión que consideramos acertada, aunque fue insuficiente, de estimar en parte la pretensión constitucional; toda vez, que el Tribunal Constitucional perdió la oportunidad para establecer la modificación normativa en mención para permitir al condenado que fue absuelto en primera instancia, apele la sentencia de condena, lo cual podría haber significado una solución definitiva a la problemática que dicho tema significa; y con, ello los jueces penales viabilicen la mencionada impugnación.

712

2. La Condena del Absuelto

En principio toda persona condenada en virtud de una sentencia por la presunta comisión de algún delito tiene derecho a cuestionarla vía impugnación, sin importar en que instancia en haya sido dictada.

Esa postura es la que sustenta el derecho que tiene toda persona de recurrir la sentencia condenatoria luego de haber sido absuelta; sin embargo, la aplicación del artículo 425, inciso 3, literal “b”, del Nuevo Código Procesal Penal prevé “... Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria ...” resulta no sólo resulta inconstitucional por la denegatoria a apelarla porque contraviene lo consagrado en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política, sino también violatoria del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el referido código no prevé forma alguna cuestionar vía impugnación la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, luego de

haberse revocado la sentencia absolutoria emitida en la primera instancia, que permita su revisión, por lo que también se vulneran los derechos fundamentales a la pluralidad de instancias y de defensa.

Al respecto, en un anterior trabajo se señaló que “...el artículo 425, inciso 3, literal “b”, del Nuevo Código Procesal Penal permite de forma constitucional...condenar en segundo grado a una persona absuelta en primera instancia; y de otro lado, no habilita un medio impugnatorio eficaz...”¹

Asimismo, debemos decir el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, lo cual significa que todo inculcado o inculpada tiene derecho a cuestionar a través de una impugnación la sentencia que lo condene, sin que importe la instancia en la que haya sido emitida.

Los derechos a la instancia plural o a la doble instancia se encuentran consagrados en los incisos 6 y 14 (respectivamente) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, establecidos principios y derechos de la función jurisdiccional.

713

Asimismo, el Tribunal Constitucional consideró que “...Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de instancia, este Tribunal tiene establecido que el derecho a la pluralidad de instancia es un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Expedientes 3261-2005-PA/TC, 5108-2008-PA/TC, 5415-2008-PA/TC, 0607-2009-PA/TC)...”. En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución.

1 SEVILLA GÁLVEZ, Guillermo, Revisión de la Condena del Absuelto a través del Habeas Corpus artículo publicado en la Revista Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 133, Enero 2019, pág. 85

El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Expedientes 1243-2008-PHC/TC, 5019-2009-PHC/TC y 2596-2010-PA/TC)...”²

Lo cual significa que todas las partes procesales pueden impugnar alguna resolución que les cause agravio a través de los medios impugnatorios previstos en los códigos procesales correspondientes, dentro del plazo que establezcan estos; entre otros requisitos y exigencias de orden procedimental, por lo que también se constituye como un derecho de configuración legal.

En la sentencia emitida en el Expediente 4235-2010-PHC/TC el máximo intérprete de la Constitución consideró también que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancias el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra la sentencia que le imponga una condena penal, la resolución judicial que le imponga directamente una medida sería de coerción personal; entre otros, lo cual quiere decir que el procesado al interior de un proceso penal tiene derecho a apelar la condena que le prive o restrinja su derecho a la libertad personal ya sea mediante una pena efectiva, suspendida y reserva del fallo condenatorio.

714

El Tribunal, respecto al derecho de defensa ha establecido que: “... El artículo 139, inciso 14, de la Constitución reconoce el derecho de defensa, el cual garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Sin embargo, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente

2 Expediente N° 04374-2015-PHC/TC, ff, 9 y 10.

relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Expedientes 0582-2006-PA/TC, y 5175-2007-HC/TC)...

Asimismo, en reiterada jurisprudencia este Colegiado ha declarado que el derecho a la defensa comporta, en estricto, el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso. En materia penal dicho derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso...”³

En el caso materia de comentario diremos que el no permitirse impugnar la condena del absuelto, impide al condenado defenderse precisamente frente a una condena, mediante su cuestionamiento que contenga el medio impugnatorio, por ello consideramos que el derecho a la pluralidad de instancias resulta conexo al derecho de defensa, porque el ejercicio del primer derecho implica el ejercicio del segundo.

El Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades se ha pronunciado sobre la condena del absuelto, pues se resolvieron demandas de habeas corpus en las que se invocaban pretensiones como la que es materia del presente trabajo.

Así, debemos destacar de los referidos pronunciamientos, la sentencia emitida en el Expediente 00861-2013-PHC/TC publicada el 30 de noviembre de 2018.

En la citada sentencia se invocaba como pretensión a través del proceso de habeas corpus la declaración de la nulidad de la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Superior de Justicia de Moquegua por la que una persona fue condenada a tres años de privativa de la libertad, suspendida por el plazo de dos años, por el delito de peculado; y, en consecuencia, solicitó ser absuelta del proceso penal.

³ Expediente 02457-2016-PHC/TC, ff. 6 y 7.

El Tribunal Constitucional de forma acertada advirtió en el caso que el recurso de casación no era el medio impugnatorio para viabilizar la impugnación de la sentencia condenatoria por su naturaleza excepcional conforme lo prevé el artículo 429 del nuevo Código Procesal Penal; es decir, que cabe interponer casación en algunos supuestos excepcionales taxativamente establecidos en la referida norma, entre los que no se encuentra la posibilidad de cuestionar la condena del absuelto y con ello la Corte Suprema no se encuentra habilitada para revisar la condena, los hechos, las pruebas y los temas jurídicos, lo cual implica la restricción del ejercicio de los derechos a la instancia plural y de defensa son conexos al de la libertad personal.

Por consiguiente, el Tribunal en la sentencia emitida en el Expediente 00861-2013-PHC/TC sólo exhortó al Congreso de la República para que habilite un medio impugnatorio adecuado y eficaz que permita una revisión amplia e integral del fallo condenatorio (lo cual significaría una modificación normativa); y, declaró fundada en parte la demanda de habeas corpus en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional al haberse apreciado que se había vulnerado el derecho a la pluralidad de instancias de la demandante.

716

Con la referida exhortación el legislador debería haber modificado la norma al interior del nuevo Código Procesal Penal que permita a quien hubiera sido absuelto en primera instancia, pueda apelar la sentencia que precisamente lo condenó en segunda instancia, exhortación que no ha sido atendida hasta el día de hoy, pese al tiempo transcurrido desde que se publicó la citada sentencia.

También, en la referida sentencia se hizo mención a la Casación 194-2014-Áncash por la cual se ordenó a las Cortes Superiores de los distritos judiciales del país que incorporen como doctrina jurisprudencial vinculante a la condena del absuelto; además, se advirtió en la citada casación que en otra Casación 385-2013-San Martín, se propuso dos alternativas, la primera de ellas que se habilite a las Salas revisoras en cada distrito judicial para que se realice el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia, y, la segunda que se habilite un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto; las cuales tampoco han sido habilitadas pese al tiempo transcurrido desde la emisión de las mencionadas casaciones.

En el Expediente 4374-2015-PHC/TC, el Tribunal Constitucional, emitió un fallo que tiene mayores efectos que el emitido en la sentencia correspondiente

al Expediente 00861-2013-PHC/TC, aunque no necesariamente más acertados, pues no solo efectuó similar exhortación al Congreso de la República, sino que se declaró la nulidad de la sentencia condenatoria emitida luego de que el favorecido fue absuelto en primera instancia y ordenó la realización de un nuevo juicio oral a fin de que se debata nuevamente la responsabilidad penal del procesado, para que, en el supuesto de que se le encuentre responsable de los cargos que se le atribuyen, este tenga el derecho de impugnar dicho fallo condenatorio.

Respalda la solución dada por el máximo intérprete de la Constitución, lo opinado por Salas Arenas quien anota: "...es recién en la segunda instancia donde se produce por primera vez una decisión de condena (antes materialmente inexistente), surge el problema jurídico trascendente que va más allá de lo procesal y se enraíza en el orden fundamental (derechos humanos) y en el orden constitucional, puesto que esa determinación de condena (ciertamente fruto de un juicio revisorio, probablemente con una nueva actuación probatoria) no podrá ser discutida en otra y diferente instancia de mérito..."⁴

En efecto, el problema se presenta para quien haya sido condenado en segunda instancia luego de que haya sido absuelto en la primera, ya que la norma procesal no le permite siquiera vía recurso de casación (que resulta ser un medio impugnatorio de naturaleza excepcional y para determinados supuestos expresamente establecidos en la norma procesal penal) cuestionar la sentencia condenatoria; y, con ello revisar los errores e injusticias que podría contener la mencionada sentencia.

En la sentencia materia del presente artículo, en atención a lo referido, si bien nos parece acertada la reiterada exhortación al Congreso para que establezca una modificación al artículo 425, inciso 3. b del nuevo Código Procesal Penal que posibilite la revisión, a través de un recurso ordinario de la condena de la persona absuelta, porque con la aplicación de la referida norma se está vulnerando el derecho a la doble instancia de los procesados en el proceso penal, el cual se encuentra previsto en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; sin embargo, la declaración de la nulidad de la sentencia condenatoria no está justificada o sustentada en la sentencia constitucional, por lo que adolece

⁴ SALAS ARENAS, Jorge Luis, *Condena al Absuelto Reformatio in Peius Cualitativa*, Editorial Idemsa, Lima, 2011, pág. 20.

de una debida motivación. Al respecto reproducimos el párrafo que a nuestro entender resulta inmotivado:

“...15. En consecuencia, con la finalidad de garantizar el derecho a pluralidad de instancia en los términos precedentemente expuestos, y en tanto nuestro sistema procesal no contemple el derecho de recurrir la condena del absuelto ante un órgano jurisdiccional que esté facultado a revisar de manera integral la recurrida, se tiene que, en el caso de que se considere que la sentencia absolutoria carece de fundamentos que sustenten una decisión en ese sentido, se deberá declarar la nulidad de esta última a fin de que se realice un nuevo juicio en el que se debata nuevamente la responsabilidad penal del procesado, para que, en el supuesto de que se le encuentre responsable de los cargos que se le atribuyen, este tenga el derecho de impugnar dicho fallo condenatorio...”⁵.

Al analizar el mencionado párrafo podemos advertir que se resolvió declarar nula la sentencia absolutoria, pese a que la actuación que causa la afectación de naturaleza constitucional es la sentencia condenatoria; sin embargo, en el fallo final de la sentencia del habeas corpus, se declaró nula la sentencia condenatoria penal y se ordenó que se lleve a cabo un nuevo juicio oral para que se debata la responsabilidad del inculpado y que de ser encontrado culpable podrá impugnar la sentencia condenatoria, lo cual se configura como un error e incongruencia; además, consideramos no podría declararse la nulidad de la sentencia absolutoria porque no perjudica al demandante del proceso constitucional, pues no vulnera su derecho a la libertad personal ni a sus derechos conexos.

Consideramos que el Tribunal Constitucional sin haberlo justificado en la sentencia constitucional, actuó como una instancia revisora (como si fuera judicatura penal) al declarar la nulidad de la sentencia penal condenatoria, labor que a nuestro modesto entender no le corresponde; además, no explica porque declaró nula la sentencia condenatoria que permita la realización del juicio oral en la cual podría declararse la responsabilidad o inocencia del procesado, pues ni siquiera se explica porque dicha sentencia debe ser declarada nula como podría haber sido por ejemplo por carecer de una debida motivación.

En otras palabras, diremos, que, si bien el Tribunal ha querido remediar una situación injusta por la vulneración del derecho a la doble instancia conforme a sus facultades, consideramos que la declaración de nulidad de la sentencia condenatoria sin justificación alguna no era la forma adecuada para la restitución del mencionado derecho fundamental de naturaleza procesal, porque al ser condenado el inculcado (en segunda instancia) de nuevo la norma procesal penal le impediría impugnar la condena, lo cual significa caer en un círculo vicioso, siendo la única solución la modificación de la citada norma que posibilita al condenado absuelto impugnar la sentencia mediante el establecimiento de una norma; toda vez que la judicatura constitucional está facultada a partir de un caso concreto establecer reglas o normas que resulten vinculantes para los demás operadores de justicia. No obstante, lo anterior, diremos que la referida exhortación constituye un acierto de la sentencia constitucional, aunque es una solución insuficiente debido a la no atención de la exhortación por parte del legislador.

Asimismo, debemos señalar que pese al tiempo transcurrido desde la emisión efectuada en las dos sentencias de habeas corpus el Congreso no ha cumplido con modificar la norma en mención, con lo cual mantiene la norma inconstitucional que en su aplicación no sólo contraviene el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución, sino que se mantiene una normatividad procesal penal cuya aplicación vulnera el derecho a la doble instancia y el derecho de defensa conexos al derecho de la libertad personal, por lo que quizás los jueces penales al conocer un caso así deberían inaplicar la citada norma procesal vía control difuso y viabilizar la impugnación del condenado absuelto, labor difícil en un sistema en el cual los jueces penales ordinarios temen en incurrir responsabilidad funcional que los podría ser merecedores de investigaciones y sanciones administrativas por parte del órgano de control interno del Poder Judicial o no se atreven a realizarlo por diferentes consideraciones, por lo que aplican la norma inconstitucional vulneratoria de derechos fundamentales.

Sin embargo, no obstante al error de motivación de la sentencia materia del presente trabajo, nos parece positiva la renovada exhortación formulada al Congreso para que legisle en favor de aprobar una norma que permita la habilitación de la impugnación de la sentencia impuesta al que fue absuelto en primera instancia; sin embargo, recalamos como sucedió en anterior oportunidad el máximo intérprete de la constitucionalidad perdió la oportunidad de brindar una solución completa, con la modificatoria de la norma procesal penal.

Así, en otro trabajo planteamos lo siguiente: “...el Tribunal pudo proponer una modificación e incorporación en el Nuevo Código Procesal Penal para que el condenado en segunda instancia impugne la decisión condenatoria, como resultaría ser por ejemplo proponer un artículo que permita apelar la sentencia de segundo grado (que es la primera decisión condenatoria) para lo cual podría ser habilitada en la misma instancia superior (distinta a la que expidió la sentencia condenatoria) o una sala de la Corte Suprema, que puedan constituirse en sala revisora de la referida condena...”⁶

En la sentencia emitida en el Expediente 4374-2015-PHC/TC, el máximo intérprete de la Constitucionalidad pudo pues proponer la incorporación de la norma que modifique y habilite que el condenado en la segunda instancia luego de haber sido absuelto en la primera pueda impugnarla, en razón precisamente de la omisión o desinterés por parte del legislador de implementar dicha modificación normativa; y con, ello los jueces penales viabilizarían la mencionada impugnación.

Asimismo, el Tribunal pudo exhortar al Poder Judicial para que habilite Salas que permita la revisión del condenado absuelto en primera instancia.

720

3. Conclusiones

Toda persona condenada en virtud de una sentencia por la presunta comisión de algún delito tiene derecho a cuestionarla sin importar en que instancia en haya sido dictada.

La aplicación del artículo 425, inciso 3, literal “b”, del Nuevo Código Procesal Penal prevé “...Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria ...” resulta no sólo resulta inconstitucional por la denegatoria a apelarla porque contraviene lo consagrado en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política, sino también violatoria del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el referido código no prevé forma alguna cuestionar vía impugnación la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, luego de haberse revocado la sentencia absolutoria emitida en la primera instancia, que permita su revisión, por lo que también se vulneran los derechos fundamentales a la pluralidad de instancias y de defensa.

6 SEVILLA GÁLVEZ, Guillermo, Revisión de la Condena del Absuelto ...pág. 85

El no permitirse impugnar la condena del absuelto, impide al condenado defenderse precisamente frente a una condena mediante su cuestionamiento, por ello el derecho a la pluralidad de instancias resulta conexo al derecho de defensa, porque el ejercicio del primer derecho implica el ejercicio del segundo.

En el Expediente 4374-2015-PHC/TC, el Tribunal Constitucional, emitió un fallo que tiene mayores efectos que el emitido en la sentencia correspondiente al Expediente 00861-2013-PHC/TC, aunque no necesariamente más acertados, pues no solo efectuó similar exhortación al Congreso de la República, sino que se declaró la nulidad de la sentencia condenatoria emitida luego de que el favorecido fue absuelto en primera instancia y ordenó la realización de un nuevo juicio oral a fin de que se debata nuevamente la responsabilidad penal del procesado, para que, en el supuesto de que se le encuentre responsable de los cargos que se le atribuyen, este tenga el derecho de impugnar dicho fallo condenatorio.

El problema se presenta para quien haya sido condenado en segunda instancia luego de que haya sido absuelto en la primera, ya que la norma procesal no le permite siquiera vía recurso de casación (que resulta ser un medio impugnatorio de naturaleza excepcional y para determinados supuestos) cuestionar la sentencia condenatoria; y, con ello revisar los errores e injusticias que podría contener la mencionada sentencia.

En la sentencia expedida en el Expediente 4374-2015-PHC/TC, si bien resulta acertado la reiterada exhortación al Congreso para que establezca una modificación al artículo 425, inciso 3. b del nuevo Código Procesal Penal que posibilite la revisión a través de un recurso ordinario, de la condena de la persona absuelta, porque con la aplicación de la referida norma se está vulnerando el derecho a la doble instancia de los procesados en el proceso penal, el cual se encuentra previsto en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; sin embargo, la declaración de la nulidad de la sentencia condenatoria no está justificada o sustentada en la sentencia constitucional, por lo que adolece de una debida motivación.

Al haberse declarado nula la sentencia absolutoria, pese a que la actuación que causa la afectación es la sentencia condenatoria; sin embargo, en el fallo final de la sentencia del habeas corpus, se declaró nula la sentencia condenatoria penal y se ordenó que se lleve a cabo un nuevo juicio oral para que se debata la responsabilidad del inculgado y que de ser encontrado culpable podrá impugnar la

sentencia condenatoria, lo cual se configura en un error e incongruencia; además, no podría declararse la nulidad de la sentencia absolutoria porque no perjudica al demandante del proceso constitucional, pues no vulnera su derecho a la libertad personal ni a sus derechos conexos.

El Tribunal Constitucional sin haberlo justificado en la sentencia constitucional, actuó como una instancia revisora (como si fuera judicatura penal) al declarar la nulidad de la sentencia penal condenatoria, labor que no le corresponde; es decir, que no se explica de forma clara por qué declaró nula la sentencia condenatoria que permita la realización del juicio oral en la cual podría declararse la responsabilidad o inocencia del procesado, pues ni siquiera se explica porque dicha sentencia debe ser declarada nula como podría haber sido por ejemplo por carecer de una debida motivación.

Si bien el Tribunal ha querido remediar una situación injusta por la vulneración del derecho a la doble instancia conforme a sus facultades, consideramos que la declaración de nulidad de la sentencia condenatoria sin justificación alguna no era la forma adecuada para la restitución del mencionado derecho fundamental de naturaleza procesal, porque al ser condenado el inculcado (en segunda instancia) de nuevo la norma procesal penal le impediría impugnar la condena, lo cual significa caer en un círculo vicioso, siendo la única solución la modificación de la citada norma que posibilita al condenado absuelto impugnar la sentencia mediante el establecimiento de una norma; toda vez que la judicatura constitucional está facultada a partir de un caso concreto establecer reglas o normas que resulten vinculantes para los demás operadores de justicia. No obstante, lo anterior, diremos que la referida exhortación constituye un acierto de la sentencia constitucional, aunque es una solución insuficiente debido la no atención de la exhortación por parte del legislador.

Pese al tiempo transcurrido desde la emisión efectuada en las dos sentencias de habeas corpus el Congreso no ha cumplido con modificar la norma en mención, con lo cual mantiene la norma inconstitucional que en su aplicación no sólo contraviene el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución, sino que se mantiene una normatividad procesal penal cuya aplicación vulnera el derecho a la doble instancia y el derecho de defensa conexos al derecho de la libertad personal, por lo que quizás los jueces penales al conocer un caso así deberían inaplicar la citada norma procesal vía control difuso y viabilizar la impugnación del condenado absuelto, labor difícil en un sistema en el cual los jueces penales

ordinarios temen en incurrir responsabilidad funcional que los podría ser merecedores de investigaciones y sanciones administrativas por parte del órgano de control interno del Poder Judicial o no se atrevan a realizarlo por diferentes consideraciones, por lo que aplican la norma inconstitucional vulneratoria de derechos fundamentales.

No obstante, al error de motivación de la sentencia materia del presente trabajo, resulta positiva la renovada exhortación formulada al Congreso para que legisle en favor de aprobar una norma que permita la habilitación de la impugnación de la sentencia impuesta al que fue absuelto en primera instancia; sin embargo, recalamos como sucedió en anterior oportunidad el máximo intérprete de la constitucionalidad perdió la oportunidad de brindar una solución completa.

En la sentencia emitida en el Expediente 4374-2015-PHC/TC, el máximo intérprete de la Constitucionalidad pudo proponer la incorporación de la norma que modifique y habilite que el condenado en la segunda instancia luego de haber sido absuelto en la primera pueda impugnarla, en razón precisamente de la omisión o desinterés del legislador de implementar dicha modificación normativa.

El Tribunal pudo exhortar al Poder Judicial para que habilite Salas que permita la revisión del condenado absuelto en primera instancia.

Organizaciones de usuarios de agua ¿asociaciones civiles o asociaciones privadas de configuración legal?

Reflexiones sobre la sentencia recaída
en el Exp. 00018-2014-PI/TC (acumulado)

✉ BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES*

1. Introducción

En el Perú, a diferencia de lo que ocurre en otros países, existe la posibilidad de realizar un control constitucional sobre los actos expedidos por particulares, sea de manera individual o agrupados en una corporación.

725

Y es que resulta innegable que, a la par que existe un poder público, frente al cual surgió la Constitución como un límite, existe también un poder privado de índole económico, social, político, cultural, comercial, bancario, informativo, empresarial, minero, etc. cuyo desenvolvimiento en sus quehaceres diarios con las personas, pueden incurrir en abusos que originen amenazas o vulneraciones a los derechos constitucionales de éstas.

Por ello, el constituyente peruano ha optado por permitir la promoción o el inicio de procesos constitucionales de “amparo contra particulares” cuando la vulneración a los derechos constitucionales provegan de personas, sea de manera individual o corporativa.

* 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.

De este modo, es posible afirmar que el constituyente ha descartado la existencia de una supuesta ajenidad o inconsistencia entre los bienes jurídicos que subyacen a los derechos constitucionales y parte importante del derecho privado. Y, por el contrario, ha optado por definir entre ambos una cercana identidad¹.

No podía ser de otro modo. Hoy en día el derecho constitucional ha dejado de ser un Derecho constreñido al manejo de la cosa pública, la separación de funciones y el ejercicio de competencias, para penetrar decididamente en los ámbitos del Derecho Societario, Laboral, Comercial, Bursátil, Concursal, de Protección al Consumidor, de Propiedad Intelectual, de Libre Competencia, Deportivo, etc. dando lugar al fenómeno de *constitucionalización del Derecho*.

En este entendido, surge pues la necesidad de definir y, en su caso, ampliar los ámbitos de influencia del derecho al debido proceso en situaciones en las cuales la vulneración de un derecho constitucional provenga de particulares o entidades corporativas en las áreas antes descritas; ello con la finalidad de evitar la consagración de zonas exentas al control constitucional y privilegiar así la vigencia efectiva de los derechos constitucionales de las personas.

726

2. Ámbitos de aplicación del derecho al debido proceso

Como consecuencia del fenómeno de constitucionalización del Derecho, resulta pacífico hablar hoy en día de la “constitucionalización de los procedimientos” administrativos, legislativos, judiciales, arbitrales, comunales, etc. dando lugar a la judicialización de dichos procedimientos a través del inicio de procesos judiciales ordinarios o constitucionales (amparo)².

Es por ello que en todo procedimiento o proceso debe primar y respetarse el debido proceso. En buena cuenta, el derecho al debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios³.

- 1 JANA LINETZKY, Andrés. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En: *Los derechos fundamentales*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 64.
- 2 LÓPEZ FLORES, Berly Javier. “Alcances del derecho al debido proceso en el ámbito de las Asociaciones Privadas”. En *Revista Gaceta Constitucional*, Sección: Especial Civil: El derecho al debido proceso en el ámbito societario y asociativo, Tomo 57, Setiembre 2012, Lima, p. 274.
- 3 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus prueba de oficio*. Intercontinental Editora, Rosario, p. 304.

En este sentido, no habrá un procesamiento justo, en particular, y tampoco habrá una solución justa, si a través del procedimiento o formulación de una concreta solución se ha vulnerado algún derecho constitucional de la persona, sea cual fuese su contenido⁴.

Al respecto, ha dicho el Tribunal Constitucional que el derecho constitucional al debido proceso “irradia a todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza, y también en las relaciones *inter privatos*; así pues, las asociaciones, sean personas jurídicas de Derecho Privado, están sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; y cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlo, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora” (STC Exp. N° 01461-2004-AA/TC).

3. El debido proceso en las asociaciones privadas. Catálogos de derechos

La Constitución Política del Perú de 1993 recoge, en el inciso 13 de su artículo 2, el derecho de asociación, señalando que toda persona tiene derecho “a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

727

Por asociación debe entenderse a toda agrupación de dos o más personas, de carácter voluntario y estable, para la consecución de determinados fines autónomos⁵.

El contenido constitucional del derecho fundamental de asociación incluye el derecho de constituir asociaciones, un ámbito de libertad individual positiva que debe ser ejercitada colectivamente; que se extiende, asimismo, a los derechos a ingresar y a participar en asociaciones ya constituidas —que se ejercita también positiva pero individualmente—, al derecho a no asociarse y abandonar la asociación de la que uno es miembro (la denominada libertad negativa de asociación) y, finalmente, por derivación, a los derechos de los socios

4 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El significado iusfundamental del debido proceso”. En: El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 26.

5 GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *Asociación, Constitución, Ley*. CEPC, Madrid, 2004, p. 92.

a autoorganizarse y desarrollar la actividad asociativa, que son de titularidad y ejercicio colectivo⁶.

Atendiendo a tal contenido, el Estado no puede negarse a reconocer la personalidad jurídica a las asociaciones, esto solo puede hacerlo cuando su concesión ponga en peligro el orden jurídico que él debe tutelar para lograr en esta forma el bien común de los ciudadanos⁷.

Empero, no gozan de la extensión del contenido constitucional antes mencionado las corporaciones de Derecho Público, las asociaciones privadas de configuración legal –como las federaciones deportivas⁸–, debido a que estas ostentan la representación de intereses sociales ante las instancias estatales⁹.

Tanto al interior –es decir, en la vida misma de la asociación–, como al exterior –en el momento de postular el ingreso una asociación–, pueden existir conflictos intersubjetivos de intereses, los cuales se presentan en la vida social cuando existe un choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple¹⁰, por ejemplo: el deseo de ser miembro de un club privado y el cierre de inscripciones para ser miembro de este, el deseo de un asociado de emitir su voto en apoyo de un determinado acuerdo y la suspensión del asociado en sus derechos políticos.

De este modo, el derecho al debido proceso trata de satisfacer esa necesidad humana esencial de que los conflictos sean resueltos por los cauces de la razón y no por los cauces de la fuerza, para asegurar en la mayor medida de lo posible la justicia de la decisión; porque, independientemente de la naturaleza de las controversias, una decisión injusta será siempre una decisión indigna¹¹.

6 VON MUNCH, Ingo. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid, Civitas, 1997, pp. 100 y 101.

7 GAVIRIA TORO, Óscar. *Breve enunciación de los principios del derecho de asociación*. Bogotá, 1962, p. 48.

8 VON MUNCH, Ingo. Ob. cit., p. 21.

9 Ídem.

10 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. cit. p. 43.

11 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. cit., p. 30.

Vistas así las cosas, los conflictos que pueden surgir en el contexto del ejercicio del derecho constitucional de asociación pueden tener origen en decisiones que son emitidas al interior de una asociación pero que, por ser arbitrarias, prescinden de los requisitos o presupuestos establecidos en las directivas, los estatutos o reglamentos de la asociación¹².

De igual forma, surge tal conflicto cuando las decisiones son emitidas contraviniendo los principios de proporcionalidad o razonabilidad. Asimismo, los conflictos aparecen cuando se imponen condiciones o requisitos para la admisión, siempre que ellos contravengan o desnaturalicen el contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación¹³.

Por último, los conflictos pueden surgir también del ejercicio de la potestad sancionatoria o punitiva de la asociación, la cual se constituye en garantía de su potestad de autorregulación. Con esta, es posible sancionar a los miembros de la asociación ante la comisión de faltas previstas en las directivas, estatutos o reglamentos.

Esta potestad tiene como fundamento la preservación, al interior de la asociación, de determinados principios, reglas, bienes o valores que le resultan indispensables para alcanzar los objetos señalados en sus documentos de organización o gestión.

729

Atendiendo a esta gama de conflictos que pueden suscitarse al interior de una asociación, los cuales pueden ser promovidos por asociados o preasociados, es posible reconocer una serie de garantías procesales conformantes del debido proceso en sede asociativa privada, las cuales enunciativamente vienen constituidas por el derecho a la ejecución de una decisión corporativa, el derecho a un plazo razonable en el procesamiento corporativo o el derecho a ser procesado corporativamente sin dilaciones indebidas, el derecho a un plazo razonable en la suspensión de los derechos asociativos, el derecho de acceso a los recursos, el derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*ne bis in idem*), el derecho a un juez independiente o imparcial

¹² LÓPEZ FLORES, Berly Javier. Ob. cit., p. 275.

¹³ Ídem.

encargado del procedimiento corporativo, el derecho a la prueba, el derecho a la prohibición de la *reformatio in peius*, etc.

Por todo lo expuesto, queda claro pues que las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que establezcan, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen (Cfr. STC Exp. N° 01461-2004-AA/TC).

4. Resumen

- a. Los derechos constitucionales penetran cualquier zona de convivencia humana social, económica, política, cultural, comercial, bancaria, informativa, empresarial, minera, etc. y por ello el derecho al debido proceso juega un rol importante al interior de los procedimientos que se desarrollen en cualquiera de las zonas de convivencia descritas, constituyendo el parámetro de legitimación para valorar en “clave constitucional” la validez del procedimiento corporativo.
- b. El cuestionamiento judicial a los procedimientos corporativos llevados a cabo en las asociaciones privadas, viciados de irregularidad, nos traslada al complejo campo de averiguar cuál es la vía procesal para cuestionar judicialmente los acuerdos tomados por una asociación en lo que al ámbito corporativo corresponde. Surgen dos opciones, acudir al proceso ordinario de impugnación de acuerdos o al proceso constitucional de amparo.
- c. Sin embargo, acudir al proceso de amparo conlleva la carga ineludible de argumentar y acreditar por qué aquella vía procesal es la idónea para revisar lo resuelto en el procedimiento corporativo, esto en atención a la subsidiariedad de los procesos constitucionales.
- d. Empero, en la jurisdicción constitucional (a nivel del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional), no existe pronunciamiento alguno que, desde el punto de vista procesal, haga inclinar la balanza del justiciable para acudir al proceso de amparo. Ello, a nuestro entender resulta necesario, a efectos de mantener vigente la subsidiariedad de los procesos constitucionales como, por ejemplo, el amparo.

5. Reflexiones sobre la sentencia recaída en el Exp. 00018-2014-PI/TC (acumulado)

La naturaleza jurídica de las “asociaciones civiles” que agrupan a las organizaciones de usuarios de agua.

La sentencia recaída en el Exp. 00018-2014-PI/TC, en varios de sus fundamentos, señala que las organizaciones de usuarios de agua son “asociaciones civiles” ya que nacen por la voluntad de sus integrantes:

27. El derecho a la libertad de asociación, en el caso de los usuarios de agua, parte de lo dispuesto por los ya acotados incisos 13 y 17 del artículo 2 de la Constitución, pero adquiere particulares contornos a partir de las leyes orgánicas que delimitan su contenido.
43. Por todo lo señalado, queda claro que las organizaciones de usuarios nacen por iniciativa privada y adoptan la forma de asociaciones sin fines de lucro pero simultáneamente administran un bien público (...)
54. En este sentido, a juicio de este Tribunal Constitucional, las organizaciones de usuarios deben ser entendidas como asociaciones en virtud de que nacen por la voluntad de los particulares; sin embargo, por ser el agua el bien sobre el que desarrollan sus actividades, no resulta contrario a la Constitución que el Estado establezca algunos límites proporcionados y razonables a su capacidad auto organizativa, así como las condiciones que considere necesarias para alcanzar el fin que el ordenamiento jurídico les ha encomendado, sin que esto presuponga una afectación a su derecho de asociación.

Sin embargo, las organizaciones de usuarios de agua se constituyen en asociaciones civiles, no por voluntad de sus integrantes, sino por mandato de la ley.

Al respecto, resulta elocuente el artículo 27 de la Ley 29338, de Recursos Hídricos, que señala:

Las organizaciones de usuarios *son* asociaciones civiles que tienen por *finalidad la participación organizada de los usuarios en la gestión multisectorial y uso sostenible de los recursos hídricos*. (énfasis agregado).

De este modo, es dicha ley la que ordena la estructura jurídica que tendrá la organización usuarios de agua, y, también, la que impone la finalidad que

perseguirá la misma. En consecuencia, en los integrantes de usuarios de agua no existe una manifestación de la voluntad -clara, libre y espontánea- de organizarse como asociaciones civiles.

El artículo 31 de la citada ley ratifica lo expuesto señalando que:

La Autoridad Nacional [del Agua] *reconoce* mediante resolución administrativa a las organizaciones de usuarios. (énfasis agregado)

Adicionalmente, estas “asociaciones civiles” administran un bien público (el agua).

Todo lo expuesto nos llevaría a la conclusión de que, en esencia, las “asociaciones civiles” no son tales; solo llevan su denominación o etiqueta. En realidad, vendrían a ser asociaciones privadas de configuración legal cuyo nacimiento, organización y funcionamiento puede ser regulado por el legislador.

A propósito de ello, el Tribunal Constitucional Español, sobre las asociaciones privadas de configuración legal, ha sostenido que:

732

“La peculiaridad de estas asociaciones, dado su objeto, puede dar lugar a que el legislador regule su constitución exigiendo los requisitos que estime pertinentes, dentro de los límites indicados; y ello porque el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 no comprende el de constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social”. (Sentencia 67/1985, de 24 de mayo).



Bibliografía

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus prueba de oficio*. Intercontinental Editora, Rosario.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El significado iusfundamental del debido proceso”. En: *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

JANA LINETZKY, Andrés. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En: *Los derechos fundamentales*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

GAVIRIA TORO, Óscar. *Breve enunciación de los principios del derecho de asociación*. Bogotá, 1962.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *Asociación, Constitución, Ley*. CEPC, Madrid, 2004.

LÓPEZ FLORES, Berly Javier. "Alcances del derecho al debido proceso en el ámbito de las Asociaciones Privadas". En *Revista Gaceta Constitucional, Sección: Especial Civil: El derecho al debido proceso en el ámbito societario y asociativo*, Tomo 57, Setiembre 2012, Lima.

VON MUNCH, Ingo. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid, Civitas, 1997.

El caso del cómputo del plazo de prescripción de obligaciones tributarias

Comentarios jurisprudenciales a la Sentencia del Exp. 00004-2019-PI/TC (Pleno. Sentencia 556/2020)

✍ SUSANA TÁVARA ESPINOZA*

1. Consideraciones introductorias

1.1 Normas sometidas a control y Delimitación del Petitorio

Norma impugnada	Parámetro de control
Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421	Constitución Política del Perú: - Artículo 74 - Artículo 103 - Artículo 104 - Artículo 109

735

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Señala el Colegio de Abogados de La Libertad que el artículo 43 del Código Tributario distingue tres supuestos distintos en los que opera la prescripción de la acción de la Administración Tributaria frente al deudor tributario: (i) para determinar la obligación tributaria; (ii) para aplicar sanciones; (iii) para exigir el pago. Agrega que hasta el 27 de setiembre de 2012 no existían reglas particulares en el artículo 44 del Código Tributario para definir el inicio del cómputo del plazo de la facultad de la Administración Tributaria para exigir el pago, sino que se aplicaban reglas generales.

* Abogada, docente de AMAG y universitaria, ex Secretaria General del Tribunal Constitucional, actual Directora Académica del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

- El demandante afirma que recién con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1113 (que incorporó el numeral 7 al artículo 44 del Código Tributario) se estableció una regla nueva y específica para tales casos. Esta regla señalaba que el término prescriptorio se computará “desde el día siguiente de la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas”.
- En consecuencia, señala que, al existir una nueva regla, esta solo podía regular los inicios del cómputo de prescripción que ocurrieran a partir de su entrada en vigor, es decir, desde el 28 de setiembre de 2012. Agrega que esto se confirma en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1113.
- No obstante, lo anterior, el demandante señala que mediante la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, ahora cuestionada, el Poder Ejecutivo pretende modificar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para exigir el cobro de las deudas tributarias iniciadas hasta el 1 de enero de 2012.
- Argumenta que, con esta modificación, a pesar de que el plazo de prescripción ya había empezado a computarse, se pretende desconocer el transcurso de dicho plazo, y empezar a computarlo a partir del momento en el que se notifiquen las resoluciones de determinación o de multa.
- En tal sentido, el demandante señala que la norma impugnada ha excedido la regulación constitucional del régimen de delegación de facultades legislativas contemplado en el artículo 104 de la Constitución, y lo dispuesto en la Ley 30823, pues no existe relación entre las materias autorizadas por ella y las desarrolladas en el Decreto Legislativo 1421. Alega que la Ley 30823 no hace ninguna referencia a la prescripción tributaria. Señala que en la Sentencia 0002-2006-PI/TC, este Tribunal ya ha analizado casos en los cuales se pretende dotar a las normas de un supuesto carácter “interpretativo” o “aclaratorio” cuando en realidad se pretende encubrir una alteración de situaciones jurídicas concluidas.
- Como consecuencia de lo anterior, se vulnera el principio de seguridad jurídica, pues los administrados no sabrán a qué reglas atenerse si el Gobierno

puede cambiar la fecha de inicio de los plazos de prescripción de forma posterior, desconociendo las prescripciones ya iniciadas o ganadas.

Con fecha 22 de setiembre de 2020, se produjo la votación de la presente sentencia y no alcanzó los cinco votos conformes por la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, correspondiendo declarar **INFUNDADA** la demanda, conforme a lo previsto en el artículo 5, primer y segundo párrafos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La votación arrojó el siguiente resultado:

- El magistrado ponente Blume Fortini, en minoría, votó por declarar FUNDADA la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421; e INTERPRETAR que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción tributaria se encuentran circunscritas al cumplimiento de los plazos de prescripción regulados en el artículo 43 del Código Tributario.
- El magistrado Ferrero Costa emitió un voto singular declarando FUNDADA la demanda, únicamente por la inconstitucionalidad de forma de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421.
- Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa- Saldaña Barrera emitieron unos votos singulares, coincidiendo por declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad.
- El magistrado Ramos Núñez emitió un voto singular declarando INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad con exhortación.

737

2. La ponencia en minoría

2.1 Análisis de constitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1421

- El artículo 104 de la Constitución contempla la legislación ejecutiva mediante decretos legislativos, los cuales son fuentes de derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y en el plazo que establezca la ley autoritativa o de habilitación.

Así, la expedición de un decreto legislativo es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado. Por un lado, el Congreso, quien siendo titular de la política legislativa del Estado se le ha investido de la competencia constitucional, de ejercicio discrecional, para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, algunos temas que se encuentran dentro de su ámbito de competencia. Y, por otro lado, el Poder Ejecutivo, al cual se le ha investido de la competencia normativa de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la correspondiente autorización del Parlamento para expedirlos.

- En el presente caso, no se observa que la Ley Autoritativa N° 30823 haya establecido una específica delegación de facultades al Poder Ejecutivo para modificar las normas relativas a la aplicación temporal en el cobro de los tributos, por lo que este Tribunal considera que el Decreto Legislativo 1421 resulta ser inconstitucional por la forma, pues ha excedido el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante la precitada Ley N° 30823.
- En el ejercicio de esta competencia para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de normar en determinadas materias, que se supone debe ser excepcional, no son admisibles las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas. Tampoco es admisible que en base a ellas se desprendan materias que originariamente no se contemplaron, bajo riesgo de sobrepasar los límites materiales otorgados. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso con el decreto legislativo materia del mismo, pues en ninguna parte la ley autoritativa se dota de facultades al Ejecutivo para legislar sobre la prescripción tributaria. En consecuencia, debe ampararse la demanda en cuanto se invoca la infracción formal de la Constitución.
- Es importante resaltar que en nuestro país existe en los últimos años una acentuada tendencia a conferirle al Poder Ejecutivo todo tipo de facultades en materia tributaria, lo que podría llevarnos a un peligroso camino de renuncia o abdicación a potestades esenciales que el Congreso debería asumir de acuerdo con la Constitución y también de afectación de los derechos fundamentales del administrado, sobre todo si tenemos en cuenta que es el Ejecutivo, a través de los órganos competentes, el que se encarga del cobro de los tributos.

2.2. Aplicación de las normas tributarias en el tiempo:

- El tema de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es un asunto que ha sido abordado expresamente por el legislador constituyente. Al respecto, el artículo 109 de la Constitución establece que:

El Artículo 2 de la Ley 29884. Delegación de facultades. En el marco de la delegación, el Poder Ejecutivo está facultado para:

(...)

- c) Facultades referidas a los procedimientos de fiscalización y cobranza de la deuda tributaria, con la observancia de los derechos del contribuyente; así como, **el perfeccionamiento de las reglas del domicilio, prescripción**, presentación de declaraciones y de la revocación, modificación o sustitución de los actos administrativos. (las negritas son nuestras).*

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

739

- Esta regla se complementa con la incorporada en el artículo 103 de la Constitución. Dicha disposición establecía originalmente que:

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.
- Existen dos ámbitos en los que no se aplica la norma que se incorpora al ordenamiento: a) El de las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas extinguidas al amparo de la norma anterior; y, b) El de los casos en que la norma penal anterior resulte más favorable para el reo.
- Lo expuesto *supra* aplica al ámbito de la vigencia de las normas tributarias, incluyendo la retroactividad benigna en los procesos sancionadores, pero a estas se ha añadido una previsión especial por cuanto el artículo 74 establece que “no surten efecto” cuando hayan sido aprobadas en infracción de los principios que dicha disposición desarrolla. Esta particularidad ha permitido que este Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de determinadas normas tributarias con efecto retroactivo (vgr. Sentencia 0033-2004-AI/TC).

- Visto lo expuesto y considerando lo decidido por este Tribunal Constitucional en casos anteriores, para aplicar una norma tributaria en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que no se hayan agotado (0002-2006-AI/TC, fundamento jurídico 12).

2.3. Sobre la prescripción tributaria y el principio de seguridad jurídica

- Es importante enfatizar que, en nuestro modelo constitucional, el régimen tributario se encuentra a cargo de la Administración Tributaria, que, a su vez, es la responsable de requerir oportunamente el cumplimiento de la deuda (recaudación tributaria), dentro del periodo legalmente establecido para su ejecución, observando cada uno de los principios y derechos que la Constitución establece.
- Ahora bien, es importante señalar que el artículo 43 del mencionado Código Tributario establece cuales son los plazos de prescripción de la deuda tributaria – 4, 6 o 10 años dependiendo del supuesto aplicable–, mientras que el artículo 44 establece los términos para el inicio de su contabilización y el artículo 45 las formas de interrupción de la prescripción.
- Dicho, en otros términos, la prescripción limita temporalmente el alcance de la potestad tributaria de la administración frente a los contribuyentes de modo que el transcurso del plazo legal impide que se requiera coercitivamente el cumplimiento de las obligaciones presuntamente omitidas.

740

2.4. Análisis de constitucionalidad por el fondo del Decreto Legislativo 1421

- La disposición cuestionada mantiene la diferenciación entre el plazo de prescripción para la determinación de la obligación y el aplicable al cobro de la obligación determinada o de la multa, pero modifica el punto de inicio del cómputo de este último en los casos en que esto sucedió antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1113.
- Corresponde advertir que como señala el Poder Ejecutivo en su contestación de demanda, el Tribunal Fiscal en resoluciones posteriores a la publicación de la norma impugnada en autos no siguió el mismo criterio respecto del cambio del punto de inicio de la prescripción.

- Al respecto, debe comenzarse señalando que solo puede ser considerada como una norma interpretativa aquella que declara o fija el sentido de otra que fue dictada con anterioridad, pero sin modificar su alcance o contenido.
- Queda claro que no introduce una regla interpretativa desde el momento que no discrimina entre las normas que podrían desprenderse de la disposición optando por alguna de ellas, sino que se limita a fijar autónomamente un nuevo momento para iniciar el cómputo de la prescripción.
- El *quid* de la cuestión en este caso es que la norma sometida a control resulta aplicable a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas *existentes*, pero afecta a unas que ya agotaron su efecto en el pasado, cuando se puso en marcha el plazo de prescripción.
- Una interpretación distinta conduciría a la posibilidad de que el Congreso de la República por medio de la ley o el Poder Ejecutivo a través de la legislación delegada vayan modificando en forma periódica y retroactiva el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción y, en consecuencia, las obligaciones tributarias nunca prescribirían, dejando al contribuyente en una relación jurídica que nació asimétrica, en una totalmente arbitraria.
- En tal sentido, se opta por Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de La Libertad y, en consecuencia, inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421. Así como, **INTERPRETAR** que las reglas para el cómputo del inicio del plazo de prescripción establecidas en el artículo 44 del Código Tributario (Decreto Legislativo 816) y el inciso 7 del artículo 44 del Decreto Supremo 135-99-EF, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, se encuentran circunscritas al cumplimiento estricto de los plazos de prescripción regulados por el artículo 43 del Código Tributario, no debiendo excederse de dichos plazos los procesos de fiscalización tributaria y de cobro de la deuda determinada.

3. Sobre los votos singulares para el presente caso

3.1. Voto del Magistrado Ferrero Costa

- El voto enfatiza el tema de ley autoritativa nos parecen muy amplias y generales para el contenido específico de la Disposición impugnada, que legisla

sobre el inicio del plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria.

- En efecto, la prescripción que aquí nos ocupa es la llamada “prescripción extintiva”, que es el instituto jurídico con el cual, por el transcurso del tiempo, se extingue la acción. No es pues un procedimiento tributario, como lo demuestra también su ubicación en el Código Tributario, por si no fuera suficiente el argumento conceptual apuntado.
- Como es obvio, el sentido de nuestro voto en modo alguno va dirigido a que el fisco deje de cobrar sus justas acreencias. Pero la recaudación tributaria debe desenvolverse dentro de los cauces del ordenamiento constitucional y a esta exigencia se concreta nuestro pronunciamiento, aunque resulte minoritaria defensa de estaverdad. El voto es fundado, únicamente por la inconstitucionalidad de forma de la Primera Disposición Complementaria-Transitoria del Decreto Legislativo 1421.

3.2. Voto Singular de la Magistrada Ledesma Narváez

742

- El voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421. Mis argumentos principales son los siguientes:
- No existen vicios de forma en dicha disposición del Decreto Legislativo 1421, pues: i) respeta la “materia específica” delegada; ii) así ya se pronunció este mismo Pleno del Tribunal Constitucional, en casos similares; y, iii) el Congreso de la República, al revisar la materia delegada, ratificó que tal decreto respetaba la materia específica delegada por la respectiva ley autoritativa.
- No existen vicios de fondo en dicha disposición del Decreto Legislativo 1421, pues: i) mientras no culmine el plazo de prescripción para determinar la deuda por parte de la administración tributaria, en virtud a la *teoría de los hechos cumplidos*, una norma, cuya entrada en vigencia se produjo antes de que culmine el plazo de prescripción antes referido, puede introducir una nueva causal de interrupción del plazo de prescripción para determinar la deuda: *la prescripción sólo se gana cuando culmina el respectivo plazo*; y, ii) antes de la expedición de la disposición cuestionada (Primera Disposición

Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1421, año 2018), en el ordenamiento jurídico ya se había distinguido el inicio del «*plazo de prescripción para la determinación de la obligación tributaria y para la imposición de sanciones*» del inicio del «*plazo de prescripción para exigir el cobro de la aludida deuda tributaria*». Ello se precisó especialmente en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1113 que incorporó el inciso 7 al artículo 44 del Código Tributario.

- En cuanto a los vicios de forma, la parte demandante sostiene que dicha disposición ha contravenido lo dispuesto en los artículos 101.4 y 104 de la Constitución así como en la ley autoritativa, Ley 30823, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”, que fue publicada el 19 de julio de 2018 en el diario oficial “*El Peruano*”.
- En lo que respecta a los presuntos vicios de fondo, la parte demandante considera que la disposición cuestionada ha vulnerado los principios constitucionales de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica.
- En suma, solo puede considerarse que lo que se agota es el plazo de prescripción, pero no el inicio del cómputo del mismo. Por el contrario, y en relación a la aplicación del inciso 7 del artículo 44 del Código Tributario, incorporado por el Decreto Legislativo 1113, sostener que dicha norma no resultaba aplicable a aquellos casos en los que el plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria o para aplicar sanciones se había iniciado hasta el 1 de enero de 2012 y que se encontraban en trámite o pendiente de resolución, no es sino, en el fondo, invocar la teoría de los derechos adquiridos.
- En ese sentido, la disposición impugnada, al recoger dicha interpretación, que es la que se desprende del ordenamiento jurídico-constitucional, según lo indicado previamente, no hace sino insistir en la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos y en plena observancia del principio de no retroactividad, de acuerdo a la Constitución. Por lo tanto, concluye que la disposición cuestionada no vulnera el principio de irretroactividad de las normas. Por esta razón, voto por desestimar la demanda en dicho extremo.

3.3. Voto Singular del Magistrado Miranda Canales

- El magistrado se refiere en primer lugar a la inconstitucionalidad por la forma. Como es de verse, el legislador habilitó al Poder Ejecutivo para emitir nomas orientadas a “contar con procedimientos tributarios más eficientes” así como para “fortalecer y optimizar” la gestión de la Sunat garantizando el adecuado cumplimiento de sus funciones. En este sentido, cabe concluir que la disposición impugnada se encuentra relacionada con la materia delegada.
- En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo, considero que la prescripción extintiva aplicada en materia tributaria no puede ser entendida desde su parte objetiva, con dos elementos (trascuro del tiempo y punto de inicio), pues dicho instituto jurídico se funda únicamente en el paso del tiempo, el cual comprende un punto de inicio y fin para su aplicación, pero ello no significa en modo alguno que sean momentos distintos al hecho, son parte del mismo hecho que resulta ser indivisible. El voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

744

3.4. Voto Singular del Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera

- El tema del control de la legislación delegada no es una materia nueva para este Tribunal, el cual, en reiteradas ocasiones, siguiendo lo señalado en el artículo 104 de la Constitución vigente, ha reconocido que los Congresos pueden delegar facultades en los Gobiernos, mediante la ley autoritativa correspondiente, la cual, en primer lugar, fijará las materias que puede abarcar la legislación delegada (con excepción de las materias que son indelegables a la Comisión Permanente, que están claramente establecidas en el artículo 101 inciso 4 de nuestro texto constitucional).
- Además, nuestro Tribunal ha establecido una noción de lo que debe entenderse como legislación delegada (STC 0012-2011.PI/TC). En esa misma sentencia ha hecho importantes precisiones sobre los límites de la legislación delegada, que pueden ser de carácter temporal o material. Es más, y ya entrando a lo estrictamente tributario, este Tribunal ha establecido relevantes pautas en materias como las del tratamiento especial que debe proporcionarse a determinadas zonas del país, de acuerdo con el artículo 79 de nuestra Constitución (STC 0016-2007- PI/TC).

- Sin embargo, y hasta la dación del Decreto Legislativo 1113, el 28 de septiembre de 2012, el Código Tributario solamente tenía referencias genéricas a la prescripción de las deudas tributarias en su artículo 43, y mejores precisiones acerca de la prescripción de la determinación de la deuda tributaria, más no del pago de la deuda tributaria. Eso es justamente lo que remedia el Decreto Legislativo 1113, cuya vinculación con su ley autoritativa y la constitucionalidad de su contenido no se discutió, incluyendo un inciso 7 en el artículo 44 del Código Tributario, destinado precisamente a establecer un plazo de prescripción de hasta cuatro años para el cobro de una deuda tributaria.
- Con el debido respeto que me merece el Tribunal Fiscal, aquí hay varias objeciones a la vista. En primer lugar, la aprobación, modificación y determinación de condiciones de los diferentes tributos son materias que se guían por los principios de reserva de ley y legalidad, y, hasta dónde todos(as) sabemos, el Tribunal Fiscal es un muy respetable Tribunal Administrativo. En segundo término, su pronunciamiento aprobado en pleno con carácter de precedente (en rigor es innecesario hablar de “precedentes de observancia obligatoria”, por redundante, ya que todo precedente genera reglas, y éstas, como todos(as) conocemos, son de observancia obligatoria) confunde dos momentos distintos (determinación y deuda), y trata de hacerlos correr en paralelo, cuando uno de ellos (el pago de la deuda) no se puede dar sin la especificación de la deuda).
- Es claro entonces cuál era el alcance del Decreto Legislativo 1421, y cómo lo allí previsto se encuentra perfectamente ubicado dentro de los márgenes de la ley autoritativa 30823. Debe además tenerse presente que ya el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la autorización a una legislación delegada no puede ser detallada sobre lo que se delega, pues, caso contrario, se hace innecesario recurrir al mismo mecanismo de la legislación delegada (STC 0022- 2011-PI/TC).
- No hay pues aquí supuesto alguno de una alegada retroactividad en perjuicio de los demandantes. Pero tampoco encuentro válido alegar que el Decreto Legislativo 1421 genere situaciones reñidas con la seguridad jurídica. Entre ellas están las SSTC 016-2002-PI/TC, 0012-2003-PI/TC y acumuladas. Lo común en todos pronunciamientos es que no puede hablarse

de perjuicio a la seguridad jurídica, si el cambio producido es contrario a Derecho, y en perjuicio de los ciudadanos(as).

- Nada de ello existe en el presente caso. Aquí el cambio introducido por el Decreto Legislativo 1421 solamente implica dejar de lado un pleno administrativo confuso y con discutible competencia para afirmar lo que afirmó, y la vuelta a los parámetros tal cual como ya estaban consagrados en el Decreto Legislativo 1113, que, por cierto, no tenía antecedentes claros en la regulación del plazo de prescripción de cobro de deudas tributarias, pues en rigor fue el primer pronunciamiento específico emitido al respecto. El voto es también por declarar **INFUNDADA** la demanda.

3.5. Voto Singular del Magistrado Ramos Núñez

- Al respecto, el magistrado estima que, si bien el texto de la disposición impugnada pudo haber sido redactado de mejor manera para evitar equívocos, considero a diferencia de la ponencia, que esta disposición no resultaría contraria a la Constitución. En el siguiente apartado explicaré las razones por las que estimo que la disposición cuestionada resulta válida desde el punto de vista constitucional.
- No cabe que se declare la inconstitucionalidad de una disposición si, entre sus normas, esto es, los sentidos interpretativos de una disposición legislativa, es posible hallar una que sea compatible con la Constitución. [...] la declaración de invalidez constitucional siempre debe ser la *ultima ratio* a la que este Tribunal (y los jueces del Poder Judicial, desde luego) acuda: “Los jueces y tribunales –entre los que se ha incluido este mismo Tribunal, dice la Segunda Disposición General de la LOTC- sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional” [Expediente 0002-2003-PI/TC, fundamento 7].
- Del contenido en el inciso h) del artículo 2 de la Ley 30823, se aprecia que se fija un marco de delegación suficiente para contemplar como materia delegable la prescripción de las deudas tributarias, toda vez que ello forma parte del marco normativo que coadyuva a garantizar el cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto, la Ley 30823 contempla una habilitación que no trastoca los principios de legalidad y reserva de ley, debiendo ser

declarado constitucional el Decreto Legislativo 1421. Sin perjuicio de ello, con la finalidad de evitar procesos que generen gasto público y confusiones, se debe exhortar al Congreso de la República para que en futuras delegaciones de las facultades que concedan, la Ley autoritativa a expedir procure contener un listado más específico de todos los aspectos a ser legislados por el Poder Ejecutivo.

- En cuanto a la alegada inconstitucionalidad por el fondo, la parte demandante cuestiona la Primera Disposición Transitoria Complementaria del Decreto Legislativo 1421, por considerarla inconstitucional al vulnerar la prohibición de aplicación retroactiva de la ley, pues desconoce las prescripciones ya ganadas por parte de los contribuyentes. En atención al precedente recaído en la Resolución N.º 9789-4-2017, emitido en noviembre de 2017, que interpretó que el inicio del cómputo de plazo de la prescripción de la acción administrativa tributaria para exigir el pago de una deuda tributaria antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1113, esto el 28 de setiembre de 2012, se regía por los numerales 1 al 4 del artículo 44 del Código Tributario y no por el numeral 7 introducido por el Decreto legislativo 1113, que instauraba el periodo de prescripción de 4 años desde el día siguiente de la notificación de la Resolución de Determinación o de Multa al contribuyente. El voto también es por Declarar **INFUNDADA** la demanda.

747

4. Conclusiones de la sentencia

- La sentencia constituye una serie de posiciones de cada uno de los magistrados que conforman el Colegido. Es por ello, que resulta bastante amplia y se termina publicando con una razón de relatoría.
- Mi opinión personal es la expuesta por la ponencia original, esto es, debió declararse Fundada la demanda, tanto por la forma, como por el fondo. Es por ello, que me he detenido en el análisis de dicha posición.
- Respecto a la inconstitucionalidad formal en el caso del Decreto Legislativo 1421 resulta ser inconstitucional por cuanto ha excedido el ámbito de las facultades para legislar en materia tributaria y financiera otorgadas mediante ley autoritativa, Ley 30823. Ello, pues si bien el artículo 104 de la Constitución regula la posibilidad de que el Congreso delegue la facultad de legislar al Poder Ejecutivo, se deberá respetar el límite material.

- En tal sentido, ha excedido la regulación constitucional del régimen de delegación de facultades legislativas contemplado en el artículo 104 de la Constitución, y lo dispuesto en la Ley 30823, pues no existe relación entre las materias autorizadas por ella y las desarrolladas en el Decreto Legislativo 1421. Alega que la Ley 30823 no hace ninguna referencia a la prescripción tributaria, debiendo estimar la demanda en este extremo.
- Sobre la prescripción, lo señalado en la ponencia, no quiere decir que el legislador no pueda introducir en el ordenamiento disposiciones que modifiquen el inicio del cómputo del plazo de prescripción de cualquier tipo de obligación incluidas las tributarias. Por supuesto que puede siempre que lo haga de conformidad con los parámetros constitucionales, pero dicha norma no podrá surtir efectos retroactivos que supongan un nuevo inicio del cómputo del plazo de prescripción.
- Respecto a la aplicación de la presente sentencia en el tiempo, esta surtiría efectos, a partir de su publicación, lo que supone que se aplique solo a situaciones jurídicas que se produzcan desde ese momento.

Quando la ley está por encima de la constitución

Reflexiones constitucionales sobre el caso Óscar Ugarteche
Matrimonio Igualitario

✉ RAFAEL RODRÍGUEZ CAMPOS*

1. Introducción

Previamente, permítanme agradecerle al Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú por haberme invitado a participar como autor escribiendo un trabajo de análisis sobre la ejecutoria recaída en el Exp. N° 01739-2018-PA/TC (Caso Óscar Ugarteche) que formará parte del Tomo 13 de la Revista Peruana de Derecho Constitucional que anualmente edita el referido Centro de Estudios Constitucionales.

749

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo-España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo – España). Post Grado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Jefe de Práctica y Asistente de Docencia en el curso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUCP (2006-2009). Jefe de Práctica en el curso de Teoría Política en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP (2014). Profesor de Derecho Electoral, Ciencia Política e Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (2015-2019). Profesor del curso “Constitución y Ciencia Política” en la Escuela Profesional de Comunicaciones de la Facultad de Comunicaciones de la USMP (2020-2021). Asesor (Constitucional y Electoral) del Gabinete de Asesores de la Jefatura Nacional del RENIEC (2016 – 2018). Secretario General Titular del RENIEC (2019). Asesor en temas de Derecho y Ciencia Política de la Gerencia de Política Migratoria de la Superintendencia Nacional de Migraciones (2019-2020). Asesor Principal en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República (2020). Asesor Principal en la Segunda Vicepresidencia del Congreso de la República (2021). Vocal del Tribunal del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) 2021-2024. Es autor del Libro “Ideario Republicano I” (Quimera: 2019), “Ideario Republicano II” (Quimera: 2019), “La Protección del Derecho a la Identidad Trans. Avances, Retrocesos y Desafíos” (Quimera: 2020); y “El Poder del Voto: Elecciones y Bicentenario” (Quimera: 2021). Escribe y publica artículos sobre temas de Derecho Constitucional, Derecho Electoral, Derechos Humanos y Ciencia Política en medios especializados y periodísticos.

Del mismo modo, debo advertirles a los lectores que siempre estuve y estoy a favor del matrimonio igualitario en el Perú. Para mí, los valores de libertad, igualdad y solidaridad, entendidos como principios básicos de toda república auténticamente democrática, exigen un compromiso personal, profesional y académico férreo con el matrimonio igualitario, sobre todo en un país profundamente desigual como el nuestro, en el que la comunidad LGTBI ha sido históricamente discriminada y violentada.

En esa línea, quiero precisar que este artículo toma como base lo que en su momento ya expuse en otros trabajos en los cuales, en el mismo sentido y con la misma claridad, dejé expresamente sentada mi posición constitucional y política favorable al matrimonio igualitario:

1. *La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos*. Arequipa, 2020. Quimera Editores.
2. *Constitucionalización y Convencionalización del Derecho Latinoamericano. Autopsia a la sentencia emitida por la Corte Constitucional Ecuatoriana sobre Matrimonio Igualitario*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 139, julio 2019. Editorial Gaceta Jurídica.
3. *La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.
4. *Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.
5. *La familia y el matrimonio igualitario en el Perú. Una lectura dinámica de la Constitución Política de 1993*. En: Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia. Número 6. Enero – diciembre 2017. Universidad del Sagrado Corazón.
6. *Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza*. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica.
7. *Chile aprueba el acuerdo de vida en pareja para heterosexuales y homosexuales: ¿Se aprobará en el Perú la unión civil?* En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 87, marzo 2015. Editorial Gaceta Jurídica

8. *Uniones civiles homosexuales, religión y política*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica.
9. *La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica.

Creí oportuno hacer esta referencia pues en esta oportunidad, lejos de hacer una reflexión profunda sobre todos y cada uno de los tópicos relacionados con el matrimonio igualitario, me concentraré en compartir algunas reflexiones constitucionales sobre los argumentos que los magistrados **FERRERO, MIRANDA, BLUME Y SARDÓN** esgrimieron para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

2. Antecedentes

Ahora bien, antes de comentar los argumentos que los magistrados esgrimieron para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo, considero oportuno recordar cómo se inició este caso:

- **Demanda de Amparo:** En enero de 2012 (es decir, 8 años antes de la ejecutoria emitida por el Tribunal Constitucional), el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE solicitó ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) la inscripción de su matrimonio celebrado en la ciudad de México en el registro correspondiente. Luego, el RENIEC rechazó su pretensión. Frente a esa negativa, el demandante interpuso la demanda de amparo, argumentando que se estaba vulnerando su derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación.
- **Resolución de Primera Instancia:** El Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (diciembre de 2016) declaró **FUNDADA** la demanda de amparo ordenando al RENIEC “reconocer e inscribir” el matrimonio celebrado en ciudad de México por el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE con su esposo, el ciudadano mexicano FIDEL AROCHE.
- **Resolución de Segunda Instancia:** La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (enero de 2018), declaró **IMPROCEDENTE**

la demanda de amparo interpuesta por el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE, por haber sido presentada fuera del plazo previsto (es decir, formalismo puro), ordenando que se declare nulo todo lo actuado y dando por concluido el proceso, y por tanto anulando el fallo favorable de primera instancia.

- **Resolución del Tribunal Constitucional:** El Colegiado (noviembre de 2020), declaró IMPROCEDENTE la demanda de amparo interpuesta por el demandante, señor ÓSCAR UGARTECHE, con el voto en mayoría de los magistrados FERRERO, MIRANDA, BLUME Y SARDÓN frente al voto en minoría de los magistrados RAMOS (ponente) LEDESMA y ESPINOSA-SALDAÑA.

3. Análisis

Al respecto, luego de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, procederé a comentar los argumentos desarrollados por los cuatro magistrados que votaron por declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo:

752

3.1. Voto singular del magistrado Ferrero Costa

En este punto voy a resumir los tres argumentos que el magistrado expone para votar por la IMPROCEDENCIA de la demanda de amparo, no sin antes compartir con los lectores un párrafo que me pareció curioso:

“Ante todo quiero dejar claro que no tengo conflicto alguno con las personas homosexuales. He conocido a muchas de ellas y tengo amigos que lo son y frecuento, siguiendo las costumbres que nos inculcó mi padre en casa. Algunos de los cuales prestaron importantes servicios al país”.

Luego de leer el párrafo que acabo de transcribir literalmente, surgen en mi mente algunas preguntas que me parece importante compartir:

- a. ¿También deja en claro que no tiene conflicto alguno con las personas heterosexuales cuando resuelve sus casos?
- b. ¿También deja en claro que conoce a muchas personas heterosexuales con quienes sostiene una relación de amistad?

- c. ¿También precisa que muchos de sus amigos heterosexuales prestaron importantes servicios al país?
- d. ¿Puede que lo haga para dejar claramente sentado que no está de acuerdo con el matrimonio igualitario pero que no es homofóbico o discriminatorio?
- e. ¿Puede que lo haga para dejar claramente sentado que tiene amigos homosexuales pero que no está de acuerdo con que ellos contraigan matrimonio, por más que hayan prestado importantes servicios al país?

Son preguntas que llegaron a mi mente y que espero los inviten a una sana reflexión. Pero más allá de este párrafo tan curioso, paso a resumir los tres argumentos que -según mi juicio- esgrime el magistrado para declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo:

A. La palabra matrimonio alude única e históricamente a la unión heterosexual

Mi comentario:

Al amparo de lo señalado por el Tribunal Constitucional del Perú sobre la naturaleza dinámica de instituciones naturales como la familia o artificiales (jurídicas) como el matrimonio, afirmo lo siguiente:

Primero, que, desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales.

Es más, que han sido los cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, los que generaron un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del padre de familia. Producto de ello, se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en la doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Segundo, que, si bien es cierto el derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia, no debe existir impedimento para que pueda formarse una familia partiendo de un matrimonio homosexual, razón por la cual

se entiende que una persona homosexual está en todo su derecho de poder formar una familia, esto en virtud de las nuevas exigencias que se han ido presentando en los últimos tiempos, referidas a los derechos de las parejas homosexuales.

En esa línea, habría que recordar que la Constitución es árbol vivo que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente, y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Del mismo modo, debe tenerse presente que la aplicación de la interpretación evolutiva, sin recurrir a otras técnicas interpretativas, se relaciona directamente con las denominadas modificaciones tácitas de la Constitución, que se encuentran en la fase media entre el ordenamiento formal y su evolución real y continua, que implica una evolución, o avance, que no obliga a una modificación formal del texto constitucional ni a la introducción de preceptos constitucionales nuevos, es decir, la evolución social muta la Constitución por vía interpretativa.

Como se puede apreciar, este enfoque conceptual no hace otra cosa que reforzar lo que ya hemos expuesto: que, si bien es cierto que el derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia, no debe existir impedimento para que pueda formarse una familia partiendo de un matrimonio homosexual, esto en virtud de las nuevas exigencias que se han ido presentando en los últimos tiempos, referidas a los derechos de las parejas homosexuales¹.

1 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez

- B. Ello es así porque las uniones heterosexuales son las únicas que desembocan en el nacimiento de nuevas personas (la descendencia conyugal) lo que les da un peculiar e intenso valor social, a diferencia de las uniones homosexuales que no pueden dar lugar al nacimiento de nuevas personas.**

Mi comentario:

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado -este es un acierto-, que la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa de la especie. La familia es también la unidad encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. Es justamente esa unidad la que la convierte en un espacio primordial para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional, es pues un agente primordial del desarrollo social, así lo expone el Tribunal, y así debería entenderse el concepto de familia en pleno siglo XXI.

Entonces, ¿pueden las personas del mismo sexo formar una familia? Claro que sí, no solo porque como hemos visto no existe un único modelo de familia (matrimonial) sino porque los nuevos tiempos nos obligan a ampliar el concepto y reconocer nuevas formas de unión (concubinatos, familias ensambladas, reconstituidas, familias de segundas nupcias, etcétera), quedando claro que la familia no tiene como única finalidad la procreación.

En tal sentido, no existe razón alguna para creer que las personas del mismo sexo no puedan formar un hogar familiar, sobre todo cuando se trata de personas que llevan su vida como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad en un contexto de amor, unidos por un fuerte lazo afectivo. De hecho, las parejas homosexuales -al igual que las parejas heterosexuales-también basan su unión en principios de fidelidad, cariño y respeto mutuo. En otras palabras, llevan una vida igual a la que presentan las parejas heterosexuales.

Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

Por tanto, si estas parejas están sujetas a las mismas obligaciones que las parejas heterosexuales, ¿por qué razón no podrían formar una familia al amparo de una Ley o decisión jurisdiccional que permita el matrimonio igualitario? Como podrán darse cuenta, no existe razón constitucional alguna para oponerse al matrimonio igualitario que no sea la homofobia, el machismo, el conservadurismo o el fanatismo religioso².

C. Si accedemos al pedido del demandante entonces estaríamos implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a que la Constitución lo proscribe

Mi comentario:

Primero, que no es correcto señalar que el Tribunal Constitucional se le pidió sobre si se debe o no regular el matrimonio igualitario en el Perú ya que, en este caso, la labor jurisdiccional se debía limitar a verificar si es que se habían vulnerado o no los derechos constitucionales (ver la lista de derechos constitucionales que fueron violados en este caso y que identificaremos en párrafos posteriores) del señor Óscar Ugarteche Galarza, al no permitírsele que inscriba su matrimonio celebrado en ciudad México en el registro correspondiente.

756

Segundo, que en atención a lo expuesto, la pretensión del demandante sí resultaba amparable, no siendo factible que sufra de algún tipo de discriminación en virtud de su orientación sexual, habiendo identificado que la parte demandada violentó los derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, y al libre desarrollo y bienestar, y otros reconocidos en la Constitución Política y las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos vinculantes para el Estado peruano, así como también por las decisiones emitidas por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Por lo que correspondía,

2 Rodríguez Campos, Rafael. La familia y el matrimonio igualitario en el Perú. Una lectura dinámica de la Constitución Política de 1993. En: *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*. Número 6. Enero – diciembre 2017. Universidad del Sagrado Corazón. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

a nuestro juicio, declarar fundada la demanda interpuesta por Óscar Ugarteche Galarza contra el RENIEC y, en consecuencia, ordenar a la entidad demandada cumplir con reconocer e inscribir el matrimonio celebrado por el demandante en el extranjero en el registro civil correspondiente.

3.2. Voto singular del magistrado Miranda Canales

Al respecto, comparto el único argumento que el magistrado Miranda Canales desarrolla para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo:

“Este Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea en la que puede ventilarse este tipo de controversias relativas a resoluciones administrativas. En este sentido, al existir una vía judicial igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas que son objeto de la presente demanda, la misma deberá ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional”.

Mi comentario:

Primero, la discusión sobre los derechos de las minorías sexuales, sobre los cuales el derecho nacional ha legislado haciendo consideraciones expresas, que, en este caso, el demandante considera discriminatorio, implica la inaplicación o reinterpretación de normas sustantivas de nuestro ordenamiento legal, por tanto, debe darse en el marco de la jurisdicción constitucional, a través de un Proceso de Amparo, por lo que la Acción Contencioso - Administrativa no es una vía igualmente satisfactoria³.

Segundo, siendo que la demanda de amparo se presentó el 12 de enero de 2012 y que la resolución materia de comentario se emitió el 11 de noviembre de 2020: ¿No resulta una grave violación al derecho al debido proceso (específicamente, al derecho al plazo razonable en la administración de justicia) del demandante, pretender que “amparados en un formalismo sin sustento” (como queda demostrado en el párrafo precedente) todo vuelva a foja cero para que el

3 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

demandante (8 años después) vuelva a ejercer su derecho de acción “solicitando lo mismo” pero ahora en el marco de un Proceso Contencioso-Administrativo? Por supuesto que sí, quedando claro entonces que este argumento resulta a todas luces insostenible.

3.3. Voto singular del magistrado Blume Fortini

Al respecto, comparto los tres argumentos que, según mi juicio, el magistrado Blume Fortini desarrolla para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo:

- A. No existe un derecho constitucional en juego, porque la Constitución no consagra el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, al no existir dicho presupuesto, la demanda resulta improcedente en aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.**

Mi comentario:

758 Primero, desde la Resolución de Primera Instancia se consideró importante identificar el conjunto de derechos constitucionales que pueden haberse visto amenazados o violados por la negativa del RENIEC a proceder con la inscripción del matrimonio celebrado por el demandante.

En ese sentido, la lista de derechos constitucionales identificada desde un inicio es la siguiente: derecho a la dignidad, derecho al libre desarrollo y bienestar, derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho a la intimidad personal y familiar, entre otros.

Luego, desde la referida Resolución de Primera Instancia se advirtió que el derecho constitucional que específicamente se busca tutelar -declarando fundada la demanda de amparo - es el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por tanto, afirmar que el derecho constitucional que se pretende garantizar es únicamente el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es por lo menos, inexacto⁴.

4 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica.

- B. La Opinión Consultiva OC- 24/17 no es vinculante, como lo dice el juez Eduardo Vio Grossi en su voto individual emitido en la mencionada opinión consultiva, opinión emitida a petición de Costa Rica. En tal sentido, como opinión no obliga a los Estados, sino sería una decisión mandatoria y coercitiva, la cual se debería haberse traducido en una resolución.**

Mi comentario:

Primero, resulta curioso que el magistrado Blume Fortini tome como referencia la opinión de uno (el único) de los siete jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) para señalar que la referida Opinión Consultiva no es vinculante. Resulta curioso pues resulta que los otros seis piensan absolutamente lo contrario. Hago este apunte como un dato referencial.

Segundo, la propia Corte IDH, en la Opinión Consultiva 21/14, emitida mediante Resolución de fecha 19 de agosto de 2014, ha señalado que también las Opiniones Consultivas son vinculantes para los Estados que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), y que por tanto, los diversos órganos del Estado cuando realicen el correspondiente Control de Convencionalidad, lo hagan también sobre la base de lo que señala la Corte IDH en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva⁵.

Tercero, al momento de realizar el control de convencionalidad sobre el contenido del artículo 234 del Código Civil, debe tomarse en cuenta lo señalado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17, emitida mediante Resolución de fecha 24 de noviembre de 2017, respecto a que la familia debe ser entendida de una forma amplia y de acuerdo a la evolución social, que, las familias compuestas por personas del mismo sexo deben acceder a la protección de sus derechos en igualdad de condiciones, con base en el siguiente razonamiento:

“Fundamento 191: Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia,

5 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores.

que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención”.

“Fundamento 192: Por estas razones, la Corte coincide con su par europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual (supra párr. 179). El Tribunal estima importante destacar que, con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada”⁶.

760

C. Por lo tanto, para que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo se requiere la modificación de la Constitución, según su procedimiento. O, en todo caso, a nivel del Código Civil podría darse una regulación especial a fin de dar algún tipo de tutela a este grupo de respetables personas, sin que la misma se denomine matrimonio, pudiendo llamarse, por ejemplo, unión civil o utilizarse otra denominación.

Mi comentario:

Primero, no resulta necesaria ni la modificación de la Constitución Política ni del Código Civil para que en este caso concreto se declare fundada la demanda de amparo.

Segundo, habiéndose acreditado que la aplicación del artículo 234 del Código Civil afectó los derechos del demandante (como se advirtió desde la

6 La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

Resolución de Primera Instancia), resultaba necesario un Control de Convencionalidad, aplicando la Opinión Consultiva 24/17, antes referida, que determina que el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico, es amparado por los propios principios fundamentales positivizados en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, como una forma de familia y una forma de matrimonio, debiendo tener presente que es justicia que las personas deben alcanzar, con la realización de sus derechos de manera igualitaria, lo que incluye a las minorías sexuales⁷.

Tercero, antes de plantear como única fórmula la modificación de la Constitución o del Código Civil para el reconocimiento del matrimonio igualitario, bastaba, como ya lo he anticipado, que el Tribunal Constitucional (3 de los 7 magistrados) agote todos los recursos de interpretación y argumentación constitucional posibles, a fin de hacer que la supuesta disposición inconstitucional (en este caso, el artículo 234 del Código Civil), resulte compatible con la Carta Política, y para ello, bastaba con hacer uso de los argumentos expuestos por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17 antes mencionada⁸.

Cuarto, no debemos olvidar que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

3.4. Voto singular del magistrado Sardón de Taboada

Al respecto, comparto los dos argumentos que, según mi juicio, el magistrado Sardón de Taboada desarrolla para declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo:

7 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica.

8 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso Susel Paredes y Esposa. En: Gaceta Constitucional. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

- A. La Convención Americana no dice, pues, que contraer matrimonio es derecho de las personas; dice que es derecho *del hombre y la mujer*, es decir, de *dos personas de sexo opuesto*. La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es indudable, entonces, que la Constitución –leída a la luz del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana– contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. Al tener rango constitucional, la noción de matrimonio –según el Código Bustamante– es parte integrante del orden público internacional. Por tanto, no puede reconocerse en el Perú un derecho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción.**

Mi comentario:

Primero, decir expresamente que ni los Tratados o Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ni la Constitución dicen que el matrimonio “únicamente” es la unión entre un varón y una mujer. Paso a demostrar esta afirmación:

762

El primer párrafo del artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) establece que: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)”.

Sobre este punto, es importante hacer referencia a los principios de Yogyakarta, los cuales extienden explícitamente la DUDH a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero, cuyos derechos ya estaban incluidos implícitamente en el artículo 2 de la mencionada Declaración Universal bajo las cláusulas genéricas “de cualquier otra índole” y “cualquier otra condición”. Asimismo, debo destacar que los referidos principios son un documento que recoge una serie de principios relativos a la orientación sexual e identidad de género, con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estableciendo unos estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales.

Luego, el artículo 16 de la DUDH, establece que: “Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de

iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Sobre este punto, precisamente invocando los principios de Yogyakarta, afirmamos que el derecho contemplado en el referido artículo 16 de la DUDH se aplica también a las personas homosexuales, bisexuales y las personas trans.

En esa misma línea, el numeral 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. Es decir, no establece una fórmula cerrada para el matrimonio visto únicamente como la unión de un varón con una mujer, o viceversa.

Del mismo modo, el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “Toda persona tiene derecho a construir familia; el elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. Es decir, no establece una fórmula cerrada de modelo familiar visto únicamente como el resultado de la unión matrimonial de un varón con una mujer, o viceversa.

Por último, el numeral 2 del artículo 17 de la CADH, que establece: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello y por las leyes internas, en la medida que **estas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención**” (el énfasis es nuestro)⁹.

9 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. Rodríguez Campos, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores; La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación

Segundo, si los Tratados o Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos no establecen que el matrimonio es únicamente la unión entre un hombre con una mujer, o viceversa, y tampoco establecen que existe un único modelo de familia como el resultado de la unión matrimonial de un varón con una mujer, o viceversa, entonces: ¿Cómo podemos afirmar que la noción de matrimonio (concebido como unión heterosexual únicamente) es parte integrante del orden público internacional, y que por tanto, no puede reconocerse en el Perú el matrimonio igualitario porque colisiona con esta noción?

B. La demanda sustenta su pretensión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al absolver una consulta formulada por Costa Rica, el 2017, ordenó establecer “el matrimonio igualitario” en todos los países americanos. Soslaya que tal opinión fue solicitada por Costa Rica para resolver un caso puntual, referido al cambio de nombre de una persona, que involucraba su identidad de género. Costa Rica no le pidió a la Corte Interamericana que legislara sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica ni menos en todos los países del hemisferio —incluso en los que no han suscrito el Pacto de San José. Así lo hizo notar el voto singular del juez Eduardo Vio Grossi, que acompaña dicha opinión consultiva”.

764

Mi comentario:

Primero, es importante mencionar que no se puede limitar la labor realizada por la Corte IDH a lo expuesto en la Opinión Consultiva 24/17 (que como ya he demostrado sí es vinculante para los Estados de la OEA, según la propia Corte IDH)¹⁰.

En esa línea, es necesario hacer referencia a diferentes casos en los cuales los organismos internacionales, cuyas decisiones son vinculantes para el Estado peruano, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Caso 488/1992) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Duque vs. Colombia y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile), se han pronunciado sobre los

a parejas del mismo sexo. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

10 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores.

derechos de las parejas homosexuales y su relación con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.

Empecemos con el Caso Tonnen contra Australia, en virtud del cual en el año 1994 por primera vez el Comité tomó posición respecto a los derechos de la comunidad LGTB, indicando que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

Luego, hagamos mención al Caso Duque vs. Colombia, en el cual la Corte (considerando 104) estableció que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. Por lo tanto, ninguna norma, decisión o práctica de Derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

En esa misma línea, en este caso, la Corte (considerando 105) proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que dicha práctica sería contraria al mandato consagrado en el artículo 1.1 de la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

765

En ese mismo sentido, aparece también el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en el cual la Corte señaló que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. Sobre este punto, la Corte afirma que el hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la CADH.

Del mismo modo, también resulta importante mencionar lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación

General N° 20, sobre que “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. Por lo tanto, los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudez. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación.

Por último, también aparece como un referente aleccionador (más no vinculante), uno de los casos más importantes resueltos por la jurisdicción comparada. Hablo, específicamente, el Caso *Obergefell vs. Hodges*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (5 votos contra 4 votos), mediante el cual se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este caso, que en estricto no resulta vinculante para el Estado peruano, pero que sí evidencia el giro jurisprudencial que las cortes más importantes del mundo están dando sobre esta materia, el Tribunal estadounidense señaló que será inconstitucional que los Estados prohíban el reconocimiento de este tipo de uniones o la consecución del matrimonio entre parejas del mismo sexo en sus territorios¹¹.

766

Es más, la Corte señaló que es degradante impedir que parejas del mismo sexo formen parte de una institución central de la sociedad de la nación, porque ellos también pueden aspirar a los propósitos trascendentales del matrimonio.

Segundo, queda claro entonces que aun cuando la Opinión Consultiva 24/17 no fuese vinculante para el Perú (aun cuando la propia Corte IDH considera lo contrario), existen otras fuentes que le permiten al Tribunal Constitucional peruano declarar fundada la demanda de amparo pues si bien la limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto puede haber parecido justa y natural, hoy su inconsistencia con el significado principal del derecho fundamental al matrimonio, como consecuencia del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, se hace manifiesta.

11 Rafael. La Convencionalización del Derecho Peruano. Autopsia al caso *Susel Paredes y Esposa*. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 137, mayo 2019. Editorial Gaceta Jurídica.

- C. “Años atrás, el Congreso debatió un proyecto de ley para introducir la unión civil entre personas del mismo sexo, pero fue archivado el 2015 por decisión de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora. Si ahora se quiere ir aún más lejos e incorporar el “matrimonio igualitario” al Derecho peruano, debe hacerse una reforma constitucional siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la propia Constitución”.**

Mi comentario:

Primero, recordar que a la fecha no existe institución alguna, ya sea matrimonio homosexual, unión civil u otra institución afín, que proteja o garantice el derecho de las parejas homosexuales a poder efectuar una unión que pueda ser reconocida por el ordenamiento jurídico, reconociéndole así la facultad de poder formar una familia, poder tener derechos sucesorios y otra serie de derechos de los cuales sí gozan las parejas heterosexuales; razón por la cual son un sector de la población que a la fecha se encuentra desprotegido y en constante discriminación, al no haberseles reconocido derecho alguno; partiendo de la realidad de que existen dichas parejas en convivencia y de que es su deseo protegerse el uno al otro.

Por tanto, efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución Política, se considera que dicho dispositivo legal (es decir, el artículo 234 del Código Civil) debe ser interpretado conforme a los cambios y exigencias que nuestra sociedad reclama, y al haber quedado demostrado que a la fecha un gran sector de la población exige algún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea por medio del matrimonio, unión civil u otro dispositivo, resulta factible que a falta de existencia de dicha institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por la vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera de que se legisle a favor de ellos.

En otras palabras, creemos que no es admisible que se sigan produciendo violaciones a los derechos de las parejas homosexuales, durante el tiempo que tome aprobar una ley que reconozca estos derechos, debiendo precisarse, además, que existe aún incertidumbre con respecto a si en el Perú se reconocerá o no derecho alguno a favor de estas parejas en un futuro inmediato, ya que esa situación ha sido justamente la que ha ocasionado que en este caso concreto se vulneren

derechos constitucionales reconocidos en el artículo 2 de la Constitución Política como el derecho a la igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros¹².

Segundo, y como ya lo advertimos, no es necesario modificar la Constitución o la Ley para que una demanda de amparo sobre esta materia prospere, pues basta someter al artículo 234 del Código Civil a un Control de Convencionalidad interpretándolo de manera conforme al canon constitucional y convencional, según lo establecido no solo en la Opinión Consultiva 24/17, sino también en las resoluciones que la propia Corte IDH y otros tribunales internacionales cuya competencia ha sido reconocida por el Estado peruano han emitido.

Tercero, si se busca llevar a referéndum la pregunta: ¿Está usted de acuerdo con el matrimonio igualitario? Entonces, considero reflexionar sobre las siguientes interrogantes: 1) ¿Estaremos reconociendo el derecho constitucional a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo?; 2) ¿Por qué tendríamos que consultarles a las personas heterosexuales si las personas homosexuales deben o no tener sus mismos derechos?; 3) ¿Esta consulta no negaría la naturaleza contramayoritaria de los derechos fundamentales? y; 4) ¿Por qué la necesidad de preguntarle a la mayoría si la minoría puede ejercer los mismos derechos que ella? Como podrán suponer, la propuesta de supeditar los derechos fundamentales de la minoría al arbitrio de la mayoría no solo es inconstitucional desde el punto de vista jurídico sino peligrosa desde el punto de vista político.

12 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Kelsen y el Matrimonio Igualitario en el Perú. Autopsia a la Sentencia Ugarteche Galarza. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 222, marzo 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Sobre el particular, también pueden verse los siguientes trabajos: Rodríguez Campos, Rafael. Rodríguez Campos, Rafael. La Protección del Derecho a la Identidad de Género de las Personas Trans: Avances, retrocesos y desafíos. Arequipa, 2020. Quimera Editores; Rodríguez Campos, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; Rodríguez Campos, Rafael. Uniones civiles homosexuales, religión y política. En: Gaceta Constitucional. Tomo 71, noviembre 2013. Editorial Gaceta Jurídica; y Rodríguez Campos, Rafael. Identidad de Género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En: Gaceta Constitucional. Tomo 123, marzo 2018. Editorial Gaceta Jurídica.

3.5. Conclusión

Finalmente, según los comentarios expuestos, queda clara mi posición frente a los argumentos esgrimidos por los cuatro magistrados que votaron por la IMPROCEDENCIA de la demanda de amparo interpuesta por el señor ÓSCAR UGARTECHE. Si no fuera así, dejo constancia de la misma: “Reviso una y otra vez los argumentos planteados por los magistrados y estimo que en este caso interpretaron a la Constitución Política y a la Convención Americana de Derechos Humanos de conformidad con una Ley (el artículo 234 del Código Civil, específicamente), aprobada en el año 1984 cuando la homosexualidad todavía era considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad”.

Como resulta claro, este proceder no solo constituye un tremendo retroceso en materia de interpretación y argumentación constitucional, sino que aparece como la excusa perfecta para seguir negando derechos y libertades a los grupos minoritarios basando esa limitación en los prejuicios y sesgos que obnubilaban las mentes de quienes legislaron en el Perú hace 37 años.

769

4. Reflexiones finales a favor del matrimonio igualitario en el Perú

Al respecto, aprovecharé las tres páginas que me restan para compartir algunas reflexiones constitucionales y políticas que justifican mi posición favorable al matrimonio igualitario en el Perú.

4.1. Un nuevo canon constitucional para los derechos y libertades

El respaldo a esta nueva figura civil, crece debido a que, en el Perú, como en los demás países de occidente, la igualdad de derechos entre personas heterosexuales y homosexuales ya es vista como parte del canon constitucional y democrático que toda sociedad moderna hace suyo. Por lo tanto, así como a nivel legislativo, empiezan a aparecer leyes destinadas a proteger los derechos de las mujeres, personas con discapacidad, grupos étnicos, y otros sectores históricamente excluidos e invisibilizados, no es extraño que en un país mayoritariamente católico y conservador como el nuestro, este tipo de iniciativas se hayan empezado a discutir recién en la segunda década del siglo XXI, más cuando históricamente en el Perú, a los políticos les ha costado muchísimo enfrentarse a la jerarquía eclesial.

Por eso creo que el futuro de este tipo de iniciativas: matrimonio igualitario, aborto o eutanasia, entre otras, dependerá mucho de la presión política y mediática que ejerzan los sectores conservadores de nuestra sociedad, encabezados, como es de suponer, por la Iglesia católica. Sin embargo, no es menos cierto que la Iglesia católica ha perdido paulatinamente, con el transcurso de los años, el enorme poder fáctico que otrora ostentaba, situación que debe ser aprovechada por quienes desde la sociedad civil impulsan este tipo de iniciativas que apuntan a construir una sociedad libre e igualitaria para todos los ciudadanos, sin importar la identidad de género u orientación sexual que estos presenten. En otras palabras, si la Iglesia católica presiona, la sociedad civil debe estar preparada para responder a nivel político y mediático, para ello, la calle siempre será una opción.

4.2. Los argumentos de quienes se oponen al matrimonio igualitario

De hecho, quienes se oponen a la aprobación del matrimonio igualitario, lo hacen a partir de dos argumentos que considero absolutamente falaces, tal y como lo demostraré a continuación:

770

A. El argumento religioso/mayoritario

El Estado peruano es no confesional. Eso quiere decir que el Perú no tiene una religión oficial y que reconoce el derecho a la libertad religiosa de todos sus ciudadanos. Si ello es así, no resulta válido afirmar que como los católicos (la mayoría) están en del matrimonio igualitario entonces estas figuras deben prohibirse. Si eso fuera cierto, ¿qué sentido tendría reconocer el derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos si la legislación estatal estará determinada por las citas bíblicas que la Iglesia Católica convenientemente expone?

La religión es importante, eso no admite discusión. Sin embargo, al momento de legislar, las autoridades no pueden decidir en función de lo que dicte la religión mayoritaria. Si permitimos que eso pase, entonces corremos el riesgo de convertirnos en una suerte de teocracia en la cual la política no es otra cosa que un derivado de la fe. Con lo cual, la democracia republicana de la que se habla en el artículo 43 de nuestra Constitución Política terminará convertida en una forma de gobierno en la que la ley que rige a los ciudadanos transcribe el mandato divino de la fe mayoritaria. Algo que atenta contra los principios de pluralismo y tolerancia que deben ser la base de sociedades democráticas como la nuestra.

B. El argumento del orden natural

Ahora bien, como los que se oponen al matrimonio igualitario saben que el argumento religioso mayoritario no tiene mayor sustento al momento de reconocer o ampliar derechos, estos han empezado a utilizar el argumento del orden natural. Sostienen, como lo hicieron en el pasado, que el reconocimiento del matrimonio igualitario acabará con el orden natural de la sociedad y que esta terminará por destruirse. Este argumento es falso porque reconocer una situación que ya existe en la realidad (reitero, las cifras más conservadoras dicen que el 10% de la población es homosexual) no supone el fin del orden establecido. Esto es simplemente parte de un proceso de cambio social que avanzará por más que los sectores conservadores católicos y religiosos se opongan.

En todo caso, ¿por qué el temor al cambio? Recordemos que este mismo argumento fue utilizado por este mismo sector para impedir que las mujeres ejerzan derechos como el trabajo o sufragio. Se decía que si la mujer trabajaba y no se dedicaba al hogar entonces la familia se destruiría y la sociedad occidental llegaría a su fin. Han pasado más de 50 años desde entonces y seguimos acá. ¿Podemos entonces darle validez a este tipo de argumentos? Yo creo que no¹³.

771

C. Aceptamos la Unión Civil pero no el matrimonio igualitario (dicen los conservadores)

¿Por qué se quejan tanto los homosexuales exigiendo el matrimonio igualitario si ya se les va a reconocer el derecho a unirse civilmente? Esa es una expresión que algunos defensores del “orden natural” -los más progresistas entre los ultramontanos- han empezado a esgrimir en diversos medios de comunicación. En mi opinión, esta expresión únicamente disfraza un pensamiento discriminatorio que pretende decirnos que “las personas somos iguales en derechos pero que los homosexuales son menos iguales que nosotros los heterosexuales”. Y como ello es así, entonces la discriminación se mantiene pero con un nuevo esquema: matrimonio para los “iguales” (heterosexuales) y uniones civiles para los “menos iguales” (homosexuales).

13 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. La despenalización del aborto y el matrimonio igualitario en el Perú. Un debate constitucional y político a propósito de la presentación de algunos proyectos de ley sobre esta materia. En: Gaceta Constitucional. Tomo 69, setiembre 2013.

Es evidente que este enfoque, además de cuestionable, no responde la pregunta del millón en este caso: ¿por qué razón las personas homosexuales no podrían unirse civilmente o contraer matrimonio si la finalidad de ambas figuras es hacer posible una vida en común? ¿Acaso las personas homosexuales no tienen iguales derechos que nosotros los heterosexuales? Los tienen, por eso esta limitación viola los valores de igualdad, dignidad y libertad que la Constitución Política reconoce¹⁴.

D. Aceptamos la Unión Civil pero jamás la adopción (dicen los conservadores)

¿Qué ocurrirá con los menores que son criados por homosexuales? ¿Acaso no terminarán adoptando la misma orientación sexual que sus padres adoptivos? Estas son las preguntas que los opositores al matrimonio igualitario hacen en los medios de comunicación. Sobre este punto, debemos saber que existen estudios que demuestran que el desarrollo alcanzado por niños criados por parejas homosexuales es igual al obtenido por quienes lo fueron por parejas heterosexuales, tal y como ha sido señalado en la Sentencia de la Corte IDH emitida en el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

772

Del mismo modo, se sabe que la orientación sexual de las personas no está determinada por la de sus padres. Si ello fuese así, entonces ¿cómo explicamos que en una sociedad mayoritariamente heterosexual tengamos aproximadamente a un 10% de población homosexual? Muy simple, la orientación y/o identidad sexual de las personas no se adquiere por imitación. Así como la identidad sexual de los padres no garantiza una paternidad o maternidad responsables.

E. El matrimonio igualitario destruirá a la familia (dicen los conservadores)

Ahora bien, a propósito de la reapertura de debate sobre el matrimonio igualitario en nuestro país, generado por esta sentencia y por la postura que algunos candidatos a la presidencia de la República en estas Elecciones Generales 2021 han mostrado frente al tema, vengo escuchado decir a una serie de

14 RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. Chile aprueba el acuerdo de vida en pareja para heterosexuales y homosexuales: ¿Se aprobará en el Perú la unión civil? En: Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Tomo 87, marzo 2015. Editorial Gaceta Jurídica

personalidades provenientes del sector más conservador (católico) de nuestra sociedad, que el modelo de familia que el Estado reconoce es únicamente el que está relacionado con el matrimonio.

Quienes se oponen a la aprobación del matrimonio igualitario, usan este falaz argumento para hacernos creer que, si una familia no tiene como base el matrimonio, concebido como la unión entre un varón y una mujer (con fines básicamente reproductivos) entonces no puede ser considerada como tal. Por ello, afirman estas personas, el matrimonio igualitario debe ser rechazado pues pone en peligro el modelo de familia que el Estado y la sociedad reconoce.

Bueno, ya que las mentiras proferidas por este sector se difunden como si fueran verdades bíblicas, y con el único afán de brindarle a los lectores la información necesaria para que sean ellos mismos los que se formen su propia opinión sobre este tema, es que aprovecharé este espacio para volver a responder la pregunta que ya hemos formulado: ¿La Constitución Política del Perú reconoce un único tipo de familia (la matrimonial)? No, mil veces no.

F. Los fantasmas inventados

773

Como habrán podido apreciar, el concepto de familia ha ido cambiando con el paso del tiempo. Eso es algo lógico teniendo en consideración que se trata de un instituto natural sujeto al devenir del espacio y tiempo histórico. Hoy en día el modelo familiar tradicional ya no es el mayoritario, eso no quiere decir que haya entrado en crisis, simplemente que el concepto de familia se ha ampliado y nuevos modelos o tipos familiares surgen producto de factores sociales, económicos y culturales, que ninguna fe o religión está en condiciones de frenar.

Por eso, con el mayor de los respetos, a quienes se oponen al matrimonio igualitario en nuestro país, debo decirles que su oposición es antojadiza y carente de sustento, ellos dicen que la aprobación de esta figura (legislativa o jurisprudencialmente) acabará con la familia tradicional, elevando el número de parejas homosexuales y lésbicas, como si una ley tuviese el poder para determinar la identidad de género u orientación sexual de los ciudadanos. Para ellos, el matrimonio igualitario marcará el inicio del final de nuestra especie. ¿Puede uno creer en esta “teoría” y no sentir vergüenza de sí mismo? Evidentemente no.

A estos señores habría que decirles que “el modelo de familia tradicional” ya no es el hegemónico, eso no quiere decir que no estén en su derecho de

promoverlo y buscarlo como parte de su opción personal de vida, lo que no pueden hacer es imponer su particular visión de las cosas sobre la de todos los demás, como si todos estuviésemos de acuerdo con ellos, como si todos creyésemos en que Adán y Eva fueron nuestros primeros padres, como si el modelo de familia bíblico instaurado hace más de 2000 mil años no hubiese sido rebasado por la fuerza de la historia.

Alguien dijo alguna vez que solo Dios y los idiotas no cambian. Yo no le tengo miedo al cambio, sobre todo cuando este busca reconocer derechos y libertades para todas las personas, permitiéndoles ir en busca de su felicidad en condiciones de libertad e igualdad. Por eso a quienes se oponen al matrimonio igualitario les pregunto: ¿A qué le tienen miedo?

5. Reflexión final

Como creo haber demostrado, son básicamente dos los argumentos que fundamentan la posición de quienes se oponen al matrimonio igualitario: a) El religioso mayoritario; y a) El natural y/o tradicional. En mi opinión, ambos argumentos no pueden servir de justificación para rechazar el matrimonio igualitario. Sostengo ello por tres razones puntuales: a) La moral que protege la Constitución Política es la moral civil y no la de un grupo religioso en particular; b) La opinión de la mayoría no puede justificar la restricción de derechos a una minoría basada en su orientación y/o identidad sexual; y c) No se busca acabar con el matrimonio (heterosexual) sino permitir que más personas puedan celebrarlo. Yo estoy de acuerdo con el matrimonio igualitario, pues permite defender la libertad individual frente a prácticas históricamente excluyente, allanando el camino hacia la construcción de una sociedad más tolerante, solidaria, libre e igualitaria.

SECCIÓN CLÁSICOS

Justificación

Se incorpora a la presente sección de Clásicos de nuestra Revista Peruana de Derecho Constitucional, el pionero trabajo de investigación titulado “Un aspecto de la Historia del derecho peruano. Las Constituciones” que presentara Rosa Dominga Pérez Liendo al Doctorado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Este trabajo constituye lo que probablemente sea el más lejano antecedente de un aporte realizado para el mundo del derecho peruano y en particular, para su disciplina constitucional, por parte de una joven estudiosa en una época en que el acceso y la participación de las mujeres en el mundo profesional, era tendencialmente un asunto exclusivamente reservado para los varones.

776

Rosa Dominga Pérez Liendo, nació en Tacna el 04 de setiembre de 1892, habiendo estudiado filosofía y letras en la Universidad de San Marcos entre 1909 y 1912 y obtenido su bachillerato en Letras hacia el año 1914. Se desempeña como maestra de escuela y tiempo después ingresa a la Facultad de Jurisprudencia logrando obtener su grado de Doctor hacia fines de 1920 convirtiéndose de esta forma en la primera abogada titulada en nuestro país. Tuvo asimismo el mérito de ser la primera mujer en ocupar un cargo directivo en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Es recordada por haber sido una celosa defensora de los derechos de los pobres y más desamparados y una de las personas que más abogo por el reconocimiento del derecho al sufragio para todas las mujeres. Falleció un 07 de marzo de 1954 a la edad de 62 años.

Agradecemos a nuestra colega y permanente colaboradora María Candelaria Quispe Ponce, el habernos hecho llegar la versión original de este valioso documento, el mismo que cumplimos con reproducir para que sea conocido por el público especializado.

Luis R. Sáenz Dávalos

Director de Publicaciones y Documentación

Un aspecto de la Historia del Derecho Peruano

Las Constituciones

Tesis para el Doctorado de la Facultad de Jurisprudencia

Presentada por:

Rosa Dominga Perez Liendo - 1920

Imp. "Gloria" - Abancay 274

Lima - Perú

Sres. Catedráticos:

La elaboración jurídica del Perú independiente resalta en la historia del derecho comparado por su abundancia, mutabilidad y variedad en la doctrina. Por otra parte, es exponente de la preparación científica del medio político, de la cultura intelectual y del sentimiento doctrinario de la política en las clases dirigentes y en los hombres que dirigieron el funcionarismo del Estado. Superioridad de la cultura jurídica que junto con el mismo hecho de abundancia y renovación de principios legales, contrasta con la ineficacia, falta de aclimatación y vida efímera que siempre han tenidos las leyes en nuestro medio; a causa, sin duda, de la inestabilidad política de los gobiernos, a los largos periodos de anarquía en los primeros cincuenta años de nuestra vida independiente; a la sucesión indistinta de hombres en el gobierno, que por tal efecto los inexpertos, los improvisados únicamente, representantes de una ilegítima ambición militarista consumada y alcanzada motinezamente en los cuarteles, no podían continuar la obra de gobierno principista, especialmente en lo legal, verificada por el antecesor.

La elaboración jurídica entre nosotros no ha sido producto de procesos y reacciones colectivas reflejadas en las gestiones disciplinarias de los partidos políticos; se ha producido aisladamente dirigida y orientada por determinadas figuras intelectuales que, por el prestigio de que se rodeaban, imponían en el sentimiento nacional la iniciativa para éste devolviéndola arrastrara el conocimiento de la eficacia y de su necesidad.

Entre nosotros, pues, el procedimiento dinámico de la elaboración de la ley, ha seguido un movimiento contrario al que generalmente cita la Filosofía y la Historia del Derecho como generador y conductor de las normas jurídicas en cuerpos de leyes organizadoras y regularizadoras de los intereses sociales, especialmente en las fronteras y en los marcos del derecho público. La admirable contextura de la ley inglesa se debe a que ella ha partido de la conciencia popular y los legisladores se ha imitado únicamente a recogerla y doctrinizarla; este es el secreto de su conformidad entre el hecho social y el fundamento político, de su adaptabilidad ante todos los conflictos, de su flexibilidad ante todos los cambios y novaciones de los intereses y sentimientos de la colectividad y de la eficacia que representa en las relaciones de gobernados y gobernantes y en general en la persistencia del orden político del Estado. En otros casos la creación jurídica se ha tenido por otros derroteros, pero sin anticiparse tampoco al sentimiento colectivo ni menos imponiéndole normas contrarias a su carácter, a sus tradiciones y a sus intereses morales o económicos. La ley francesa es creación de la acción dirigente de los hombres representativos que obedecen a grandes agrupaciones partidaristas y éstas, a su vez obedecen y existen a concretos ideales y sentimientos de la colectividad y para afianzarse dentro de ésta y ganar su consentimiento para gobernar, buscan las instituciones de derecho que van a mejorar la situación y alagar sus aspiraciones y apetitos; así obtienen el consentimiento colectivo y la ley viene a ser entonces el producto de un compromiso de lo social, que busca la garantía de sus intereses y la supervivencia de sus ideales, con los hombres y los partidos políticos, que buscan el prestigio de sus doctrinas, la popularidad personal y el arraigo en las funciones públicas. En esto consiste la sabiduría y exactitud del derecho francés.

La inestabilidad política de nuestros gobiernos, la desorientación doctrinaria y principista de nuestros partidos políticos, ha originado únicamente una constante ineficacia del derecho, especialmente de los preceptos de orden constitucional, sino una profunda diferencia entre la ley misma y las necesidades o hechos sociales que venía a cautelar, pues pecaba por defecto unas veces y otras, por exceso. Asombra y sugiere interrogaciones esa nutrida elaboración jurídica del Perú, pues se ha dado leyes de todo orden como si este fuese un medio muy complejo y muy vasto en conflictos sociales, El fenómeno está en que las leyes aparecen por obra de la iniciativa individual, quien ve en ello un éxito que halaga su vanidad y le asegura la actividad en la función pública que desempeña, a espaldas de toda sugestión principista de un partido político, y lo que es más grave, en ausencia del sentimiento colectivo.

No ha sido por falta de elementos y de preparación científica que se hallan creado estas situaciones falsas y ficticias de leyes que no han podido ejercer su imperio, de inconsultas unas y otras exóticas al medio; es cuestión de la forma y circunstancias como se ha gobernado al país, siempre en jaque de revoluciones, siempre los hombres buscando el éxito personal con obras que no trascienden al bien social. Si hubiese compulsado alguna vez las necesidades morales y materiales de nuestro pueblo, las condiciones geográficas del territorio, las conveniencias históricas, la diversidad étnica de los pobladores, el movimiento y conservación de las riquezas, es incuestionable que nuestro Derecho respondería a bases inmovibles de justicia y de sabiduría. Tanto más lamentable es esto cuando se ve que se sabido aprovechar de la intuición de ley, de su necesidad y respeto que de ella tiene nuestro pueblo, lo que buscando que coexistiera con la admirable flexibilidad mental de nuestros intelectuales y políticos que inmediatamente hacen eco de las renovaciones científicas que nos vienen de afuera, tendríamos hoy un Derecho Patrio perfecto y adecuado a nuestras propiedades y a nuestro modo de ser, en esto justo y exacto, y culto y elaboradamente científico por las infiltraciones recibidas y aceptadas del Derecho y de la Jurisprudencia de otros pueblos que ocupan la preferencia en el gran cuadro de la civilización.

La elaboración jurídica del Perú independiente, comprende tres aspectos perfectamente marcados, tanto por su naturaleza, carácter y extensión como por los factores que han concurrido a determinarla, precisarla e imponerla.

Son estos tres aspectos; 1º- Las leyes y reglamentaciones inmediatas a la proclamación de la independencia, y que deben considerarse como los trabajos legales llamados a dar organización política y social al país dentro de su nueva fisonomía de libertad; 2º- Los trabajos de intento de organización constitucional, que acusan carácter rápido y que después se suceden violentamente sin alcanzar aclimatarse en el medio político; la historia de esta larga tentativa de organización constitucional es uno de los capítulos más interesantes del Derecho Patrio; y 3º- La codificación que representa el punto de mayor volumen considerado en su importancia científica, en los hechos y situaciones que ha sujetado dentro de las normas de derecho y por los elementos y factores que ha utilizado en su formación; bien es cierto, que es la elaboración jurídica del país más artificial en su movimiento y la menos genuina porque en las fuentes y en sus fundamentos son leyes importadas y circunstancial y caprichosamente incrustadas en nuestro medio.

De estos tres aspectos tomaré el segundo o sea el de la organización constitucional, para análisis que me propongo desarrollar y en el que intento descubrir el carácter que las circunstancias impuso a las diferentes leyes constitucionales que han regido en el país, como también en cuanto a la precisión y acierto de sus preceptos, y concluir con un examen de la Constitución vigente para ver si responde a las necesidades actuales de la Nación y para ver si ella es más propia, orgánica y científica que las anteriores.

La obra jurídica de las constituciones puede calificársele como un largo ensayo dentro de variada y continuada sucesión y el reaccionarismo que implicaban de unas a otras.

La inestabilidad de nuestras constituciones esta – como ya lo hemos dicho en la inestabilidad de los gobiernos. Cada régimen, producido en las revoluciones, ha creído alcanzar su afirmación y conseguir sus aspiraciones desterrando a la constitución que encontraba dictando otra amoldada a sus intereses y retocada por algunas innovaciones.

780

Sin embargo, dentro del ensayo constitucional, es admirable la selección de factores externos e internos que para cada una se tuvo en cuenta, y el grado de influencia que en ellas ejercieron las Cartas de la América del Norte y de Francia.

La era constitucional del Perú se inicia bajo los auspicios militares del General don José de San Martín, en plena y emocionante lucha del elemento nacional contra las fuerzas militares de España para alcanzar la libertad, a la inquietud de la hora, a la angustia de las necesidades y a los grandes peligros de perder la causa de la independencia, se debe a la imprecisión, la concisión y brevedad de principios que se descubre en el carácter de la primera Constitución Peruana.

Los reglamentos que previamente dictara San Martín, obligado por las circunstancias en que se encontraba, tienen el doble significado de que a la vez que concertaban un orden de cosas eran las avanzadas preparatorias para acometer a la obra definitiva de la constitucionalidad del país. En este mismo sentido es que debe tomarse el Estatuto Provisorio de Octubre de 1821, por lo que más propiamente debe tomársele como un bosquejo de Constitución.

El primer Congreso de la República convocado por San Martín y que al constituirse radicó sus funciones en una Constituyente, elaboró dos cuerpos de leyes; uno especialmente de carácter interno para regularizar sus propias funciones

y el otro, compuesto por los preceptos que implicaron la primera Constitución del Perú, que se juró el 12 de Noviembre de 1823.

La Constitución del año 23, siendo en sus lineamientos generales “un simple ensayo teórico que hizo el Perú del régimen constitucional”, contenía los principios filosóficos y las ideas democráticas de la revolución y de la época. Sus declaraciones son sobrias y moderadas; reflejan las circunstancias inciertas y no firmes del momento histórico en que se le dictó; no acusa en su espíritu los secretos, conveniencias o intereses de algún caudillo; más bien, descubre la honrada intensión e inspiración de los legisladores que la elaboraron.

La Constitución del 23, se destaca porque dio la forma de Gobierno Republicano al país y denominó al Jefe del Estado con el título de Presidente de la República, lo que fue impreciso y vago en los esbozos constitucionales que le precedieron. Además, se distingue por el establecimiento de un cuerpo conservador en el juego de los grandes intereses políticos y en la normalidad del funcionarismo, con el título de Senado conservador. Nuestros primeros legisladores quisieron dar vida a las opiniones de los publicistas, consagrando en la Carta la institución de un poder conservador, fiscalizador y limitador de los poderes legislativo y ejecutivo.

En las levas reglamentarias de carácter público que precedieron a la Constitución del 23, crearon también al poder conservador bajo el nombre de Consejo de Estado como institución llamada a evitar a extralimitación de facultades en los funcionarios de los poderes públicos y a servir de cuerpos de consulta y de ilustración en las deliberaciones para dar leyes y todos los planes en que se consultara el bien nacional. La diferencia sustancial que en cuanto a esto encarnaba la Constitución del año 23, está en que el Senado Conservador emanaba de la voluntad y mandato popular.

Los grandes legisladores de la independencia, los políticos y entre estos el Protector San Martín, revelaron su interés en dar una patria firme, sólida bien constituida fundando instituciones conservadoras para garantizar el recto y exacto ejercicio por los poderes públicos.

Después de las últimas Cartas que ordenaron la existencia de Cuerpos Conservadores, han sido las del 28, 34, 39 y la 60, con diferentes nombres, con diferente composición y con variadas atribuciones. Así el Concejo de Estado de la del año

28, tenía más bien el carácter de un poder moderador ante los poderes legislativo y ejecutivo. El Consejo de Estado en la del año 39 tenía exageradas atribuciones para fiscalizar y acusar al Ejecutivo. La Comisión Permanente de la Constitución de 1860 tuvo un limitado número de atribuciones de los que correspondieron a los Consejos de Estado de las anteriores Cartas y dada la temporalidad de sus miembros —puestos que eran los propios senadores y diputados— quedó extinguida.

La novísima Constitución que nos rige, ha revivido la institución del Consejo de Estado. En esta época en que están más precisados los conceptos políticos de gobernar científicamente y para el bien patrio, es de esperar que esta institución tenga vida larga y preste eficaces servicios. Aunque la forma de elegir a sus miembros que estatuye por el Poder Ejecutivo y con solo la simple aprobación por el Senado, parece ser la menos conveniente. Los gobiernos saben ganar en todas partes amigos demasiados serviciales y adictos. Para asegurar la independencia y rectitud de los miembros del Consejo de Estado, mejor fuese buscar una fórmula en que se conciliasen las condiciones políticas y morales del país y la diversidad de intereses que va a representar. De acuerdo con estos ideales, creo que el nombramiento debe ser de triple origen: unos elegidos por el Poder Ejecutivo; otros por el Congreso a propuesta en terna de la Corte Suprema; y finalmente, otros por elección popular con representación de las minorías políticas.

782

La Constitución de 1826 ha sido la más original que ha tenido el Perú y con el pueblo alguno en el mundo. Fue el producto de la ambición política y de la vanidad de un hombre.

El Libertador Bolívar aprovechó de la inquietud y de la zozobra nacional al frente de la lucha con los ejércitos realistas y de las divisiones de nuestros políticos, para arrancarle al Congreso aquel fenómeno que se llama la Constitución del año 26.

A la sugestión de las ambiciones bolivarianas, se hundieron en el Perú las sanas doctrinas democráticas, los puros principios filosóficos inspirados en las lecturas de los escritores franceses de los días de la Revolución, que habían sellado los primeros actos de la independencia. La noble y altiva virtud de nuestros hombres, se perdió, como se pierde una moneda de oro al caer en las blandas capas de las arenas del desierto. Pasó algo como una regresión a los tiempos en que un hombre sobre la debilidad de los pueblos, erguían la insolencia de sus caprichos,

de sus pasiones y de sus vanidades. La Constitución del 26 hizo a Bolívar Presidente Vitalicio y le otorgó las facultades monárquicas de elegir a su sucesor: La aberración más grande en una era de democracia y al frente de una lucha que los hijos de la Nación rendían sus vidas por la libertad y por la Patria.

Además, de la presidencia vitalicia la Constitución del 26, se singulariza por el sistema especial que dio el poder electoral y principalmente por la original organización tri-cameral que dio al poder legislativo.

Del poder electoral hacía una institución típicamente regional adecuada para traducir las necesidades de estos y en cierto aspecto de control al Ejecutivo en los actos de gobierno de las provincias; elegía a los legisladores y designaban a sus propias autoridades políticas, civiles y locales, mediante el sistema de ternas ante el Poder Ejecutivo, ante los Prefectos y ante el Senado.

Al Poder Legislativo lo estableció dentro de tres cámaras autónomas y con funciones y facultades propias. Estas Cámaras eran: Primera, de tribunos; segunda, de Senadores y tercera, de censores. La de los tribunos iniciaban las leyes, decidía sobre la paz o la guerra. La de los Senadores controlaba la administración pública y formaba los Códigos. Y la de los censores ejercía la potestad moral y política de velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, protegía la libertad de imprenta y nombraba al tribunal de apelación en última instancia que conocía de los juicios de imprenta; finalmente era de su atribución, proteger y cuidar las artes, las ciencias la industria y la moral social y política.

La composición de tres cámaras es la nota original de la Constitución Bolivariana y quizá la institución que la meditaron sinceramente creyéndola de bien positivo para el país. No se oculta que es un sistema llamado a introducir la armonía y el acierto en las funciones legislativas; desgraciadamente se le ensayó en un momento inoportuno y dentro de una constitución odiosa para el pueblo.

En cuanto al poder electoral las únicas constituciones que lo instituyeron fueron las del 23 y 26, como hemos visto, las posteriores únicamente tratan de las cuestiones electorales de modo aislado, dejando su reglamentación para leyes especiales. La Constitución vigente en el Título VI bajo la denominación de la Ciudadanía y del Derecho y Garantías Electorales, incluye algunas importantes y nuevas declaraciones sobre el derecho de sufragio, del modo y forma de ejercerlo, imponiendo el requisito de inscripción en los registros militares para ser electo y elegido, disposición destinada a hacer efectiva la ley del

servicio militar obligatorio y el concepto de reciprocidad moral entre el deber y el derecho. Pero su nota más acentuada está en que para garantizar la verdad y la legalidad electoral da intervención al Poder judicial, disponiendo que la Corte Suprema conozca en los procesos electorales controvertidos y para imponer las responsabilidades en los casos de falta o trasgresión de las leyes de la materia. La importancia de este precepto resalta ante las formas inmorales en que ha venido conduciéndose el ejercicio electoral, que amenazaba hacerse tradicional en el país. Surge este precepto por la aspiración nacional de que el derecho de sufragio sea una fuente de moralidad y de cultura cívica entre nuestras masas ciudadanas.

La formación de las Cámaras legislativas se ha sujetado al sistema bicameral en la mayoría de nuestras constituciones, solamente la del 23 y la del 67 que no llegó a regir, dispusieron la organización legislativa con una sola Cámara; finalmente, la del 26, que creó tres Cámaras, de lo que ya nos hemos ocupado.

La Constitución vigente encierra algunas novedades al respecto. En primer término, ha reducido el número de representantes en ambas Cámaras; la renovación total coincidiendo con la del Poder Ejecutivo; mandato por cinco años; supresión del requisito de la renta, profesión o industria, que nunca tuvo aplicación en las anteriores; extensión de la incompatibilidad entre el mandato y el empleo en la administración local, en las Sociedades de Beneficencia y en todas las Sociedades dependientes en cualquier forma del Estado; prorrogabilidad del período legislativo de noventa a ciento veinte días, para sancionar especialmente el presupuesto, lo que en la anterior carta se limitaba las funciones del Congreso ordinario a noventa días indefectiblemente, quedando el expediente de las legislaturas extraordinarias convocadas únicamente por el Ejecutivo; modificación de los dos tercios de cada Cámara; para instalarse el Congreso por el sesenta por ciento de los miembros de cada Cámara; no es causa de vacancia del cargo desempeñar comisiones extraordinarias de carácter internacional y comisiones gratuitas del Poder Ejecutivo; en las atribuciones que le marca el artículo 83, son nuevos: inciso 10 dictar tarifas arancelarias; inciso 12 concordado con el artículo 116 elegir Presidente de la República por muerte o dimisión del que la ejerce; otorgar premios o gracias personales de carácter oneroso para el Tesoro, sólo a iniciativa del Ejecutivo, esta disposición ha suprimido un derroche abusivo que se hacía de los dineros fiscales a título de gracias y premios, muchas veces a personas que no lo merecían. Prescribe categóricamente a diferencia de la anterior,

la aprobación del presupuesto general de la República anualmente por el Congreso y le faculta para prorrogar el vigente por doceavas partes en el caso de no quedar listo el que debe regir. Se quiere de este modo evitar la corruptela de que se gobierne sin presupuesto, lo que indudablemente es sujetar a la política gubernamental dentro de principios de sana y elevada moral.

La constitución vigente ha formado el Título IX, especialmente para las atribuciones de las Cámaras legislativas, lo que en la anterior se encontraba englobado en un título bajo el nombre de las atribuciones del Congreso y de las Cámaras. Entre las atribuciones que le consigna son: la de la intervención del Senado en los nombramientos de Ministros diplomáticos y de miembros del Concejo de Estado, aprobándolos o desaprobándolos y la de nombrar cada Cámara comisiones de investigación o información parlamentaria. La primera es principio de buen gobierno consagrada en las legislaciones de países avanzados; los que van a tener a cargo las relaciones internacionales del Estado deben merecer entera confianza pública y nadie puede reflejar esta sino el Parlamento; el Ejecutivo suele hacer muchos nombramientos de favor y del contentamiento político. La segunda, es pare hacer efectiva la función de control que en todas partes tiene el Poder Legislativo sobre la administración pública. Además, en el artículo 100 crea las comisiones legislativas en cada Cámara para el periodo de receso a fin de que dictaminen en los asuntos que hayan quedado pendientes. Se quiere de este modo evitar las congestiones en las épocas de labor y especialmente el estancamiento de cuestiones de conocimiento del congreso y que ha sido tan proverbial hasta hoy.

785

Pero la novedad más grande de la Constitución vigente, en materia del Poder Legislativo, es la creación de los Congresos Regionales al lado del Congreso Nacional. Dispone tres legislaturas regionales: para el Norte, Centro y Sur de la República con diputados por las provincias con los mismos derechos políticos que los nacionales y también con los mismos requisitos para ser elegidos.

Las legislaturas regionales en el término de treinta días se ocuparan de los asuntos de interés para las provincias.

Cuando en todos los países cada día se afirma la doctrina de restringir el exceso del parlamentarismo, entre nosotros surge una desmembración del Poder Legislativo bajo el título de Congresos regionales. Fruto de un momento de

desquiciamiento político la Constitución actual, ha prohiado una institución parlamentaria enteramente original y que no tiene modelo en ningún país de tipo centralista como el nuestro. No se descubre de primer intento el espíritu que ha orientado a este nuevo órgano de la legislación nacional. Acaso se querido ampliar y afirmar el principio de la división del poder legislativo para contar con mayor acierto en las leyes. Toda la literatura parlamentaria y política vertida en el debate de la Asamblea que elaboró la Constitución de 1919, no ha alcanzado a precisar los conceptos en que se apoya la misión de los Congresos regionales, ni ha justificado su necesidad ni su eficacia.

Los Congresos regionales significan un tímido ensayo hacia el federalismo, bajo el fingimiento de la autonomía provincial en las cuestiones que afectan a sus propios intereses sociales y económicos. Creo que no es el modo más feliz de llegar a este legítimo derecho de autonomía que les corresponde a nuestras provincias. Los Congresos regionales, serán medio de avivar las efervescencias políticas, de estimular ambiciones alejando a nuestras poblaciones de inclinaciones y aptitudes para la industria. La burocracia contará con otro refugio. El principio de que las provincias ventilen sus propios intereses con solo la aprobación del poder central, puede adquirirse con una bien pensada y bien respetada autonomía municipal. Los Congresos regionales hoy solo llenan una vanidad de los que se empeña en proclamar la organización federal como medio del progreso para el país. En el mañana los Congresos regionales, serán causas de trastornos políticos y de nuevas épocas de luchas intestinas del país.

Continuando nuestro análisis sobre las constituciones peruanas, tenemos la del año 1828 que responde a una estructura sólida y científica. Orgánicamente es intermedia porque no atribuye la suma de facultades en el Poder Legislativo ni en el Ejecutivo. En sus bases consagra el principio de la solidaridad con mayor precisión y exactitud que en todas las demás. Lo que la caracteriza es el régimen de regionalismo que ampara estableciendo las Juntas Departamentales para atender a la administración en los asuntos de instrucción, industria, agricultura, minería, beneficencia, régimen tributario, repartimientos de hombres para el ejército y marina, controlación de municipalidades, de la civilización de la clase indígena, y en general de todo lo concerniente al interés de los departamentos. Además, la participación que debían tener en los nombramientos, formando ternas, de funcionarios políticos, judiciales y eclesiásticos.

La constitución del 28, auspició la descentralización administrativa del país con las Juntas Departamentales, a las que dio caracteres fijos y que precisaban las necesidades regionales. Y en este sentido, es de una marcada tendencia liberal.

Después de la Constitución del 28 las únicas que reconocieron las Juntas Departamentales han sido la del 56 y la del 67. Enmendado la del año 60, se dio la ley de 7 de Abril de 1873 que las reconocía, bajo cuya égida aún subsisten. La Constitución vigente nada dice al respecto.

La Constitución dictada en el año de 1834 no contiene ninguna novedad; es de estructura simple, más que todo, parece, un conjunto orgánico de declaraciones acerca del Estado y de la Nación y de los principios de gobierno. No llegó a tener efectividad, su promulgación coincidió con el periodo más agitado que ha tenido el Perú; varios caudillos militares se disputaban el poder, a lo que vino a sumarse la pretendida Confederación con Bolivia, que dividió y anarquizó más al país.

El Congreso de Huancayo que convocara al general Gamarra, dictó la Constitución bautizada con el nombre de la de 1839. Esta Constitución marca un período de legislación más avanzada en el país. Cristalizó las corrientes del derecho dominante en aquella época, desde el punto de vista de los principios y de las doctrinas; así, puntualizó con claridad la organización del Poder Legislativo y las funciones de las Cámaras en la elaboración de las leyes. En cambio, se le acusa de ser exagerada en cuanto a la suma de facultades de que investía al Poder Ejecutivo, en el que hacía recaer toda la acción administrativa; en este sentido era centralista. Creó, además, como ya lo hemos dicho anteriormente el Consejo de Estado con el tipo de un poder conservador y consultivo del gobierno en las altas cuestiones de interés público.

Sus defectos provienen del momento reaccionario de una interesada lucha de cinco años entre el elemento militar por el predominio en el poder, en que se le dictó. No podía abstraerse de los intereses políticos del momento ni elevarse sobre un estado de cosas en que la tranquilidad hubiera vuelto a los espíritus y al país.

En las mudanzas continuas de constituciones en que se había estado desde la del año 23, la de Huancayo logró regir invariablemente en el período de diecisiete años no obstarle de que persistían las agitaciones políticas. Y lo más

significativo es que bajo su imperio fue la primera designación de Presidente que hizo; acudiendo los pueblos al ejercicio del sufragio; el que favoreció al Mariscal Castilla.

Otra revolución debía imponer la abolición de esta carta. El Mariscal Castilla al llegar al poder por segunda vez dispuso la dación de una nueva Constitución, la que quedó expedida el año de 1856.

La Constitución del 56 marca otro interesante periodo de nuestro derecho público, que encarna una dogmatización liberal de la política y de las corrientes de opinión en aquellos momentos. Liberal fue esta Constitución no en el sentido del sectarismo religioso sino en el de doctrinas políticas de gobierno más amplias y justificativas. No obstante, pues, el tono y giro que el debate parlamentario en que se le discutía, atacando el sentimiento religioso, estuvo muy lejos de ser el reflejo de un liberalismo sectario. Nada hay en su texto que haga creer lo contrario.

Las disposiciones más importantes de esta Constitución aparecen en lo referente a los derechos públicos, especialmente en cuanto consagra al principio universalmente reconocido de los derechos de asociación y petición colectiva.

788

No fué acertada al organizar el sistema de sufragio indirecto en lo electoral, régimen que tanto daño hizo al país acentuando las causas de agitaciones y trastornos. Tampoco se inspiró en las verdaderas doctrinas políticas de gobierno para organizar el Poder Legislativo, pues, tergiversó la esencia de las dualidades de las Cámaras; extendió a esta con una división del número de representantes en partes iguales, señalando a cada parte las funciones correspondientes.

También tuvo espíritu descentralizador creando las Juntas Departamentales, de lo que nos hemos ocupado.

Contiene una disposición aislada, que puede considerársele como precursora de un movimiento y de una tendencia reaccionaria del año 72 contra los elementos políticos que hasta entonces disponían del poder; disposición que limitaba el número de los jefes de alta graduación del ejército y la marina y circunscribía la facultad de otorgar ascensos de alta clase en el Congreso. El número excesivo de militares y marinos de alta graduación, era crear figuras decorativas y sostener las ambiciones de las clases militares de estar siempre en el poder. La Constitución del 56, creo que con esta disposición, puso la base de la campaña contra el militarismo, que culminó el año 72 con el ascenso al poder del elemento civil.

La Carta del 56 no tuvo vida larga. Su propio gestor, el Mariscal Castilla, dispuso su cesación impidiendo la reunión del Congreso en el año de 1859 y convocando a uno nuevo, el que autorizado por los pueblos, dictó la Constitución promulgada en el año 1860 y que nos ha regido, con dos o tres breves paralizaciones, hasta el pasado año de 1919.

Bajo el imperio de la Constitución del 60, se han sucedido los gobiernos civiles con los que aparecieron los métodos de gobernar e iniciaron la moralidad política y administrativa.

La Constitución del 60 no se conforma dentro de ninguna tendencia doctrinaria, no se afirma en ningún criterio político. Concilió los intereses políticos del momento en que se le elaboraba y continuó siendo después un conjunto de normas sin espíritu y sin doctrinas y que a medida que el tiempo sumaba años, se hacía más ineficaz.

La Constitución del 60, copia moderada de las anteriores, sin reflejo de algún nuevo principio; sólo ha podido sobrevivir en el espacio de sesenta años, por la aparición de grandes intereses que la defendían porque en ella estaba el secreto de sus éxitos.

789

La constitución del 67 que no llegó a regir no contiene ninguna reforma notable al frente de las otras Cartas. De sus instituciones principales ya me he ocupado en páginas anteriores.

El régimen de gobierno inaugurado el 4 de Julio del pasado año, convocó a los pueblos a un plebiscito pidiendo la aprobación de determinadas reformas constitucionales, que al ser concordadas por la Asamblea de representantes y transformándose esta en Constituyente, ha originado una nueva Constitución, la que nos rige actualmente, y que marca otra evolución de nuestro derecho público.

La Constitución promulgada el 18 de Enero del presente año, se ha inspirado en las últimas corrientes de la ciencia del Derecho, en las necesidades sociales y en los nuevos aspectos morales, políticos y económicos del país. Contiene declaraciones de derechos saludables para la colectividad y para el Estado. No ha sido del todo transformadora de la anterior; casi se le puede definir como la de un retocamiento de la derogada con la novedad de la incorporación de unos cuantos principios bastante exagerados e impropios para nuestro medio.

En el análisis de su texto encontramos los siguientes puntos, que imponen nuestro juicio y nuestra crítica.

El Título I ha comprendido las declaraciones no relativas únicamente a la Nación sino también a la del Estado, definiendo los fines de este, los derechos que ampara y las atenciones que debe. El artículo 5° del mismo título se ocupa de la religión en la forma concisa y de respeto a las creencias que las ideas y los hechos modernos imponen.

El Título II contempla las garantías nacionales, las mismas que otras Cartas han llamado de las garantías constitucionales. En el artículo 6°, se desconocen las prerrogativas del fuero y empleo, pero a diferencia de la anterior, deja para otro lugar su declaración respecto de la propiedad. El artículo 7° al hablar el modo de crear y modificar las contribuciones, agrega que solo la ley puede exonerar del pago de los impuestos, pero no en razón de las personas; algo que no existía en la anterior. El artículo 8° introduce el moderno y científico régimen de la contribución progresiva, imitando a las recientes evoluciones del derecho público europeo. El artículo 9° en su segunda parte, prescribe la publicación de los presupuestos y de las cuentas de gastos de los Poderes Públicos bajo pena de responsabilidad. Ejercita así mayor celo que la derogada por la cierta inversión de los dineros fiscales. El artículo 10°, declara el respeto y el compromiso que contrae el Estado para el pago de las deudas públicas. Declaración indispensable para comprobar ante los extraños el sentimiento de dignidad con que sella el Perú todos sus actos públicos. El artículo 11° prohíbe la emisión de moneda fiduciaria, artículo que concuerda con el 159° de las disposiciones transitorias, para autorizar el curso legal de la actual. El artículo 12°, ha desterrado la odiosa corruptela del acaparamiento de los puestos por una persona para gozar de varios sueldos del Estado, disponiendo que nadie podrá tener más de un sueldo o emolumento. El artículo 18°, declara el sometimiento de cuantos habiten en el país a las leyes especiales y a las que resguardan el orden y la seguridad de la Nación, la vida de los habitantes y la higiene pública. Disposición que conviene hoy que los factores sociales son más densos y más agitadas las corrientes disociadoras. El artículo 21° al señalar los casos en que deba imponerse la pena de muerte, agrega la de por traición a la Patria.

El título de las garantías nacionales de la Constitución actual, ha conseguido ser más orgánico y científico que el de la derogada.

El Título III lo consagra a las garantías individuales. Las más importantes disposiciones que contienen son: prohibición de perseguir por razón de ideas o creencias; incorporación de la institución jurídica del Habeas Corpus; prohibición de la prisión por deudas; la falta de valor en las declaraciones arrancadas por la violencia; el ejercicio de defensa y reclamación de derechos en la forma establecida por las leyes; libre tránsito dentro de la República con las limitaciones fijadas por las leyes penales, sanitarias y de extranjería; facultad para que penetren en el domicilio las autoridades sanitarias y municipales, pero con la misma obligación que las civiles o políticas de exhibir el mandato que las autoriza y dar copia de él; finalmente consigna la notable disposición de que las garantías individuales no pueden ser suspendidos por ninguna ley ni autoridad, disposición que la refuerza aún más al mandar que las medidas que dicte el Congreso en los casos de peligro para la seguridad interior o exterior, no estarán en desacuerdo con ella. Las disposiciones que forman el conjunto de las garantías individuales de la Constitución vigente, son de carácter más amplio y mejor construidas jurídicamente que las contempladas en la del 60. Pero por otra parte, se ve que en ellas invaden el campo de las leyes orgánicas. Con todo, están llamadas a prestar importantes servicios en el afianzamiento del respeto por la libertad y por los derechos ciudadanos.

791

El Título IV lo destina a la declaración de otro linaje de garantías a las que llama sociales. Es un cuerpo de disposiciones formadas en una parte, de las que dispersamente había contenido la Carta derogada, y otra parte, de adaptación de nuevos principios que vienen a normalizar y canalizar jurídicamente muchas situaciones sociales y económicas.

Dichas disposiciones se refieren: a la libertad de contratación; a la inviolabilidad de la propiedad y condiciones en que exista; a la facultad de los extranjeros para adquirir la propiedad con las restricciones impuestas por la seguridad del Estado; a la imprescriptibilidad de los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas; a la propiedad minera del Estado, y la concesión de ella para la posesión o el usufructo; a la industrialización o nacionalización de los transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios por el Estado; a la libertad de comercio e industria; a la libertad de trabajo, oficio, industria o profesión sin más límite que el de la moral, salud y seguridad pública; a la de legislación sobre la seguridad y garantías a la vida, salud e higiene en el riesgo del trabajo y de las industrias; a la de ordenar que leyes especiales fijen las condiciones máximas del trabajo y los salarios máximos en relación con la edad,

el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones de regiones geográficas del país; a la de la indemnización obligatoria de los accidentes del trabajo; a la del arbitraje obligatorio en los conflictos entre el Capital y el Trabajo; a la de la prohibición de los monopolios, acaparamientos industriales y comerciales excepto para el Estado; a la de la limitación de los intereses en los préstamos de dinero; a la de la prohibición absoluta del juego de envite en la República; a la de señalar el establecimiento de las escuelas primarias gratuitas sostenidas por el Estado, en todos los distritos; a la que profesorado es carrera pública; a la de los establecimientos sanitarios y de protección a la infancia y clases necesitadas; a la de fomentar instituciones de solidaridad social, de seguros y cooperativas para el mejoramiento popular; a la de la facultad del Ejecutivo para dictar medidas tendentes al abarataamiento de los artículos de consumo para la subsistencia; a la protección de la raza indígena por el Estado, y reconocimiento legal de las comunidades de indígenas.

El título IV es el más notable de la Constitución de 1920. Sus disposiciones responden a criterios científicos y a normas de derecho perfectamente reconocidas como indispensables para regularizar los vastos intereses y conflictos que hoy se presentan en el campo social.

792

Respecto a la ciudadanía, su forma de Gobierno, del Poder Legislativo y de las Cámaras; del Poder Ejecutivo me he ocupado ya al hacer el estudio comparativo entre nuestras diversas constituciones.

En el Título XII se ocupa de los Ministros de Estado. En lo que dispone encontramos de importancia y con carácter innovador la siguiente: No haber ministros interinos; la presentación del presupuesto y cuenta general de la República que haga el Ministro de Hacienda, debe hacer en el mes de Agosto; y el de ser impedimento para continuar al frente de una cartera ministerial, el haber sido censurado por el Parlamento.

En el Título XIV destinado al régimen interior de la República, tiene de nuevo únicamente lo que se refiere a la inhabilitación política por cuatro años en que cae el funcionario cuya responsabilidad en el cargo de su ejercicio, se hubiere juzgado.

En el título XVII se ocupa del poder judicial. La reforma cae aquí en forma de presentar a los que el Congreso elija, vocales y fiscales de la Corte Suprema, se ha cambiado la terna doble por una lista de diez candidatos. Después prohíbe

que los miembros del Poder Judicial sean nombrados para otros cargos por el Poder Ejecutivo. Y finalmente, para procurar el celo en el cumplimiento del deber por parte de los miembros del Poder Judicial, encomienda a la Corte Suprema ratifique cada cinco años los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia.

Declara también que la jurisdicción de los tribunales de Justicia Militar en tiempo de paz, no recae sobre los civiles.

Tal es a grandes rasgos la Constitución política que hoy rige.

Es al frente de todas las anteriores, más orgánica y más científica, responde a los criterios actuales de la ciencia del derecho, concuerda con la naturaleza y grado de nuestras necesidades colectivas y con la contextura moral, política y económica del país. Quizá si adolece un tanto de falta de unidad, a causa sin duda que ella no es del todo nueva, pues ha revivido la mayor parte de las disposiciones de la del 60.

Considerada desde el punto de vista intelectual esta Constitución, no es superior al medio. Los hombres que la han preparado y elaborado representan la cultura moderna del Perú.

793

Al pedir que me confrais el título de doctora y abogado de los Tribunales de la República, que es el primero que va a otorgar a una mujer, la blasonada San Marcos, he querido que la tesis reglamentaria, sea sobre la primera y más sagrada ley que debemos respetar: La Constitución.

Lima, 27 de Setiembre de 1920.

Vº Bº

Villarán.

Rosa D. Pérez Liendo



Bibliografía

La Constitución Peruana, por el doctor Luis Felipe Villaran.

La Constitución de 1919. Edición oficial.

El Derecho Francés, comparado por Smein.

La Constitución Americana, por Byron.

Apuntes de las lecciones dictadas por el Doctor Manuel Vicente Villarán en el curso de Derecho Constitucional.

Apuntes de las lecciones dictados por el Doctor Víctor M. Maurtua en el Curso de Historia del Derecho peruano.

Historia del Derecho Público peruano, por Manuel A. Fuentes.

Apuntes de las lecciones dictadas por el doctor Víctor Andrés Belaunde en el Curso de Derecho Constitucional.

Diario de Debates, de la Asamblea Constituyente de 1919.

Señor Decano:

794 El presente trabajo es un rápido estudio de las diversas constituciones que se ha dictado en la república desde la independencia hasta la que rige actualmente. Aun cuando no puede decirse que su autor aporte ningún elemento nuevo a nuestra historia institucional, su trabajo revela que se ha esforzado en conocer lo que en el Perú, y principalmente en esta Universidad, se ha escrito o enseñado sobre la materia.

Está hecho con bastante claridad y método, y creo que merece sea aprobado por la Facultad.

Lima, 10 de noviembre del 1920.

**SECCIÓN
DOCUMENTOS**

Justificación

Se incorpora a nuestra Sección de Documentos lo que fue el interesantísimo y bastante ilustrativo debate suscitado en el seno de la Asamblea Constituyente 1978-1979 con motivo de la propuesta de creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano que a la postre terminaría siendo recogido por la Constitución Política de 1979 y que se constituiría en el primer modelo de justicia constitucional concentrada formalmente reconocido a lo largo de nuestra historia constitucional.

Aunque la visión con la que fue concebido dicho órgano parecería como auténticamente esperanzadora su posterior historia no sería todo lo auspiciosa del caso por motivos que no es del caso examinar en esta oportunidad (el contraste entre lo que fue la propuesta original y lo que finalmente quedo así lo evidenciaría). Sin embargo, es un hecho que el esfuerzo que aventuro su creación, no sería en vano pues con una serie de variaciones o necesarias innovaciones, serviría como referente inmediato de lo que años después y tras la entrada en vigor de la Constitución del año 1993, sería nuestro actual Tribunal Constitucional.

Conviene bajo la circunstancia descrita no solo conocer las razones que se alegaron en favor de su reconocimiento sino también aquellas otras que de alguna manera implicaron reparos, pero por sobre todo es aconsejable conocer cuales fueron los motivos reales que condujeron a su creación como un órgano totalmente distinto a la par que separado del Poder Judicial, habida cuenta de los antecedentes históricos que en relación a la defensa de la Constitución acompañaron a este último.

Se recoge en este sentido la versión del debate completo a partir de los textos recogidos en el Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, en su versión oficial. A esta última, le hemos efectuado algunas breves y muy puntuales correcciones, básicamente referidas a los nombres o fuentes que se citan y que desde luego no son atribuibles en lo absoluto a los constituyentes mismos, sino a su transcripción formal apoyada en una grabación reproducida tal y cual en su día fue entendida. Por lo demás, estamos convencidos que el público lector apreciara su importancia y utilidad.

Luis R. Sáenz Dávalos

Director de Publicaciones y Documentación del CEC

33ª. SESION

(Permanente)

Miercoles 30 de mayo de 1979

Presidida por el señor doctor Luis Alberto Sanchez

SUMARIO

Continuó la sesión.- Prosiguiendo el debate del proyecto constitucional siguió la discusión del Capítulo VII, De la Defensa Nacional y del Orden Interno.- El señor Presidente declaró clausurado el debate del citado Capítulo.- Se dio lectura al Título V, Garantías Constitucionales.- Se suspendió la sesión.

Siendo las 17 hs. 35', bajo la Presidencia del señor doctor don Luis Alberto Sánchez Sánchez y actuando los secretarios señores LOZADA STANBURY y VEGA GARCIA, se pasó lista a la que contestaron los señores representantes: Alayza Grundy, Roca Cáceres, Woll Dávila, Acosta, Alvarado, Aragón, Aramburu, Arana, Arévalo, Baca, Barrón, Bedoya, Berrospi, Biaggi, Buendía, Cáceres Velásquez (Róger), Carranza, Cornejo Gómez, Cox, Cruzado, Cuadros, Chamba, Chang, Chirinos Soto (Francisco), Delgado, Del Prado, Díaz, Diez Canseco, Ferreyros, Freundt, Galarza, Gamarra, García Mundaca, García Pérez, Garrido, Gotuzzo, Heysen, Julve, Kawashita, Lázaro, León de Vivero, Malpica, Mateu, Meza Cuadra, Miranda, Montesinos, Montoya, Moretti, Muñiz, Muñoz Córdova, Muñoz Garay, Negreiros, Neyra, Olivares, Olivera, Ortiz de Zevallos, Paredes, Peláez, Polar, Prialé, Ramos, Risco, Rivera, Rodríguez Vildósola, Ruiz-Eldredge, Ruiz Hidalgo, Salazar, Sotomarino, Tapia, Thorndike, Torres, Tovar, Townsend, Valle-Riestra, Vargas Haya, Vizcarra y Véliz.

Con licencia, los señores representantes: Haya de la Torre y Adrianzén Castillo.

(...)

Se va a iniciar la discusión del Título V, Garantías Constitucionales.

Se va a dar lectura al indicado Capítulo.

El RELATOR, leyó:

“TITULO V Garantías Constitucionales

Artículo 297°.- La acción u omisión por parte de cualquier autoridad o funcionario, inclusive judicial, que vulnere o amenace la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus.

La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad.

Esta acción puede interponerse inclusive contra resoluciones judiciales firmes, dentro de los 30 días siguientes a su notificación.

La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en lo que le sea aplicable.

798

Artículo 298°.- El Tribunal de Garantías Constitucionales cuya sede será formulada por ley, se compone de doce miembros. Dos son designados por el Senado; uno por la Cámara de Diputados; tres por el Poder Ejecutivo; tres por la Corte Suprema de Justicia; uno por los Colegios de Abogados de la República; uno por el Consejo Nacional de la Magistratura; y uno por las Facultades de Derecho de las universidades de la República.

Artículo 299°.- Para ser miembro del Tribunal se requiere no menos de cincuenticinco años de edad y las condiciones exigidas para ser Vocal de la Corte Suprema de Justicia. Su periodo dura nueve años y no está sujeto a mandato imperativo. El cargo es incompatible con cualquier otra función pública y con el ejercicio de la abogacía.

Artículo 300°.- El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República y es competente para:

- 1) Declarar la inconstitucionalidad en todo o en parte de cualquier acto legislativo o de la administración pública, por vía de acción o de excepción.

- 2) Pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley en el caso del artículo 240°.
- 3) Conocer de los autos denegatorios de la acción de hábeas corpus y los autos denegatorios de la acción de amparo, agotada la vía judicial.
- 4) Conocer en apelación de las resoluciones que expida el Consejo Nacional de la Magistratura que impongan destitución a magistrados de cualquier categoría.
- 5) Resolver en vía de apelación en el plazo máximo de siete días naturales, la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anule el proceso electoral nacional.
- 6) Resolver conflictos de competencia entre el Poder Central y los órganos departamentales y regionales así como los de éstos entre sí.
- 7) Absolver consultas del Presidente de la República o del Congreso sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales pendientes de ratificación o adhesión.

Artículo 301°.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad de las leyes:

- 1) El Presidente de la República en leyes no promulgadas por él;
- 2) El Fiscal de la Nación;
- 3) 60 Disputados y 20 Senadores;
- 4) 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas por la Corte Nacional de Elecciones.

Artículo 302°.- No tiene efecto retroactivo, la sentencia del Tribunal que haya declarado total o parcialmente inconstitucional una norma legal.

Artículo 303°.- El Tribunal comunica al Presidente del Congreso las sentencias de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo aprobará una ley derogando la norma inconstitucional. Transcurridos cuarenticinco días sin haberse promulgado la derogatoria, se entenderá derogada la norma inconstitucional y el Tribunal ordenará publicar la sentencia en el diario oficial.

Artículo 304°.- Cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de normas que no se originen en el Poder Legislativo, ordenará la publicación de la sentencia en el diario oficial, la que tendrá valor desde el día siguiente.

Artículo 305°.- Una ley orgánica regula el funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Artículo 306°.- Cuando lo exija la seguridad del Estado, puede el Poder Ejecutivo suspender, total o parcialmente, en todo o en parte, del territorio nacional, los derechos declarados en los incisos 8, 10 y 11 del artículo 2° y parágrafo g) del inciso 23) del mismo artículo.

Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediata cuenta de ello.

El plazo de suspensión de garantías no excede de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto.

La ley determinará las facultades del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías”.

800

El señor PRESIDENTE.- Se suspende la sesión, citándose a los señores miembros de la Comisión Principal a la reunión que se llevará a cabo el día próximo a las 10 horas; y a sesión Plenaria para el viernes primero de junio a las dieciséis horas.

Eran las 19 hrs. 10’.

Por la redacción,

Alejandro Bustamante Zeña.

33ª. SESION

(Permanente)

Viernes 01 de Junio de 1979

**Presidida por los señores doctores
don Luis Alberto Sanchez y Ernesto Alayza Grundy**

SUMARIO

Continuando el debate del proyecto de Constitución, se aprobaron los artículos 259°, por unanimidad y 260° por mayoría, del Capítulo V Ministerio Público, del Título IV De la Estructura del Estado, sustitutorio de la Comisión.— Se aprobaron por unanimidad los artículos: 262°, 265°, 266°, 267°, 273°, y por mayoría los artículos: 264°, 268°, 269°, 270°, 271°, 272°, 274°, 275°, 276°, 277°, 278° y 279° del Capítulo VI De la Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales, del Título IV fórmula sustitutoria de la Comisión.— Fueron aprobados por unanimidad los artículos: 280°, 281°, 284°, 287°, 295°, y por mayoría los numerales: 282°, 283°, 285°, 286°, 288°, 289°, 290°, 291°, 292°, 293°, 294° y 296° del Capítulo VII De la Defensa Nacional y del Orden Interno, del Título IV, proyecto sustitutorio de la Comisión.— Continuó el debate del Título V sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales.— Se suspendió la sesión.

Siendo las 17 hs. 40', bajo la Presidencia del señor doctor don Luis Alberto Sánchez Sánchez y actuando los Secretarios señores LOZADA STANBURY y VEGA GARCIA, se pasó lista a la que contestaron los representantes: Alayza Grundy, Woll Dávila, Acosta, Alvarado, Aragón, Aramburú, Arana, Baca, Barrón, Bedoya, Berrospi, Biaggi, Blanco, Buendía, Cáceres Velásquez (Pedro), Cáceres Velásquez (Róger), Carranza, Cornejo Chávez, Cornejo Gómez, Cox, Cruzado, Chamba, Chang, Chirinos Soto (Enrique), Chirinos Soto (Francisco), Delgado, Del Prado, Diez Canseco, Echeandía, Ferreyros, Freundt, Galarza, Gamarra, García Mundaca, García Pérez, Garrido, Gotuzzo, Heysen, Julve,

Kawashita, Lázaro, Ledesma, León de Vivero, Malpica, Mateu, Melgar, Miranda, Montesinos, Moretti, Muñiz, Muñoz Córdova, Negreiros, Neyra, Olivares, Olivera, Ortiz de Zevallos, Paredes, Peláez, Polar, Porto de Power, Prialé, Ramírez del Villar, Ramos, Risco, Rivera, Rodríguez Figueroa, Rodríguez Vildósola, Ruiz-Eldredge, Ruiz Hidalgo, Sánchez Fajardo, Tapia Thorndike, Townsend, Valle-Riestra, Vargas Haya, Vizcarra y Véliz.

Con licencia, el representante: Haya de la Torre.

Con aviso los representantes: Adrianzén Castillo, Roca Cáceres, Mufarech y Torres.

El señor PRESIDENTE.- Con el quórum reglamentario continúa la sesión.

(...)

Continúa el debate del Título V, sobre Tribunal de Garantías Constitucionales.

Puede hacer uso de la palabra el señor representante Valle-Riestra, a nombre de la Comisión.

802

El señor VALLE-RIESTRA.- Señor Presidente: Acabamos de clausurar el debate referido a la Defensa en la Constitución. Ahora vamos a ocuparnos, sin sahumero, de la Defensa de la Constitución. Vamos a tratar de responder a la inquietud de los demócratas y al interrogante de los juristas, singularmente Carl Schmitt que en su “Defensa de la Constitución” se preguntaba qué podían hacer la Justicia y el Derecho, en general, para preservar una carta.

Es por eso que pensamos en la defensa jurídica de una Constitución hemos acuñado el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyo nombre coincide con el Tribunal ideado por los constituyentes españoles de 1931. Y es que hemos querido hacer hincapié en las garantías, porque como dice Sánchez Viamonte todo lo existente en una ley de leyes sólo son derechos inermes porque si fueran garantías no requerían de protección del Habeas Corpus o del Amparo.

Pero, antes de ingresar al fondo de mi exposición, quiero dejar constancia, a raíz de haber sido profanado este recinto con una frase pronunciada por quien fuera depuesto el 29 de agosto de 1975. Y así quiero dejar vehemente constancia, como aprista, como ciudadano y como demócrata que el único espinazo que se

ha quebrado en el Perú, ha sido el de las libertades; que el único espinazo que se ha quebrado es el de la Constitución.

Por eso, para evitar que aquello se repita vamos a estudiar por qué constituímos este Tribunal y por qué no le atribuimos al Poder Judicial la tarea de inconstitucionalizar las leyes y forjamos en cambio un Tribunal ad-hoc formado por gentes renovables por tercios bienalmente, que no son ni pueden ser profesionales de la administración de justicia constitucional. Queremos gentes que en la alternativa de escoger entre la quincena y la historia escojan la historia.

Veamos esa justicia constitucional esa legalidad constitucional a cargo de personal de probada trayectoria democrática que conocerá de la inconstitucionalidad en vía de acción o en vía de excepción. Por vía de acción a cargo de personas que precisamente se mencionan: el Presidente de la República, sesenta diputados, veinte senadores, cincuenta mil ciudadanos que pueden recurrir a reclamar contra el acto constitucional violado por una ley promulgada por el Parlamento o por cualquier acto de la Administración Pública; en vía de excepción, cuando un litigio entre A y B, A invoca que la ley que se pretende alegar en contra de su pretensión, es una ley anticonstitucional, es en este caso que como planteándose como una cuestión prejudicial, el asunto es elevado sin suspender la tramitación del procedimiento al Tribunal de Garantías Constitucionales, para que diga si dicha norma se ajusta o no se ajusta a la Carta Fundamental. Esta es la idea matriz de este Tribunal de Garantías, que ha sufrido diversas objeciones; se ha dicho que comporta una injuria al Poder Judicial; se ha dicho que comporta un despojo al Poder Judicial; se ha dicho que significa la importación de una idea foránea que no es un fruto de un desarrollo autóctono de nuestra realidad jurídica. Realmente, hablar de una injuria del Poder Judicial es un exceso de susceptibilidad, porque países como España, como Francia, como Alemania y como Italia, tienen precisamente Tribunales Constitucionales y al mismo tiempo tienen grandes Cortes Supremas que no se sienten agraviadas ni menoscabadas, por la existencia de esos tribunales constitucionales, singularmente el alemán y el italiano que han producido una jurisprudencia en defensa de los derechos humanos y los derechos políticos, que es un ejemplo contemporáneo y vanguardista de la forma como se defiende la libertad.

La segunda acusación que se le formula ahora a este proyecto de forjar el Tribunal de Garantías Constitucionales, es que comporta un despojo de las

atribuciones de la Corte Suprema y del Poder Judicial; pero esa es una afirmación falsa, es una afirmación mendaz, señor Presidente, porque en el Perú, desde que nos constituímos en Estado independiente, jamás nuestras cartas políticas le confrieron al Poder Judicial, la facultad de inconstitucionalizar las leyes, incluso las primeras Cartas, la de 1823, la de 1828 y la de 1834, señalaron que cuando existía duda sobre la inteligencia de una ley, la Corte Suprema debía consultar al Parlamento sobre el alcance de la interpretación de esa ley; es decir que se reproducirían en el Perú, los prejuicios de Francia revolucionaria contra los Parlamentos Judiciales del antigua régimen, en el que estos Parlamentos Judiciales podían no registrar las resoluciones regias, podían vetar la inscripción; reaccionando contra eso es que se prohibió al juez en Francia interpretar la ley y Robespierre llegó a decir que los jueces no tenían como misión interpretar las leyes, sino la de aplicarlas mecánicamente y que no existía la jurisprudencia.

Ese prejuicio de los hombres que forjaron nuestra independencia, y que constituyeron una convención a la francesa, fue recogido en esas primeras Cartas Constitucionales. La primera Carta Constitucional que inscribió la preeminencia de la Constitución sobre la ley, fue la Carta liberal de 1856 que en su artículo décimo expresaba, que toda ley que se opusiera a la Constitución, era una norma nula; las Cartas posteriores a 1860 a 1867, 1919 no repitieron este proceso. La Carta de 1933 es cierto que en los artículos 123° y 133° se refiere a las infracciones de la Constitución denunciadas éstas ante el Congreso. Pero se refiere realmente a las infracciones de la Constitución denunciadas ante el Congreso, por conductos anti-constitucionales cometidos por las autoridades.

Simplemente el artículo 133° de la Constitución, se refirió a la posibilidad de por vía de acción popular, solicitar al Poder Judicial la inconstitucionalización de Reglamentos y Decretos de carácter general, precisándose que la ley reglamentaría esta atribución; o sea que no existió en el Perú la facultad judicial expresa o textual, de inconstitucionalizar las leyes; existió como complemento algo que los jueces menospreciaron con frecuencia, la facultad que aparece en el artículo 22° del título preliminar de nuestro Código Civil, que es la de que el Juez debe preferir la norma Constitucional a la legal cuando existe incompatibilidad entre ambas.

O sea, pues que a los señores de la Corte Suprema, les decimos que no existe tal despojo, y les recordamos lo siguiente: que ellos pudieron perfectamente, a base de los elementos que existían en las bases jurídicas de nuestra Constitución, construir jurisprudencialmente la teoría de la inconstitucionalidad de las

leyes, y no lo hicieron; hay unas resoluciones constantes de los tribunales, no de la dictadura actual, sino del propio régimen democrático y de regímenes que tenían incluso una Constituyente paralela, como en los años 30, en el que se ha menospreciado, y se ha subestimado la facultad de inconstitucionalizar las leyes.

Por ejemplo el 16 de agosto del año 35 el doctor Luis Antonio Eguiguren recurre contra la clausura de su periódico “Ahora”, invocando la preeminencia de la Constitución y los tribunales le dicen que no existe supremacía de la Constitución y que no ha lugar al habeas corpus por la clausura de su periódico “Ahora”, ya que en el seno del Parlamento se ha dado voto de confianza al Ministro que clausuró dicho periódico y por lo tanto no hay nada en debate; con posterioridad, el año 1950 nos encontramos con que Felipe Barreda reclama por una multa impuesta al periódico “La República”, e invoca la preeminencia de la Constitución, y los tribunales le responden que no pueden servir de fundamento el uso del habeas corpus ni pretender la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior, porque las Cortes en el Perú no tienen la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes.

El artículo 133° –decía la antología resolución– de la Carta Magna, no ha sido un artículo implementado por el legislador y no puede ser reemplazado por los artículos 22° y 23° del Código Civil y simplemente, son normas de carácter civil aplicables en los pleitos; pero que no son un artículo constitucional; con posterioridad nos encontramos con que el año 1956, el señor don Luis Bedoya planteó un habeas corpus, invocando la Constitución contra las medidas que impedían el regreso del señor Bustamante y Rivero al Perú. Y vemos que llegan a decir expresamente que no estando el Tribunal facultado para derogar leyes vigentes, ni para discutir la constitucionalidad y sus disposiciones, tiene la obligación ineludible de aplicarlas y que, por lo tanto, el habeas corpus no puede prosperar; porque, el regreso del señor Bustamante y Rivero al Perú desencadenaría una ola de delitos.

Nos vemos con que los tribunales siguen una línea constante; se podrá decir que es obra de la dictadura, se podrá decir por los tibios que en el caso Duharte se llegó a decir por un tribunal que “no existía incompatibilidad entre el Estatuto del Gobierno Revolucionario y la Constitución”, fue un acto propio de un Poder Judicial subyugado y sometido a la dictadura; pero este hecho no es un hecho aislado, ni es un hecho excepcional; hoy día mismo con la Constituyente reunida y a diez cuadras del Palacio de Justicia; nos encontramos con que el 2 de febrero de este año

un Poder Judicial que sabe que este país se está reconstitucionalizando, que sabe que este país quiere ir a la democracia, que sabe que tiene vetado al Poder Judicial por su conducta, se dictaron tres resoluciones declarando inadmisibles, es decir que no podían ser admitidos ni siquiera a trámite o debate, tres habeas corpus de tres semanarios locales, llegando a decir exactamente “que los decretos leyes, dados por el Gobierno Revolucionario que ha asumido de hecho funciones legislativas, son normas que no pueden ser analizadas a la luz de la constitucionalidad”.

Eso es lo que creen los tribunales que nos están reclamando en este instante, como si fuéramos nosotros sus interdictores, como si fuéramos nosotros sus enemigos, la facultad de inconstitucionalizar las leyes. Pero no quedó la cosa allí, señor Presidente, porque el habeas corpus al subir en recurso de nulidad a la Corte Suprema estuvo cien días pendiente para convocar al abogado a efecto de que informase sobre la causa; eso resulta un sarcasmo y una ironía, frente a la naturaleza preeminente y sumarísima que tiene el habeas corpus; en cien días no se restaura el atropello constitucional, el habeas corpus es un interdicto, un interdicto que obliga a restañar la herida constitucional de manera inmediata; lo otro resulta ya una burla.

806

Pero se podrá decir, señor, que eso es obra precisamente de la falta de implementación constitucional, pero nos encontramos, por ejemplo, que la Corte Suprema argentina ha tenido dos jurisprudencias extraordinarias en el caso Siri y en el caso Kot. No existe conforme a la Constitución argentina el recurso de amparo; sólo existe el recurso de habeas corpus para la defensa de la libertad física, al derecho de ambular y de transitar; pues resulta que en 1957 un ciudadano de Mercedes, que tenía un periódico que se llamaba precisamente “Mercedes”, que fue clausurado por las autoridades, interpuso un recurso de habeas corpus ante los tribunales, y fue rechazado por el Juez y la Cámara Federal de Apelaciones, diciendo que ese recurso no existía en la Constitución argentina, sin embargo la decisión de la Corte Suprema argentina fue magistral, dijo: “Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados en la Constitución independientemente de las leyes reglamentarias, la Constitución contiene derechos y garantías que deben ser aplicados por los jueces sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de sus textos”; y en 1956, no existía una democracia en Argentina, sin embargo la Corte Suprema de Argentina construyó entonces jurisprudencialmente el recurso de amparo que se aplica hasta hoy, pese a que no está previsto en la ley.

El mismo ejemplo que se aplica, cuando quieren que nosotros reproduzcamos el ejemplo norteamericano, debe recordarse que en 1803 es que nace en los Estados Unidos la posibilidad judicial de inconstitucionalizar las leyes, el texto de la Constitución norteamericana no le atribuye a la Corte Suprema la facultad de constitucionalizar o de fulminar leyes, esto es obra también de la Constitución jurisprudencial. Es perfectamente conocido el caso *Marbury versus Madison*, en que *Marbury* pretende exigir la aplicación de la *Judiciary Act* de 1789 y es entonces que el Juez *Marshall* apela a esta concepción que es la base, el sustento y la solera del orden constitucional norteamericano; no hay término medio dice *Marshall* en esta alternativa, o bien la Constitución es superior a la ley y no se puede cambiar por medios ordinarios o bien ella está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y como los otros actos legislativos es enmendable cuando el parlamento tiene ganas de enmendarla; si se admite la primera hipótesis, quiere decirse que el acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; que al contrario admitiendo la segunda hipótesis, “las Constituciones escritas son en cuanto al pueblo sólo tentativas absurdas por limitar un poder, que por naturaleza no es limitable”; vemos ahí cómo a través de un jurista, a través de un magistrado, se repiten las palabras que *Oliverio Cromwell*, doscientos cincuenta años atrás había sostenido, al pretender darle a Inglaterra su primera Constitución escrita que lógicamente no prosperó, porque cayó con *Oliverio Cromwell*, pero en la que se sostenía una tesis que de todas maneras resulta doctrinaria; *Cromwell* sostenía que si quienes han construido un edificio legislativo pudiesen al mismo tiempo dictar una ley ordinaria para derribarlo, ese orden constitucional sería simplemente una cuerda podrida, en que en el conflicto de un Estatuto Permanente y una ley, debería primar la ley; o sea que he citado dos ejemplos, de dos latitudes y de dos tiempos diferentes, el ejemplo argentino actual, en el cual se construye jurisprudencialmente sin esperar reglamentaciones el recurso para amparar la libertad del ciudadano, y el ejemplo norteamericano al que nos quieren llevar los que nos dicen que somos unos europeizantes al pretender aplicarle al Perú, al pretender construir para el Perú el Tribunal de Garantías Constitucionales; de tal manera que estamos entre la alternativa de escoger entre dos sistemas foráneos, o el Tribunal Constitucional a la europea o la Facultad Jurisdiccional de anticonstitucionalizar las leyes a cargo del Poder Judicial; estamos pues entre uno y otro camino, pero ninguno de ellos es un camino peruano, nosotros más pertenecemos por tradición jurídica al derecho continental europeo, al derecho continental fruto de la ley escrita, a los países que tienen régimen administrativo

y que no están sometidos totalmente a la decisión de los jueces; en cambio Estados Unidos pertenece al derecho europeo insular y es obra de su judicatura y eso significa la preeminencia del Juez, por eso se ha dicho que el derecho creado por el juez norteamericano tiene mucho mayor valor que el derecho creado por los políticos y los legisladores; y que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, es una Corte Suprema en sesión permanente; por eso es que creo, señor, que el Tribunal Constitucional resulta una buena experiencia, lo han constituido países como Italia, luego de salir de la experiencia fascista mussoliniana; lo han constituido Alemania, luego de salir de la experiencia totalitaria del nazismo; lo ha constituido Francia, luego de la experiencia claudicante de Vichy; lo ha constituido España, luego de la experiencia totalitaria del falangismo; es decir que nosotros estamos en igual condición, el Perú luego de Velasco, exige también un Tribunal Constitucional para decirle a los hombres de mañana que en esta Constitución, hemos puesto una pica en Flandes para demostrar la preeminencia de la Constitución y la pasión que tenemos los hombres de hoy por construir un régimen en que la Carta Magna sea de verdad la ley de leyes y no admita vulneración de ninguna naturaleza ni artículos quintos estatutarios, que por ser actos constituyentes usurpados resultan nulos e írritos. (Grandes aplausos en las galerías).

808

¿Pero cuál es la causa de la causa de todo esto, porque a las finales una ley se puede inconstitucionalizar igualmente con un Tribunal de Garantías, que con un Corte Suprema? La causa creo que está fundamentalmente en esto, señor Presidente: Los que están en el Poder Judicial tienen la profesión de administrar justicia; entran a los veinticinco años y salen a los setenta; resulta la Corte Suprema incluso, irresponsable estando al tenor de los artículos que hemos aprobado referidos al Consejo de la Magistratura, porque no se ve claramente cómo los jueces de jueces van a ser responsabilizados en casos de falta. Este Poder Judicial, se diferencia de los demás poderes en que no tiene origen popular, en que no tiene origen directo y que es vitalicio; encomendarle la tarea de defender la Constitución y la legalidad a los que tienen la carrera de administrar justicia es sumamente difícil, sumamente grave; por eso es que nosotros hemos concebido un Tribunal de Garantías Constitucionales, en el que no se tiene la profesión ni la carrera de administrar justicia constitucional; debe ser y en este sentido habría que modificar los artículos, un Tribunal que se renueve por tercios, que no es reelegible inmediatamente y que no esté sometido a una serie de responsabilidades; porque el hombre que administra justicia humanamente se encuentra en esta alternativa, la de defender el puesto o defender la Constitución.

El señor PRESIDENTE.- Señor representante: Aunque el Reglamento añade quince minutos, tratándose de la fundamentación, en nombre de la Comisión, de un proyecto absolutamente nuevo de la Constitución, la Mesa cree interpretar el sentir de la sala en el sentido de que puede continuar cinco minutos más si no hay objeción alguna.

El señor VALLE-RIESTRA.- Gracias, señor Presidente, pero estaba por concluir la exposición.

Es por eso que nosotros no queremos crearle conflictos humanos a nadie, es por eso que sabemos perfectamente el drama y la tragedia que se oculta detrás de un puesto, cuando tiene que enfrentarse al poder un hombre que ha entrado a los veinticinco años y que aspira a estar hasta los setenta; es sumamente difícil pedirle que le diga al poder usurpador, que tal norma legal está reñida con la Constitución, es muy difícil que se diga a un Parlamento que dichas normas están reñidas con los intereses de la Constitución, es muy difícil que se diga a un Parlamento que dichas normas están reñidas con los intereses de la Constitución o con la jerarquía de la Constitución, es por eso que hay que despolitizar completamente al Poder Judicial y apartarlo de cualquier vinculación que pretenda enfrentar a los Poderes con el Poder Judicial, hay que despolitizarlo a efecto de que no tenga ninguna relación con el estudio de los términos constitucionales ni ocuparse de nacionalizaciones, ni de expropiaciones, ni de la libertad, ni derechos humanos, dejémosle la temática penal; la tarea de defender la Constitución debe estar a cargo de gente de probada trayectoria democrática, aquello que quería Thiers para Francia: “Si queremos jueces que defiendan a la propiedad, hagamos jueces propietarios”; si nosotros queremos jueces que defiendan a la democracia, busquemos jueces de trayectoria democrática, que no tengan a menos ser demócratas, que quieran defender los intereses de la jurisdicción y de la libertad, pero aquí a los jueces se les ha entrenado en la politicidad y se les ha entrenado en la obsecuencia; es por eso que han sido malos jueces, es por eso que antes de tener lo que se llama una jurídicocracia en materia constitucional, hemos tenido una prevaricocracia. (Aplausos.)

Es bien conocida aquella anécdota del 4 de febrero de 1914 cuando se reúnen los magistrados en Sala Plena, para contemplar el problema que comporta la usurpación del poder por el señor Benavides que acaba de deponer al señor Guillermo Billinghurst, la Sala Plena escucha alegatos altisonantes en defensa del orden jurídico, de la prevalencia de la Constitución de 1860 y la necesidad de

enfrentar a este generalote que acaba de liquidar el gobierno democrático en el país. Nadie debe marchar a Palacio al besamanos. Pero cuando ya el acuerdo de la Sala Plena ha sido tomado, un Vocal, el más antiguo, que había permanecido silencioso, dice: “Señor Presidente: Todo esto está muy bien, ¿quién nos paga la próxima quincena?”; es entonces que fueron en corporación al besamanos y a los saraos del general Benavides, como han ido por supuesto a los saraos y besamanos posteriores. Incluso la Corte Suprema, que muchas veces mitificamos, pues la Corte Suprema de 1968 no cumplió con su deber. De tal manera que no estamos hablando del Poder Judicial de hoy, bajo el oncenio entorchado, sino que estamos hablando del Poder Judicial permanente en el Perú; puede haber habido justicia en los casos civiles y penales, pero a la hora de defender la Constitución, por la índole del sistema, por la naturaleza de la profesión y de la adjudicatura no han escogido la defensa de la Constitución; es por eso, señor, que al calor de la experiencia que tenemos los que aquí estamos en esta Asamblea, que hemos sido víctima de destierros, de crímenes judiciales; en que hemos protagonizado la lucha con un Poder Judicial que no cumplió con su deber en el Perú, y que fue peligroso, es que tenemos que atribuirle la facultad de inconstitucionalizar las leyes a este Tribunal nuevo e inédito es verdad, pero que puede ser un ensayo positivo para el futuro del Perú; la Constituyente de 1979 deja una pica en Flandes expresándole a las generaciones del futuro, que hemos hecho esto por la profunda desconfianza que ha creado en nosotros la claudicación del Poder Judicial. He sido severo en esta exposición, señor Presidente, pero es que yo no creo como Talleyrand que la palabra haya sido hecha para disfrazar el pensamiento sino para expresarlo; más bien creo como González Prada que hay que poner el dedo en la llaga, porque la lepra no se cura con guante blanco. (Grandes aplausos en las galerías).

810

El señor PRESIDENTE.- Puede hacer uso de la palabra el señor representante Róger Cáceres Velásquez.

El señor CACERES VELASQUEZ (Róger).- Señor Presidente: Voy a invocar varias situaciones con el objeto de suplicar a la Presidencia me permita hacer uso de la palabra por el mismo término que la utilizado el señor Valle-Riestra. En primer lugar se trata de una institución, como lo ha reconocido la Presidencia, muy importante y nueva, por lo tanto merece ser bien debatida. En segundo lugar, soy miembro de la Comisión Principal y ponente de un dictamen en minoría. Y en tercer lugar hay una situación que tampoco puede escapar a la representación nacional: ocurre que hemos venido trabajando aceleradamente

con la idea de que cumpliendo nosotros, con antelación, el compromiso que el pueblo nos ha encargado, esto es la aprobación de la nueva Constitución, íbamos a conseguir que se adelantara el proceso eleccionario; sensiblemente este último extremo no se va a dar; ya sabemos incluso, señor Presidente, la Asamblea en principio lo ha aceptado, que dicho proceso se va a verificar el próximo año, de tal manera que ya no hay el apremio que antes había, para que nosotros tratemos tan apretadamente de terminar este debate.

El señor PRESIDENTE.- Perdón, señor representante. La Presidencia tiene que hacer una aclaración. El Presidente no ha aceptado nada, ha escuchado pero no ha aceptado ni ha desaprobado.

El señor CACERES VELASQUEZ (Róger).- Entonces, señor Presidente, se advierte de parte de los partidos de mayoría y fundamentalmente del Partido Aprista, la voluntad de aceptar ese cronograma; nosotros en nuestro dictamen en minoría hemos planteado que las elecciones se verifiquen cuanto antes, incluso habíamos pensado que podían realizarse en el mes de octubre próximo, por cuanto el pueblo está cansado de este gobierno de facto, de esta dictadura militar, quiere la vuelta al régimen constitucional.

Abordando el tema en debate, debo manifestar que todos los señores representantes y todos los partidos estamos obligados y en consecuencia interesados, en que las garantías constitucionales y la vigencia misma de la Constitución queden definitivamente salvaguardadas. Tenemos que construir un sistema que permita cautelar la vigencia de las garantías constitucionales y de los demás derechos consagrados en la Constitución; para ello, señor Presidente, existen fundamentalmente dos caminos, en lo que se refiere a las instituciones que podrían tener a su cargo esta cautela. En primer lugar podría ser el Tribunal de Garantías, en la forma como se plantea en el dictamen en mayoría, o podría ser el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema en su expresión más alta. En nuestro criterio el Tribunal de Garantías es un mal camino, por muchas razones; en primer lugar porque corresponde a un desarrollo político totalmente extraño al de América Latina y concretamente al del Perú. Ya lo dijo el señor Valle-Riestra; se inspira esta institución en el ejemplo europeo, pero hay que recapacitar que en Europa el desarrollo de la vida política de un país se hace fundamentalmente en base del Poder Legislativo; el Poder Ejecutivo no tiene la independencia, no tiene la autonomía que reviste aquí en nuestro país; no puede ejercerse desde el Poder Ejecutivo un cierto control sobre el Poder Legislativo, como por ejemplo el Presidente

lo hace aquí al vetar las leyes; por consiguiente señor, equiparar nuestra situación a la de Europa es ignorar que nosotros no tenemos un proceso de madurez cívica, que no hemos alcanzado el desarrollo institucional que existe en Europa, y que por tanto, no podemos transplantar una institución de Europa a nuestra patria con la seguridad de que pudiera resultar por este simple hecho exitosa, por haber sido exitosa en otras latitudes; recordemos, señor, cuando Bolívar, por ejemplo, pretendió instituir la Cámara de Censores, con finalidades muy parecidas a las que se pretenden adjudicar al Tribunal de Garantías, se inspiró en el modelo romano, tuvo en cuenta una realidad ajena; aquella institución no pudo funcionar. Nosotros, señor Presidente, estamos definitivamente en contra del Tribunal de Garantías, porque creemos que va a ser un órgano aristocrático que va a estar ligado, vinculado a los partidos que manejen los intereses y los destinos del país. En su configuración propuesta, por ejemplo, se dice que serán doce las personas que lo van a integrar; dos designadas por el Senado, que no las van a nombrar las minorías del Senado, sino los grupos de mayoría; una de la Cámara de Diputados, que igualmente la nombraría la mayoría; tres por el Poder Ejecutivo que tendrán que coincidir casi siempre con los delegados del Poder Legislativo, y las otras seis restantes si bien proceden tres de la Corte Suprema, una por los Colegios de Abogados, una por el Consejo Nacional de la Magistratura y una por las Facultades de Derecho, es previsible, señor Presidente, que una más por lo menos, de estas seis integrantes del Tribunal de Garantías, habrá de inclinarse en favor de los poderosos, es muy fácil con el aliciente de una embajada, con el aliciente de una candidatura política, con unos cuantos alicientes que puede tener el gobierno de turno, ganar un voto más; entonces, en consecuencia un Poder que no ha nacido de la voluntad del pueblo, integrado por políticos seguramente fracasados, por gente resentida, tendrá en sus manos decidir conflictos que se produzcan entre los Poderes de la Nación. Creo, señor Presidente, que este es un camino equivocado; es una institución exótica la que tratamos de importar. El señor Valle-Riestra pretende que los hombres dentro de la Corte Suprema funcionan mal, pero por arte de magia dentro del Tribunal de Garantías van a funcionar bien. Es un criterio equivocado; en el poder Judicial hay la garantía de una carrera dedicada al servicio de la Magistratura, cuando se llegue, en asuntos constitucionales, a la Corte Suprema. Conforme a los dispositivos que hemos aprobado y que felizmente han rectificado los errores que contenía el dictamen en mayoría, que consagraban un Poder Judicial totalmente supeditado al Poder Ejecutivo, sin ninguna majestad, sin ninguna potestad; ya le hemos reconocido las

atribuciones que de suyo le corresponden, y además la necesaria independencia económica que asegure su autonomía; reitero, señor Presidente, que los hombres que trabajen en este Poder Judicial estarán suficientemente capacitados y tendrán la suficiente independencia como para poder denunciar, al margen de los conflictos de poder, entre los grandes grupos políticos que manejen los destinos del país. Nosotros nos inclinamos por tanto que las garantías constitucionales, en cuanto a su atención judicial, estén a cargo del Poder Judicial y no de un Tribunal de Garantías. Creemos que el Tribunal de Garantías va a ser un Frankenstein, armado con delegados de origen aristocrático, ligados a los grupos poderosos que manejen los destinos del país, y entonces ahí van a fracasar los derechos de los débiles y de los pobres. Vamos a convertir a este Tribunal de Garantías en una cuarta o tercera instancia judicial; ningún proceso finalizará en la Corte Suprema; cualquier litigante creará que se ha afectado una garantía, un derecho constitucional y planteará por supuesto el recurso pertinente, que tendrá que ser derivado hacia el Tribunal de Garantías; nadie se contentará con las sentencias que se obtengan en la Corte Suprema. Creo que está bien que nosotros consagremos la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y los decretos gubernativos en forma clara y precisa, pero esta facultad deber ser entregada a la Corte Suprema para que en Sala Plena pueda decidir lo conveniente; un Tribunal de Garantías, en la forma que plantea la mayoría, va a devenir en un organismo antipático, frente al pueblo que no va a sentirse obligado por ninguna razón a este Tribunal; y en el caso de –ojalá no se presente más– un nuevo golpe de Estado, muy fácil será derribar de un solo tajo a este grupo de doce señores, lo que no sucedería con el Poder Judicial, porque con el ordenamiento que hemos consagrado, ya no sería la Corte Suprema solamente, sino todo un Poder debidamente organizado el que tendría que caer bajo el imperio de una nueva dictadura.

El señor Valle-Riestra se empecina en echarles la culpa de todo lo malo que ha habido en el Poder Judicial a los hombres que actualmente manejan ese Poder; está definitivamente equivocado. Lo que ha ocurrido es que nunca ha habido en el Perú un Poder Judicial verdaderamente autónomo; lo hemos tenido condenado a la pobreza más abyecta y sobre el particular tenemos suficiente documentación en la Comisión Principal que hemos estudiado en su debido momento. Ahora le vamos a dar esa independencia. ¿Cómo podíamos exigir que fuesen esos magistrados en regímenes dictatoriales? ¿Acaso queríamos que se hubieran puesto en defensa de la Constitución y de la ley, si no tenían el mínimo resquicio, el más mínimo asidero para hacer respetar su carrera judicial? Yo creo en consecuencia,

que es en la Corte Suprema en la que nosotros debemos confiar el cuidado y la atención de estos recursos, que para bien de la República ojalá consagremos definitivamente en la Constitución.

Hago un llamado a todos los grupos que integran la Asamblea, para que reflexionemos sobre la importancia de esta institución, aparentemente atractiva, pero que analizándola no lo es tanto; nosotros tenemos una evolución propia, una evolución política y constitucional que no es la de Europa; aquí existen un Poder Ejecutivo y un Poder Legislativo, que hemos cuidado mucho que tengan un nivel de funcionamiento que garantice su máxima eficacia. Vamos a tener por primera vez un Poder Judicial verdaderamente con poder, con potestad. Dentro de este ordenamiento introducir un Tribunal de Garantías, no va a ser la solución adecuada.

Tengo que señalar que no todo lo que existe en Europa y en otros países del mundo y que es bueno no está siendo recogido ni hecho por la mayoría. Por ejemplo, la organización de la República, en base a las Regiones, va a ser una organización totalmente recortada, disminuída. Hace un momento nos hemos pronunciado sobre el particular. Si hubiéramos cuidado de estudiar la forma como se organizan los gobiernos regionales en cualquiera de los países europeos, descubriríamos que estos gobiernos están integrados en su totalidad por delegados o representantes elegidos mediante sufragio directo; acá nosotros estamos creado una descentralización aristocrática, estamos creando organismos híbridos, que van a tener por un lado a hombres elegidos por el pueblo y por otro, van a tener a representantes de instituciones dentro de las cuales no sería raro encontrar algunos que sean de corte netamente “social”, desvinculadas de las verdaderas necesidades del pueblo. Creo, por supuesto, señor Presidente, que la fórmula de la federalización no ha debido por supuesto ser aplicada al pie de la letra dentro del Perú, por lo que concierne a la autoridad de estos órganos de poder descentralizados, ha debido establecerse por la condición de que estén integrados mediante el sufragio directo...

814

El señor PRESIDENTE.- Señor representante, estamos discutiendo otro capítulo.

El señor CACERES VELASQUEZ (Róger).- Señor Presidente: Estoy tomando ese ejemplo, para demostrar que no es correcto derivar de Europa todo lo que vemos bueno y que nos conviene, pero no todo lo bueno que existe lo

deberíamos imitar, si esa es la palabra para alcanzar mediante esas instituciones un mejor desarrollo del país. En ese caso, señor Presidente, y para terminar lo concerniente a la regionalización, los hombres de los grupos mayoritarios conciben al Perú como un pueblo de menores de edad, que van a necesitar siempre el ser cautelados y llevados de las mano desde la capital; una regionalización totalmente subalterna, limitada; solamente una fórmula de las más evolucionadas sobre las antiguas Corporaciones de Desarrollo, es la que hemos consagrado dentro de la Constitución.

Finalmente, tratando este aspecto del Tribunal de Garantías reitero definitivamente que nosotros debemos encomendar el cuidado de las garantías constitucionales, al Poder Judicial. Concluyo, señor Presidente, haciendo constar que los minutos faltantes (he hablado doce), los va a tomar el señor Véliz Lizárraga, para abordar el tema concerniente a la Suspensión de Garantías; empero, preciso que para plantear la inconstitucionalidad de la ley, el límite que se señala en el proyecto en mayoría es inalcanzable; cincuenta mil ciudadanos, sesenta diputados, veinte senadores son límites inalcanzables. Nosotros creemos que deben ser aparte del Presidente de la República y el Fiscal de la Nación, además veinte diputados, seis senadores y veinte mil ciudadanos, e igualmente quince municipios provinciales y tres asambleas regionales, quienes puedan plantear la inconstitucionalidad de una ley.

El señor PRESIDENTE.- Ha hablado quince minutos, señor representante. Tiene la palabra el señor Véliz, no para completar sino para añadir unos minutos más al tiempo que le corresponde a su grupo.

El señor VELIZ.- Solamente, señor Presidente, para proponer una modificación al artículo 306°, relativo a la suspensión de garantías. Nos preocupa que para la suspensión de garantías solamente intervenga el Poder Ejecutivo, la experiencia nos enseña que el Poder Ejecutivo ha hecho mal uso de esta suspensión y en realidad ha abusado de esta facultad. Por eso consideramos que también debe participar el Poder Legislativo. Así lo proponemos en el sustitutorio que estamos presentando. Decimos que el decreto de suspensión de garantías requiere el voto del Consejo de Ministros y debe ser sometido inmediatamente al Congreso, y si éste se halla en receso, a la Comisión Permanente. Si cualquiera de las Cámaras o la Comisión Permanente desaprueba el decreto, se restablecerán las garantías suspendidas y los treinta días adicionales también seguirán el mismo trámite. En esta forma no se hará mal uso de la suspensión de garantías. No será utilizada

para perseguir, para encarcelar y, sobre todo, para reprimir la protesta popular. Sólo los gobiernos incapaces de resolver los problemas han hecho abuso de la suspensión de las garantías para reprimir y ocultar su incapacidad, encarcelando y desterrando a los dirigentes políticos y a dirigentes sindicales. De ahí la enorme importancia de lo que proponemos y creo que todos los señores asambleístas estarán de acuerdo en que se regule mejor esta suspensión. Por lo demás, señor Presidente, tenemos muchos ejemplos, de cómo los malos gobernantes, sobre todo los gobiernos dictatoriales y militares, se han mantenido en el poder a expensas de la suspensión de garantías.

Finalmente, señor Presidente, nos oponemos a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. Consideramos que para defender a la Constitución es suficiente el Poder Judicial. Han dicho algunos señores representantes que en Europa existen organismos similares. Creemos, señor Presidente, que no debemos seguir copiando a Europa. Asimismo lo ha expresado, muchas veces, Haya de la Torre. Consideramos que no debemos seguir experimentando en el Perú, con trasplantes de instituciones extrañas a nuestra realidad, sino debemos recoger experiencias de nuestro país. En este sentido debemos confiar en la Corte Suprema para la misión de defender la Constitución. Es cierto que el Perú no tiene una tradición jurídica y que el Poder Judicial ha sido un Poder sometido al Ejecutivo. Pero esta situación debe ser superada dando plena independencia al Poder Judicial y creando, heroicamente, una tradición jurídica en el país. Por todas estas razones, decíamos “no” al Tribunal de Garantías Constitucionales. Muchas gracias.

816

El señor PRESIDENTE.- Para formular algunas aclaraciones. Puede hacer uso de la palabra el señor representante Valle-Riestra.

El señor VALLE-RIESTRA.- Sólo dos palabras para contestar a los señores representantes del Frenatraca.

Desgraciadamente en Cerro Huanacaure no nos dejaron un legado de cómo constitucionalizar las leyes de manera autóctona. De tal manera que hemos tenido que recurrir a uno y otro sistema; si el primero, europeo, le parece malo, por foráneo y europeizante, el otro se olvidan, e insisto y reitero, de que se trata de una experiencia totalmente yanqui. De tal manera que nos están forzando los “nacionalistas” del Frenatraca a escoger una experiencia anatópica, que tampoco responde a la realidad nacional. En segundo lugar, en lo que se refiere al exceso de tipo procesal que puede significar la existencia de un Tribunal de Garantías,

quiero referirme por ejemplo a la experiencia del Tribunal constitucional italiano que, el pueblo italiano es más litigante que nosotros inclusive. En el curso de los seis primeros años de la existencia del Tribunal, la Corte Constitucional recibió mil ochocientos recursos por vía de incidente; doscientos siete recursos directos y noventa y nueve conflictos de atribución, y luego de los cuales se dieron seiscientos sesenta decisiones en razón de los recursos, y diez años más tarde esas cifras habían llegado a duplicarse; o sea que realmente, en un país con mayores litigios y con mayor volumen de habitantes, nos encontramos con que esto no ha llegado a grandes excesos. Después por otro lado, decir que el pueblo del Perú se encuentra identificado con su Corte Suprema, eso es simplemente una frase, nunca en el pueblo del Perú, ni en las comunidades indígenas, ni las grandes masas han recibido restauración de sus derechos por el Poder Judicial. Por otro lado, decir que a una dictadura le es fácil disolver al Tribunal de Garantías Constitucionales, de acuerdo; pero es más aparatoso y, en cambio, es más simple privar de la facultad de inconstitucionalizar las leyes de hecho, al Poder Judicial.

Y por otro lado, no trata la mayoría, porque esto no es proyecto de la mayoría de ni de nadie en singular, sino que es algo que se ha debatido en la Comisión Principal con la asistencia del doctor Róger Cáceres, que ha votado en contra; aquí no se trata de una conjura, sino que se trata simplemente de una pasión por la libertad que tenemos los hombres que estamos saliendo de una dictadura, y del deseo de reafirmar ante el Perú la preeminencia de la Constitución y de la jurisdicción constitucional; al Poder Judicial no lo estamos menoscabando, al Poder Judicial lo estamos elevando a una jerarquía que no ha tenido en ciento sesenta años; se le ha dado el dos por ciento del Presupuesto, a efecto de que los jueces puedan tener biblioteca, libros, sueldos; que le dé una infraestructura y que haga de la justicia algo holgado, que enrole gente de capacidad jurídica y no el lumpen proletariado del Foro. Le hemos dado al Poder Judicial la facultad de sostener en la Asamblea Constituyente su presupuesto, le hemos dado la facultad de sostener aquí sus iniciativas legislativas y sus iniciativas en materia constitucional; hemos hablado reiteradamente de su autonomía e independencia. Es decir que el Poder Judicial lo hemos elevado de la condición que tuvo ciento cincuenta años, que sólo era autoridad judicial anexa al Poder Ejecutivo a la de Poder real.

Lo único que acontece es que por la profunda desconfianza que tenemos con el sistema, no le hemos atribuído la facultad de inconstitucionalizar las leyes, lo que no significa privarlo ni interdicarlo, sino hacerlo un Poder Judicial fuerte,

pero alejado de la política, y la política es opinar sobre el derecho constitucional; queremos dejar en el sosiego de la reflexión y de su estudio, en sus torres de marfil, a los magistrados de la futura justicia peruana, sin tener que tocar temas que puedan sacudir su vida familiar, o sus problemas o sus destinos, o puedan cortar el éxito de su carrera. (Aplausos).

El señor PRESIDENTE.- Puede hacer uso de la palabra el señor representante Polar.

El señor POLAR.- Señor Presidente: El Título V sobre Garantías Constitucionales, comprende en realidad, tres artículos fundamentales; uno referente a las acciones de habeas corpus y acción de amparo; otro referente al Tribunal de Garantías Constitucionales y uno final, el 306° sobre estado de sitio. El doctor Valle-Riestra, nuestro colega, ha hecho una brillante defensa del Tribunal de Garantías Constitucionales, que suscribo íntegramente y por la cual, le expreso mi pública felicitación. (Aplausos en las galerías). Pero por la estrechez del tiempo no se ha referido ni al habeas corpus, ni a la ley de amparo, ni al estado de sitio y, algo debe decirse sobre el particular. Por eso, en nombre de la Comisión Permanente y como ex-Presidente de la Comisión de Derechos y Deberes Fundamentales y Garantías, que integramos el doctor Valle-Riestra y yo, entre otros, quiero expresar que hemos aprobado en seis capítulos, los derechos fundamentales del hombre, clasificándolos, creo yo, en forma acertada, pero esos derechos fundamentales nada valen si no damos las correspondientes garantías, y aquí se han consignado dos, de las cuales una no es novedosa, el habeas corpus, y otra que sí es novedosa: el Derecho de Amparo; ¿por qué hemos buscado dos y no una como estaba establecido? Porque desgraciadamente, durante mucho tiempo y en muchas circunstancias, se ha dicho que el habeas corpus sólo cubría la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de tránsito y fue menester que por Decreto Ley 17083, se estableciese recién que el habeas corpus cubría las demás llamadas antes garantías constitucionales y hoy llamadas con más propiedad derechos fundamentales; pero en realidad este Decreto Ley 17083 era el equivalente sin mencionarlo del Derecho de Amparo, tomado básicamente de la experiencia mexicana, que ha sufrido, sin embargo, una larga evolución.

El habeas corpus y el Derecho de Amparo, muchas veces se confunden, pero la legislación contemporánea está ya fijando el habeas corpus como una institución destinada fundamentalmente a la libertad, para restablecer las libertades

personales vulneradas o amenazadas, mientras que la acción de amparo es para restablecer los derechos fundamentales, distintos al de la libertad. Creo que esto se ha precisado con bastante claridad; sin embargo hay algo que me preocupa desde hace mucho tiempo. En la Comisión de Derechos y Deberes Fundamentales sugerimos a la Comisión Principal, que en el texto constitucional, en términos muy breves pero muy precisos, se consignasen las normas procesales del habeas corpus y del Derecho de Amparo; esta tesis no ha sido acogida hasta ahora por considerarse que es demasiado reglamentaria, pero en realidad la garantía es incompleta si no recogemos al final todo esto y lo dejamos para una ley posterior; por lo menos en algunas disposiciones transitorias debemos dejar claramente establecidas las bases de estas acciones fundamentales; y juzgo que el Código de Procedimientos Penales, que se refiere al habeas corpus, habla que éste funciona después de que alguien ha sido detenido más de veinticuatro horas, y tenemos nosotros que el habeas corpus se establece por la Constitución, que dice: “la acción u omisión por parte de cualquier autoridad o funcionario, inclusive judicial que vulnere o amenace la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus”. No puede haber amenaza o no funciona la amenaza para el habeas corpus, si preexiste la exigencia de las veinticuatro horas de detención. Por eso creo yo que si no precisamos en el mismo texto constitucional las normas procesales básicas del habeas corpus, por lo menos en las disposiciones transitorias debemos señalar algunas precisiones, para que sea posible acudir al habeas corpus ante la simple amenaza, porque de otra manera la garantía de este derecho no está completa ni satisfecha; quizás algo semejante podría decirse también del Derecho de Amparo.

Finalmente, en lo que se refiere a la suspensión de garantías, el artículo correspondiente, al 306°, no es sino en cierta forma una reproducción de lo que actualmente establece nuestra Constitución, que puede resultar quizá insuficiente, porque no se han considerado ni el estado de emergencia ni el estado de sitio, por eso yo invito aquí a todos los grupos políticos, para que expresen sus puntos de vista sobre el particular ante la posibilidad de que la Comisión Principal con amplitud de miras, pueda enriquecer este título, haciendo compatible la defensa permanente, obstinada y terca de los derechos de la persona y los derechos fundamentales, con la otra necesidad también evidente, del orden público, indispensable para que la democracia y la libertad prosperen y crezcan. Nada más, señor Presidente. (Aplausos).

El señor PRESIDENTE.- Puede hacer uso de la palabra el señor representante Del Prado.

El señor DEL PRADO.- Como se ha dicho, estamos ingresando al remate del nuevo texto constitucional. Por eso este capítulo tiene que ver con todo el articulado de la nueva Carta. Pero se relaciona muy especialmente con el capítulo anterior, inclusive por una simple asociación de ideas. ¿Quién, que piense en las Garantías Constitucionales, no piensa también en la conducta que secularmente ha venido adoptado en nuestro país la Fuerza Armada respecto a la Constitución? Y, a la inversa: ¿Quién, que piensa en la Fuerza Armada y en lo que contiene el artículo anterior, no piensa en la necesidad de garantizar el habeas corpus, el Derecho de Amparo y en crear un organismo dedicado específicamente a garantizar el cumplimiento de la nueva Constitución? De ahí, señor Presidente, que voy a iniciar mi intervención refiriéndome a lo dicho por dos señores representantes en el debate del capítulo anterior.

El señor Alan García, al parecer actuando como joven vocero de un viraje insólito y a la vez muy significativo de su partido, olvidando a la vez como otros representantes apristas han venido execrando al régimen del general Velasco y lo han calificado incluso, peyorativamente, como “velascato”, y contraponiéndose, además, a lo que venía sosteniendo y acaba de reiterar el doctor Valle-Riestra, ha expresado un elogio y un virtual reconocimiento del papel positivo desempeñado por el gobierno que arribara el 3 de octubre de 1968, al señalar, incluso exageradamente, que este gobierno quebró para siempre el espinazo de la oligarquía. Mas, no sólo eso, señor Presidente, sino que ha atribuído alegremente todo lo negativo de ese régimen a lo que él llama los asesores comunistas. Es una desgracia que el señor García no esté presente; sin embargo, a través de su bancada, lo voy a desafiar no a una polémica porque no merece, sino únicamente a que pruebe lo que ha dicho, a que muestre el nombre de algún militante del Partido Comunista que haya asesorado al gobierno del general Velasco. Los comunistas defendimos, efectivamente, y defendemos las modificaciones estructurales realizadas bajo ese régimen y reconocemos también que entre sus asesores y colaboradores figuraron personalidades de muy honrosa conducta, como nuestros colegas Cornejo Chávez y Ruiz Eldredge. Pero, al mismo tiempo fuimos los primeros y lo más enérgicos en combatir a otros asesores perniciosos de dicho gobierno. ¿Quién no recuerda la polémica realizada por el que habla, a nombre del Partido Comunista, con Carlos Delgado, personaje de nefasta actuación en el régimen del general

Velasco? El fue autor de la teoría del no partido, autor de aquella maniobra tendente a desviar y diluir la lucha contra la oligarquía, inventando el término de “oligarquías partidarias”. Preguntemos, entonces: ¿De dónde vino el señor Carlos Delgado? ¿Cuál fue su matriz ideológico-política? ¿Acaso alguien no sabe que ese señor, inmediatamente antes de colaborar con el gobierno del general Velasco fue connotado dirigente del Partido Aprista y Secretario General de su Juventud? ¿Quién ignora que en aquella época fue también algo parecido a lo que se dice ahora del señor Alan García, es decir un “delfín” en la dirección del Partido Aprista? Si a alguien se le puede achacar una influencia negativa en la asesoría civil del gobierno que arribó en 1968, hasta 1975, no es por cierto, a los comunistas, sino a aquellos que provinieron del Apra.

Otra intervención que debo refutar es la del señor Ramos Alva. Este señor ha querido desacreditar nuestra aclaración relativa a que los comunistas no somos anti-militaristas, afirmando que ello significa entonces que somos militaristas. No sé si el señor Ramos Alva no razona lo que dice, pero lo cierto es que ese sofisma sería aplicable a todas las definiciones similares. Por ejemplo, se podría pensar que quien no es anticlerical es clerical, que quien no es anticomunista es comunista. Argumento, este último, esgrimido, como todos sabemos, sólo por el fascismo y el macartismo. No, señor Presidente, cuando decimos los comunistas que no somos anti-militaristas, sólo estamos condenando un prejuicio absurdo y peligroso: el que trata de involucrar a todos los militares en una misma bolsa, el que niega la existencia de demócratas militares patriotas de verdad. Lo cual no nos lleva a ser militaristas. A través de nuestra trayectoria y consecuentes con nuestra posición ideológica, siempre combatimos al militarismo como expresión de dictadura militar antiperuana y antipopular. No nos extraña, sin embargo, la confusión que en este asunto trata de sembrar el doctor Ramos Alva. No sé si por ignorancia de él mismo o porque cree que los demás constituyentes desconocemos textos fundamentales de teoría y táctica política y de teoría y táctica de la revolución, en anterior oportunidad atribuyó alegremente a Lenin una frase célebre perteneciente a Clausewitz, aquel general prusiano teórico de la belicología burguesa e imperialista que dijo efectivamente: “La guerra es una continuación de la política”. Lenin toma esa frase pero no para hacerla suya ni convertirla en un axioma sino precisamente para criticar al régimen capitalista.

Pero volvamos al tema. Estamos hablando del militarismo al que condenamos nosotros y no sólo con palabras sino con hecho, puesto que debido a

eso hemos sido sus principales víctimas. No olvidemos, señor Presidente, que las dictaduras militares de Sánchez Cerro, Benavides, Odría y Pérez Godoy se ensañaron con nosotros y que el actual gobierno, el gobierno del general Morales Bermúdez, también se ensaña con el pueblo peruano, al que nosotros defendemos y se ensaña en primer término con los comunistas y las fuerzas de izquierda, sabiendo que nosotros no hacemos virajes de última hora con miras electorales; sabiendo que combatimos a este régimen por sus acciones, puesto que si fuera continuador consecuente de la política antiimperialista iniciada en 1968 no lo combatiríamos. Refiriéndonos sin embargo, al Tribunal de Garantías Constitucionales juzgamos que debe existir precisamente en razón de la experiencia vivida y de lo que ocurre actualmente. La nueva Constitución, tal como viene siendo aprobada, contiene algunos pocos avances, algunas cosas positivas aunque no en la medida que hubiéramos querido, y contiene en cambio muchos postulados negativos. Y entre estos aspectos negativos y peligrosos pesa sobre todo como una permanente Espada de Damocles, un super poder. Y un super poder que ni siquiera nace en el Perú sino que viene de afuera. Hoy mismo, mientras funciona la Asamblea Constituyente, se está aplicando en su mayor nocividad el Código de Justicia Militar. ¿Y, acaso, debido a dicho Código no se encuentran encarcelados numerosos obreros combatientes de Cromotex, quienes sólo por defender sus intereses de clase, corren peligro de ser procesados por un Tribunal Militar para luego ser fusilados? ¿Acaso hace cerca de un mes el Servicio de Inteligencia de la Marina no ha apresado, inventando un burdo pretexto, al dirigente sindical Julián Sierra y lo tiene sometido al Código de Justicia Militar? Y ahora tenemos que, atribuyendo a dicho dirigente en forma infundada estar realizando labor subversiva en las fábricas metalúrgicas cargo que no pueden probar, se está ejecutando un brutal ensañamiento contra su persona en razón de que es un destacado militante comunista. ¿Y acaso, señor Presidente, no se viene aplicando la misma sañuda represión contra todo el movimiento obrero? Y todo ello se realiza, señor Presidente, en aplicación de aquella famosa teoría inventada e impuesta por el Pentágono norteamericano después de la Revolución Cubana; “teoría” y consigna que obliga a las Fuerzas Armadas de América Latina a sustituir el concepto de la guerra contra el enemigo exterior por el concepto de la llamada “guerra antisubversiva”, o guerra contra lo que sus inspiradores denominan “enemigo interno”, es decir contra el propio pueblo peruano. ¿Acaso no se empleó ese tipo de operativos para ahogar el paro del 10 de febrero último? Creemos, entonces, señor Presidente, que semejantes dispositivos deben ser derogados.

La nueva Constitución, en un artículo recientemente aprobado, establece que la Justicia Militar solamente será aplicable a los militares. Ojalá que esto se haga efectivo. Sin embargo, ¿quién va a garantizarlo? Por supuesto que habrá de garantizarlo antes que nadie el pueblo peruano, movilizándose y en favor de esa movilización se ha reconocido también el Derecho de Amparo y se consignan inclusive el derecho a la acción popular y a la insurgencia contra los gobiernos abusivos, dictatoriales y antipopulares. Se plantea igualmente, la necesidad de hacer respetar constitucionalmente el habeas corpus. Junto a todas esas garantías debería hacerse desaparecer no obstante, aquella influencia nefasta del concepto militar imperialista que contiene esa aludida teoría de la “guerra antisubversiva”, o sea aquel orden impuesto a nuestros ejércitos por el imperialismo norteamericano. En tal sentido, pensamos nosotros que el Tribunal de Garantías Constitucionales podría desempeñar un papel muy positivo pero siempre que fuese modificada su composición y no como está concebido en el proyecto. Dada la realidad que hoy vivimos y teniendo en cuenta también tanto el pasado mediato como inmediato, demostrativos de que el pueblo y los trabajadores peruanos fueron siempre las principales víctimas del abuso de los gobiernos militares y que fue y es principalmente contra ellos que está dirigido el Código de Justicia Militar inspirado en la peligrosa concepción de la “guerra antisubversiva”, la modificación que proponemos en la composición del Tribunal de Garantías Constitucionales resulta indispensable. Por lo tanto los trabajadores organizados deben tener representación importante en dicho Tribunal. Deben integrarlos además personalidades de conducta realmente democrática, de prístina conducta política; ojalá hubiesen varias personalidades como el doctor Bustamante y Rivero, demócrata de verdad, aunque sin tener nuestras concepciones ideológicas y aunque no se le pueda calificar de revolucionario. Escoger esas personalidades sin militancia partidaria, en este caso sí es necesario, así como que el Tribunal debe contar con miembros relativamente jóvenes, exentos de prejuicios, intereses creados y posiciones conservadoras e incapacitados debido a eso, para actuar en forma ágil y ejecutiva. Por ello nosotros, señor Presidente, proponemos se modifique la composición del mencionado Tribunal de Garantías Constitucionales, en concordancia con los sustitutorios que estamos presentando.

Y, para no alargar innecesariamente mi intervención la termino ahora. Gracias. (Aplausos).

-----*-----
Asumió la Presidencia el señor doctor don Ernesto Alayza Grundy
-----*-----

El señor PRESIDENTE.- Puede hacer uso de la palabra el señor representante Ruiz-Eldredge.

El señor RUIZ-ELDREDGE.- Señor Presidente: Debo decir con franqueza que, excluyendo algunas críticas de orden subjetivo, me ha producido satisfacción la intervención del doctor Valle-Riestra en cuanto a la fundamentación sólida de carácter jurídico-político del Tribunal de Garantías Constitucionales, sobre cuyo tema me toca a mi vez opinar a nombre del Partido Socialista Revolucionario.

Pienso, en primer lugar, que el nombre más adecuado sería Tribunal Constitucional y en esto corrijo el propio proyecto nuestro, porque allí también le llamamos Tribunal de Garantías Constitucionales. En verdad, me parece más recomendable el nombre de Tribunal Constitucional, conforme a una crítica muy acertada que hiciera el joven y distinguido profesor doctor Domingo García Belaúnde, en un artículo publicado en “La Prensa”.

824

Quiero recordar que en el Congreso Nacional de Colegios de Abogados de enero de 1969 celebrado en el Callao, se aprobó una ponencia muy importante sobre el Tribunal de Garantías del eminente maestro doctor José León Barandiarán; y me parece recordar que, después de un importante debate, fue aprobado por unanimidad.

Con este antecedente y con la argumentación que se ha dado es suficiente para justificar que el control constitucional lo ejerza un Tribunal especial y no la Corte Suprema. En efecto, otorgar tal facultad a la Corte Suprema es convertirla, como en Estados Unidos, en un supergobierno, como se le ha llamado “el gobierno de los jueces”, afectándose el principio de equilibrio entre los órganos del poder. Además de afectarse el principio, hay una realidad universal que recuerda el jurista Ripert y es que los jueces son conservadores, lo que da como resultado que, mediante el control constitucional, se detengan las reformas. Inclusive reformas de carácter capitalista, como le ocurrió al presidente Roosevelt allá por los años 40 y siguientes, cuando quiso modernizar el sistema y tuvo seria resistencia en la Corte Suprema de su país; y hasta que no cambió, en parte, ese Tribunal no pudieron avanzar las reformas, entre ellas los organismos autónomos famosos como el de Tennessee.

En el Perú nosotros también hemos palpado esta realidad: no voy a darme demasiado porque se ha distribuido ya mi voto escrito sobre el órgano judicial y allí incluyo una extensa carta que dirigí al ilustre Profesor Basadre, esquematizando lo ocurrido desde 1930 hasta acá y la generosa carta respuesta del distinguido historiador y jurista. Pero sí quiero agregar una pregunta: ¿Qué habeas corpus ha sido amparado en favor de las comunidades campesinas? El que presentó la Confederación Nacional Agraria el año pasado, contra la disolución que arbitrariamente se dictó por el gobierno, ni siquiera se le admitió a trámite. Así pasó también con los recursos de habeas corpus de las revistas suspendidas o clausuradas últimamente. En cambio el recurso de habeas corpus que en 1969 interpuso la International Petroleum Company se admitió a trámite, fue debatido ampliamente, se defendió la empresa hasta públicamente y con todas las garantías y, finalmente, se dictó una sentencia formal debidamente fundamentada denegando el pedido de la IPC; pero consta a todos el gran debate público en el Parlamento, en las Facultades de Derecho, en los Congresos de Abogados, en las Universidades que habían clamado por la recuperación de La Brea y Pariñas lo que cumplió el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada el 9 de octubre de 1968. En ese entonces “la bota”, como se le llama despreciativamente, se asentó en los campos de Talara, como luego lo hiciera en los de la Cerro de Pasco y como echara también a los latifundistas y gamonales, a las pesqueras extranjeras, a empresas transnacionales depredadoras y como también hizo valer, enérgicamente, con debida realización de la defensa nacional, los derechos del Perú en las propias fronteras y con energía no belicista. Ese es el sentido positivo de la llamada “bota” cuando se pone al servicio de los reclamos populares y entonces legitima su acción, como ocurrió con la acción revolucionaria de la Fuerza Armada bajo el gobierno del general Velasco.

Repito que lo que ha pasado con el órgano judicial en el curso de su historia, exige por propio respeto al sistema que exista otro Tribunal Constitucional que atenderá a las acciones que en nuestro proyecto hemos fijado muy clara y categóricamente. El habeas corpus dirigido a la defensa de la libertad individual, que luego se extendiera para cautelar otros derechos conforme lo estudiara el Profesor Villarán, don Luis, no sólo Manuel Vicente y que llegara luego a la amplitud del artículo 69º de la actual Constitución. Pero una buena técnica hizo que se dictara el decreto-ley de 1969, al que se ha referido el doctor Polar. Ese decreto-ley no pudo hablar del juicio de amparo, que no está en la Constitución,

pero organizó un procedimiento de verdadero juicio de amparo o de la acción de seguridad como es en el Derecho brasileño. Hay que distinguir pues, claramente, esto del habeas corpus con el juicio de amparo y sus modalidades, que habrá de recoger la ley tomando inclusive experiencias del Derecho anglo-sajón o del mejicano o del brasileño o de nuestra propia doctrina.

También hay que diferenciar entre la acción de anticonstitucionalidad y la acción popular y veo que el proyecto que viene ahora se ha esmerado en ello, recogiendo lo que nosotros habíamos planteado en nuestro proyecto.

Como el tiempo no me lo permite, voy a acompañar una fundamentación escrita sobre esta materia de doctrina jurídico-política; y lo voy a hacer con un memorándum sumamente valioso del joven y distinguido Profesor de Derecho Constitucional, doctor Javier de Belaunde, hijo, que lo agrego, repito, como fundamentación escrita de los aspectos doctrinarios.

826

Sobre la constitución y organización del Tribunal Constitucional, el Partido Socialista Revolucionario plantea democratizarlo. Ha dicho bien el señor Del Prado que el Tribunal es bueno, que puede ser bueno, pero coincidimos en que hay que democratizarlo. No es posible exigir que sus miembros tengan por lo menos cincuenticinco años cuando la aspiración de vida en el Perú es ahora de cincuenticinco años; y cuando la mayoría de la población peruana es menor de veinticinco años. En nuestro proyecto señalamos treinticinco años y aun confieso que a mí me parece que un hombre de treinta años ya está en aptitud de llegar a tan altos cometidos. No cualquiera; pero sí aquellos a quienes se les elige y que, por tanto, el cuerpo electoral sabe de sus calidades. En la historia hombres jóvenes como Túpac Yupanqui, Bolívar, San Martín, Túpac Amaru, Martí y tantos otros desde muy jóvenes hicieron cosas grandiosas y formidables. Yo no creo en una interpretación literal de aquello que dice: “Los viejos a la tumba”; pero sí asumo, literal y espiritualmente que “los jóvenes deben ir a la obra”, también y conjuntamente con los maduros y los ancianos; pero no se debe despojar a la juventud en una añeja nación de hombres jóvenes y despojarlos de su posibilidad de participación.

Tampoco debe mantenerse el criterio elitista, como lo ha criticado con acierto en este punto el doctor Róger Cáceres. Yo soy abogado y también maestro en la Facultad de Derecho en San Marcos, pero no creo que la justicia sea patrimonio sólo de juristas, sino de todas las ciencias humanas y de todas las actividades. Las

universidades deben contribuir, pero fundamentalmente el pueblo debe ser el juez constitucional más importante, por medio de una elección de segundo grado o Cámara Electoral que es elegida por todo el pueblo para que dicha Cámara elija a los miembros del Tribunal. Así lo hemos planteado en nuestro proyecto.

Opinamos, asimismo, que el propio Tribunal debe fijar su sede en cualquiera ciudad de la República, Arequipa, Trujillo, Cuzco, Lima u otras. Algunas veces será mejor, tal vez en la mayoría de los casos, ir a la provincia porque allí la actitud popular democrática es más efectiva; en Lima ocurre lo que dijera la humorística crítica del alcalde Elguera, sobre los microbios. Hay asuntos que necesitan en veces del calor popular o de su apoyo y por eso otras ciudades provincianas pueden ser el mejor ambiente para el Tribunal.

Todo lo anterior es muy importante porque debe recordarse que el habeas corpus puede ser un arma oligárquica, cuando el Tribunal tiene tradición conservadora y actúa con prejuicios y hasta con presiones. Así ocurrió en 1947 con el recurso de Gildemeister, que fue la raíz del derrocamiento del régimen democrático de aquella época. En ese entonces los medios de publicidad actuaron contra el gobierno, al lado del latifundista y el Tribunal siguió ese ambiente y defendió la llamada libertad de industria, libertad de comercio y el propietario; y así se vino abajo la democracia.

Por eso en este examen como en otros nuestra crítica debe ser serena, libre de pasiones. Recuerdo que Hegel dice que la astucia de la idea es aprisionar la pasión, no que la pasión aprisiones las ideas y deforme el debate, o disminuya la polémica. Y con ese sentido honesto y de cabal serenidad debemos reflexionar acerca de cuáles son las garantías que este Tribunal va a defender. Es necesario, como primera medida, democratizar su institución, como hemos planteado; pero también es preciso tomar conciencia que los derechos que se han ido aprobando, por un lado están debilitados y, por otro lado, favorecen al sector explotador. En efecto aun sobre la soberanía nacional no se ha reconocido la territorialidad sobre las doscientas millas, a pesar que nuestros dos vecinos afirman su mar de doscientas millas como territorial: el Ecuador, claramente, en la ley; y Chile porque así lo considera el Consejo Nacional de Defensa, según lo reconoció el jurista doctor Llanos, en la Academia Diplomática del Perú, en noviembre del año pasado, ante una pregunta que le formulé. Y el Consejo Nacional de Defensa es la más alta autoridad en Chile y conceptúa, pues, las doscientas millas como mar territorial.

Resulta que mientras nuestros dos vecinos (además de Brasil, Panamá, Uruguay, El Salvador, etcétera) mantienen competencias de seguridad, nosotros queremos renunciar a ellas o por lo menos no las afirmamos categóricamente. Además la territorialidad puede tener efectos en nuestros derechos sobre la Antártida (que también hemos limitado a una mera declaración) y ya vemos cómo inclusive China, una lejana potencia va de la mano con la República de Chile a instalar una base en la Antártida; y todos los países del mundo reclaman sus derechos allí, hasta las grandes potencias con la tesis de considerarla “*res nullius*”. Hay que advertir que, en cualquier caso, no debimos debilitar posiciones que dañan los derechos peruanos; y eso está ocurriendo con el texto constitucional.

También hay dispositivos que, en nombre de la defensa de la democracia o de combatir la violencia, pueden ser cimientos de represión en el futuro. Hay hasta un proyecto del Partido Popular Cristiano contra las guerrillas, olvidándose la importancia de las guerrillas en la lucha por la independencia y para defendernos contra la agresión de 1879 a 1883. Esto también debilita los derechos y garantías de los ciudadanos, con los pretextos aludidos.

828

Por otro lado, en el régimen económico y en el sistema de propiedad se garantiza a las “*personas jurídicas*”, nacionales o extranjeras, toda clase de derechos hasta en las minas, recursos naturales e inclusive penetración en la Amazonía, cuando estamos viendo que en Brasil hay una poderosa corriente contra la penetración de las empresas transnacionales y contra la depredación en la Amazonía.

Se permite, pues, depredar la Amazonía y el amparo a extraños (en vez de la protección a las familias y comunidades nativas), otorgándose un propietario exagerado. Entonces puede suceder que ante el Tribunal Constitucional, ante el Tribunal de Garantías, se presenten veinte *Gildemeister*; y el Tribunal se verá obligado a protegerlos, porque el texto constitucional, como está, se basa en la libertad económica y en la economía de mercado, en el propietario y en favorecer a las empresas transnacionales; en vez de proteger la soberanía nacional, el mar territorial de las doscientas millas, los derechos en la Antártida, la defensa de las minas, de los recursos naturales en la Amazonía y la protección a las comunidades nativas y a las familias peruanas y hogares y empresas peruanas.

Pienso, además, señor Presidente, que hay que garantizar la Revolución Peruana, (lo que se hizo en los primeros años hasta 1976), lo que queda de la Reforma Agraria, la Propiedad Social, la participación de los trabajadores, la

estabilidad laboral, la recuperación de las minas, del petróleo, la integración latinoamericana, el Grupo Andino creado y vigorizado a partir de 1969, la defensa nacional, el ascenso del pueblo, la producción y la productividad para el Perú y su pueblo no para el poder transnacional; y una participación efectiva del pueblo, por supuesto en los bienes y servicios, pero también en las decisiones porque el hombre peruano, el ser peruano, no debe ser sólo músculo y brazo, sino acción, cerebro y sangre en la realización del destino nacional. Mucho se ha avanzado de 1968 a 1976; y me da gusto haber oído el reconocimiento de esto por líderes del propio Partido Aprista y aunque critican, sin precisar ni dar nombres a los “asesores”, lo importante es que reconozcan el hecho histórico que, en ese entonces, el proceso revolucionario de la Fuerza Armada dirigido por el general Velasco, los civiles y militares que allí trabajamos le quebramos el espinazo a la oligarquía; y lo lamentable es que después, a partir de 1976, resurjan los viejos poderes oligárquicos. El Tribunal Constitucional debe garantizar los derechos individuales; pero también los derechos nacionales, los derechos sociales o sea también una socialización del derecho que corresponde no sólo a los individuos sino también a los sectores, a los grupos humanos y también a la propia Nación.

829

Hay que recordar que, habiendo el Perú aprobado en marzo de 1978, los dos Pactos de Garantías de Derechos Humanos de Naciones Unidas (es decir el Pacto de Garantías Cívicas y Políticas y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) estamos comprometidos hasta internacionalmente a garantizar esos derechos (también por la ley de 1958). Esto también justifica la creación del Tribunal Constitucional. Están pues el Derecho interno y el Derecho internacional exigiendo órganos que puedan asumir a cabalidad la cautela de los derechos constitucionales, lo que no se ha cumplido en el caso de la Confederación Nacional Agraria (aunque de hecho los campesinos siguen organizados y podrán decir “los muertos que vos matáis gozan de buena salud”) ni tampoco en otras acciones de habeas corpus interpuestas últimamente. El Derecho nuevo exige instituciones adecuadas.

El señor PRESIDENTE (interrumpiendo).- Señor representante: Su tiempo ha terminado.

El señor RUIZ-ELDREDGE.- Señor Presidente: Termino yo también diciendo que el Partido Socialista Revolucionario apoya esta institución, empero solicita su democratización y para ello acompaña, concretamente, los artículos

sustitutorios para que se tengan en cuenta y, además, agrego la fundamentación escrita a la que ya he aludido.

El señor PRESIDENTE.- puede hacer uso de la palabra el señor representante Cornejo Chávez.

El señor CORNEJO CHAVEZ.- Señor Presidente: Quisiera comenzar esta breve intervención con dos palabras de muy sentido aprecio; la primera para nuestro distinguido compañero constituyente Jorge Del Prado por la manera generosa como se ha referido a mi persona; y la segunda, al señor Javier Valle-Riestra, no solamente porque nuestro trabajo de estos meses nos ha persuadido, creo que a todos, de la profundidad de su cultura y de su versación jurídico-legal, sino porque el contacto personal ha servido, por lo menos al que habla, para apreciar y comprobar que todo lo que dice, inclusive cuando lo dice con una pasión que lo hace ser un poco injusto, lo dice porque lo siente, y ésta es, a mi juicio, una virtud que en todo caso debe ser puesta de relieve.

Quisiera, señor Presidente, en lo que se refiere al punto en debate, anunciar que vamos a votar en favor de la institución del Tribunal de Garantías Constitucionales, a la que hemos tratado de aportar algo modestamente al interior de la Comisión Principal; pero no lo hacemos con un entusiasmo que nos arranque ovaciones. Y esto por consideraciones que muy brevemente quisiera exponer. Personalmente, he creído siempre que la Constitución, cualquier Constitución, existe para servir al país, no el país para servir a la Constitución; y que, por lo tanto, la verdadera garantía de que una Constitución no sea violada, no consiste tanto en que ella misma lo prohíba, ni si quiera en que se establezca un Tribunal de Garantías (aun cuando creo que éste, en muchos casos, puede ser eficaz) sino en que demuestre que sirve al país, que no le cierra al país los caminos de su progreso sino que más bien se los franquea, se los ensancha, se lo abre.

Una Constitución que prueba su eficacia al servicio del país, que abre vías para que supere su subdesarrollo, sin tener necesidad de utilizar medidas de fuerza, tiene en eso su mejor garantía. Si por el contrario, aunque haya sido dictada formalmente por quienes deben dictarla, y aun cuando exista un Tribunal de Garantías que vigile celosamente su cumplimiento, en vez de abrir trochas al progreso social de la Nación le pone cortapisas, yo creo que tarde o temprano será violada. Puestos a escoger entre la Constitución y el país, seremos muchos los que escojamos el país. ¡Qué ideal sería no tener que escoger; que la Constitución

esté tan bien puesta al servicio del país que quien escoja la causa del país escoja al mismo tiempo la causa de la Constitución! Pero eso no ocurre así, la historia nos lo revela de una manera absolutamente inconcusa en mi concepto.

Aquí habemos representantes de muchas organizaciones políticas, que respondemos a planteamiento ideológicos no solamente distintos sino en muchos puntos sustanciales contrapuestos; pero hay algunas cosas que nos unen. Por ejemplo, nos une la veneración a los próceres que crearon la Patria; y en lo que a mí personalmente se refiere, pongo en principalísimo lugar al general don José de San Martín, el Santo de la Espada de que habló Ricardo Rojas, el hombre que quizás no fue un genio, pero que puso su generosidad al servicio del país y proclamó nuestra independencia. Se adelantó a interpretar la voluntad general de los pueblos e invocando la necesidad de acatarla y en nombre de Dios, proclamó en la Plaza de Armas de Lima, el 28 de julio de 1821, la Independencia que todos le agradecemos. ¡San Martín, señores, fue el primer gobierno de facto que tuvo el Perú! No habría sido posible que él realizara la hazaña dentro de los cánones constitucionales que entonces regían el centro metropolitano del cual el Perú era una colonia. Después de que lo hizo, tuvo el acierto de convocar a la Asamblea Constituyente; pero cuando tomó Lima por la fuerza y cuando desde el tabladiello levantado en la Plaza de Armas proclamó nada menos que la Independencia Nacional, no tenía mandato popular. Fue, pues, el primer gobierno de facto que tuvimos en el Perú. El gobierno de facto tiene la misma antigüedad que la República. Y nadie se lo podría reprochar.

Algunos años más tarde, otro gran peruano, con una cultura, no tan incipiente como algunos creen, pero no muy vasta ni muy profunda: no era un erudito, no era un universitario, el gran mestizo que fue el Mariscal don Ramón Castilla, dictó en 1854, durante su segundo gobierno, medidas trascendentales en la historia de la República. Primero, en julio, decretó la liberación de los indios de la carga del tributo personal. Sacrificó así un ingreso fundamental del Presupuesto que él mismo contribuyó a crear, pero entre el ingreso que perdía el Fisco y la libertad de los indios se inclinó por la libertad de los indios; y poco tiempo después, a los finales de ese mismo año, dictó otra disposición fundamental de la que todos los peruanos tenemos que vivirle agradecidos; la que puso fin a la esclavitud de los negros. ¡Y Castilla, señores, fue entonces un gobernante de facto! Se había levantado en armas contra el gobierno Constitucional de Echenique que él había ayudado a establecer. Echenique había subido al poder, muy bien

lo dice Jorge Basadre, en lo que él mismo califica como los primeros comicios reales que el Perú tuvo. Así subió Echenique. Contra ese gobierno legal y constitucional se levantó en armas Castilla y este gobernante de facto dio libertad a los indios, eliminando la carga del tributo personal; y consagró definitivamente la libertad de los esclavos negros. Estos son hechos de los que ningún peruano debe avergonzarse.

Apenas al finalizar la década siguiente (y no estoy pretendiendo hacer un recorrido por toda la historia del Perú, sino mencionando algunos casos que en estos momentos me vienen a la mente y son muy notorios), ocurre otro hecho trascendental. Año 1866: el Perú tiene el privilegio de encabezar una gesta de alcance continental, la guerra con España. ¿Quién encabezó al Perú para defender la dignidad nacional y para defender incluso la independencia de otros países amenazados con el intento español de recuperar su poder en América? Mariano Ignacio Prado, gobernante de facto. El también se alzó en armas contra un gobierno constitucional, cuando fue Prefecto de Arequipa. ¡Y ningún peruano podría avergonzarse de la contribución de ese gobierno de facto a la gloria del Perú.

832

Y a la inversa, señor Presidente; ya estamos en el presente siglo, cuando un gobierno autoritario, el del señor Augusto B. Leguía, que duraba ya también 11 años (número que parece que va a convertirse en cabalístico) y cuando todo el Perú reclamaba la terminación de la dictadura—que no fue enteramente infecunda aunque tampoco fue trascendental— pero que era ejercida por un gobierno constitucional, todo el Perú aplaudió el levantamiento de Sánchez Cerro. ¡que fue naturalmente también otro gobierno de facto!

Y luego, en 1968, señor Presidente, se produce otro gobierno de facto, con algunas de cuyas reformas fundamentales tuve el honor y el privilegio de colaborar (y digo “algunas” no por modestia, sino por verdad, porque no quisiera decir que tuve algo que hacer en todas las importantísimas medidas que fueron tomadas); y aun cuando no es éste todavía el momento histórico adecuado para juzgar este período porque la pasión obnubila mucho los juicios, quisiera hacer notar que la Constituyente, detrás y no obstante sus ataques, no ha podido dejar de incorporar a la Constitución que estamos hoy día aprobando varias de las reformas principales que se hicieron durante ese período y que no se habían hecho en gobiernos constitucionales, que no habían sido hechos por civiles lamentablemente. La Constituyente, al incorporar esas reformas a la nueva Carta Magna, está reconociendo más allá de los adjetivos, que hubo cosas positivas;

lo que, según tengo entendido, reconoció también en sesión pasada, en la que lamentablemente no estuve presente, el representante señor Alan García, que con gran coraje, con gran valentía, dijera una frase que ha sido después mencionada hasta en los diarios: que el régimen de Velasco le quebró el espinazo a la oligarquía con la reforma agraria y la expropiación de “El Comercio”. No son palabras de personas que colaboraron con ese gobierno, sino que más bien lo han atacado.

¿Estamos, señor Presidente, quizás condenados en el Perú a que las grandes cosas que pasan en nuestra historia: la independencia nacional, la liberación de los indios, la abolición de la esclavitud, el comienzo de las grandes reformas estructurales que todo el mundo pedía aquí y fuera de país, sean hechas por gobiernos de facto? No es lo deseable, señor Presidente; nadie celebraría más que yo mismo que fueran gobiernos constitucionales, gobiernos democráticos, gobiernos civiles, los que las realizaran. Pero es que cuando las Constituciones ponen diques al adelanto de los pueblos, los pueblos saltan por sobre esos diques los rebasan y destruyen las constituciones porque las constituciones no deben servir para encorsetar a los pueblos, sino servir al progreso de los pueblos.

Por eso, señor Presidente, votaremos a favor del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero no con el entusiasmo que hubiéramos tenido si viéramos que esta Constitución estuviese siendo concebida en términos que asegurasen, no el bloqueo ni el angostamiento de las vías del proceso nacional, sino más bien su ensanchamiento, una Constitución mucho más contemporánea, una Constitución cuyo título tercero por ejemplo, pudiese exhibir los mismos progresos que se pueden advertir en el título primero especialmente en el capítulo sobre los Derechos Fundamentales de la Persona. Lamentablemente no es así; y creo que todos tenemos en nuestras conciencias que no ha podido ser así, dadas las circunstancias. Estamos llegando al final de nuestra tarea y es evidente que nadie va a salir ciento por ciento satisfecho con la Constitución. Es evidente que es así. Era inevitable que así ocurriese, por la composición misma de la Asamblea. Pero no podemos desconocer que, por lo menos en algunos puntos, representa un avance importante, precisamente en el campo de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, cuando son objeto de violaciones específicas e individuales. Desgraciadamente no lo es en cuanto a las violaciones masivas, que, como alguna vez lo dije en este mismo hemicycle, son el resultado de un sistema económico, social y político injusto y anacrónico. Por eso, señor Presidente, comparto la idea de quien ha sostenido, me parece que el doctor Ruiz-Eldredge, nuestro

distinguido colega, que un Tribunal de Garantías Constitucionales, por su propia definición, tiene que esforzarse por que se cumpla la Constitución, en todo lo que ella tiene, es decir en lo que tiene de progresista y en lo que tiene de anacrónico. El Tribunal de Garantías, por su propia naturaleza y por la función que se le encomienda puede llegar a ser negativo. El día en que, aplicándose esa Constitución, se haga algo regresivo, por ejemplo si al regreso de las transnacionales algún gobierno intentara impedirlo, esa transnacional podría recurrir hasta al Tribunal de Garantías Constitucionales, y el Tribunal podría declarar inconstitucional la medida que pretendiese trabarles el paso. El Tribunal va a tener que hacer cumplir la Constitución en su fondo y en su forma, en lo que es positivo y en lo que es negativo y regresivo. Por eso es que a mí no me suscita entusiasmo. Voy a votar a favor de él porque creo que es un adelanto, porque creo que puede contener cierto tipo de arbitrariedades que no es necesario cometer para que un país salga adelante. Pero entre esto y creer que en eso está la panacea, que un Tribunal eficaz que consiga que no se viole un solo inciso ni artículo de la Constitución, es equivalente, es sinónimo del progreso del país, hay una distancia astronómica que yo no me permitiría recorrer.

834

Señor Presidente: Cuando se vea nuevamente el asunto en la Comisión Principal porque hay varios artículos sustitutorios, especialmente en lo que se refiere a la composición del Tribunal de Garantías, expresaremos nuestro punto de vista en orden a perfeccionarlo. Pero me ha parecido de mi debe decir lo que acabo de expresar, primero por consecuencia con mi propia actuación política; no me gusta guardar silencio cuando se mencionan asuntos en los que yo he tenido, aun cuando sea muy modestamente, una participación; y porque me parece justo reconocer el esfuerzo que están haciendo personas como el señor Valle-Riestra y otros constituyentes que lo han acompañado en la tarea, un esfuerzo sincero, bien intencionado, rectamente dirigido pero quizás no suficientemente eficaz, para conseguir finalmente que en este Perú puedan armonizarse, convivir y conseguirse dos cosas aparentemente tan disímiles, la libertad ciertamente pero con justicia social, sin tener que sacrificar un valor por el otro. Muchas gracias, señor Presidente. (Aplausos en las galerías).

El señor PRESIDENTE.- Puede hacer uso de la palabra el señor representante Valle-Riestra.

El señor VALLE-RIESTRA.- Señor Presidente: Como miembro de la Comisión encargada del debate del Tribunal de Garantías, yo también quiero

empezar saludando a los doctores Cornejo y Ruiz-Eldredge porque realmente, aquí no vamos a cuestionar la común vocación democrática que tenemos, los que estamos aquí presentes; queremos reanudar la marcha constitucional del Perú y queremos, luego de las experiencias vividas, establecer un régimen jurídico que sea perenne en el Perú; si podemos conciliar la estagnación que puede ser lo estatuido en una Carta Constitucional con el deseo de progreso y de sacrificio de las cosas que estorben la marcha de los pueblos, yo creo que vamos a coincidir todos; por eso es que tras la pregunta del doctor Cornejo Chávez, los textos constitucionales pueden ser más o menos utopistas, sólo que las constituciones no sólo son dogmáticas sino que son también un programa, lo que dijo el doctor Cornejo Chávez aquí alguna vez “partir de lo que un pueblo es para llegar a aquello que el pueblo quiere ser”; eso lo hemos recogido en esta Constitución, queremos un país con libertad, en que los Poderes estén realmente separados, en que la justicia no sea una farsa, no queremos como Bolívar tener filósofos y no legisladores y promulgar constituciones utópicas que no se acaten, es que yo creo que la utopía o la realidad no va a partir del texto constitucional, sino de artículos no escritos del texto constitucional, singularmente aquel artículo que puede o no incorporarse al texto de nuestra Carta Magna: el derecho por el cual viene combatiendo como un apóstol tenaz y testarudo Alfonso Ramos Alva, el derecho de insurgencia; si no existe en el pueblo del Perú una voluntad decidida y viril de defender lo que estamos aprobando, no hay texto constitucional así exista Tribunal de Garantías Constitucionales, porque el Tribunal de Garantías Constitucionales puede tener una voluntad de defender a ultranza el texto constitucional; pero ahí cabría preguntar: “Qui custodiet custodies”, ¿quién custodia a los custodios?; sólo el derecho de insurgencia, sólo el derecho del pueblo a sublevarse contra la usurpación del poder legalmente constituido, cuando todos los peruanos estemos concordes que el texto constitucional de esta carta vanguardista, ultrademocrática, apasionada por los Derechos Humanos, encuentre que los hombres cuando su Parlamento es disuelto, cuando una imprenta es aherrojada, cuando un derecho humano es violado va a tener un correlato callejero en el que las masas se lancen a defender la ley, habrá acabado el militarismo y la oligarquía no se perennizará en el país.

Yo también a lo largo de estos meses, he aprendido a estimar y admirar intelectualmente al doctor Héctor Cornejo Chávez, y sé que lo él haya podido hacer en el régimen que cayó el 25 de agosto no ha sido fruto de ninguna actitud mendaz ni reprobable; yo estoy convencido, ahora que lo he tratado, que él creyó

que así servía a su revolución; que creía que así servía a la causa izquierdista, comunitaria y social cristiana de la que él es abanderado y precursor, de la que aquí dispersados en la Asamblea tiene discípulos y apóstatas, amigos y enemigos, ortodoxos y heterodoxos; pero lo que sí creo es que se equivocó en eso, porque yo no estoy contra Velasco, ni nosotros estamos contra Velasco porque pretendiera hacer la Revolución en el Perú, porque precisamente soy de formación izquierdista, porque me he nutrido en la escuela de heterodoxia, en esta escuela de iconoclastas que es el aprismo; creo que Velasco no hizo la revolución, sino que la frustró, porque, hoy día no podemos hablar más de revolución en el Perú, porque yo no concibo revolución sin participación popular; todo lo que se haga mandando desde arriba, con el dedo antipático que tiene el militarismo en el Perú, lo priva del clan popular, porque no creo en el despotismo ilustrado ni en el despotismo iletrado de gobernar para el pueblo sin el pueblo (aplausos en las galerías), y si realmente se hubiese quebrado el espinazo de una oligarquía funesta para el Perú, y los hombres que hubieran hecho esto hubieran sido nuestros macheteros del norte que intuyeran el ideal de la revolución acuñada por el Apra, yo sería seguidor de esta revolución, porque yo no he venido a defender ningún derecho adquirido, soy un hombre entrenado en la austeridad y en la frugalidad de la militancia aprista, no tengo ningún otro interés, ninguna otra ambición que la de ser ciudadano, y ser ciudadano no consiste en tener una libreta electoral, sino saber que hay poderes que garantizan el derecho de este título; pero cuando en un país existen jueces peligrosos, cuando los comisarios se coluden con los jueces para violar la Constitución, uno deja de ser ciudadano.

836

Muchos han redactado esta Carta Constitucional creyendo que ya van a gobernar y han querido reforzar la autoridad del Poder Ejecutivo, otros han actuado con mentalidad de opositores en una futura Asamblea, la del año 1980; otros han preparado la Constitución para ser senadores y otros para ser diputados; yo en lo que he podido contribuir en esta Carta, en lo poco que haya podido contribuir, ha sido porque quiero ser un ciudadano, que el habeas corpus sea una realidad, que el amparo sea una realidad, que no sean simple mente textos jurídicos vacuos e inertes, sino que se apliquen; no queremos más mendacidades constitucionales, y es por eso que yo en este sentido que esta Constitución es un aporte, en este sentido creo que lo fundamental no está en los textos constitucionales, sino como lo sostiene la propia doctrina constitucional alemana, si hay algo que forma parte de la constitución histórica de un pueblo, es algo que no está escrito, en cuya virtud una Constitución puede incluso ser anulada en determinadas

cláusulas por violar estos principios eternos. Creo que como dijo Maurice Hauriou que hay muchos otros principios que no necesitan textos, porque lo característico de los principios es existir y valer sin textos. A esos textos eternos, por los que fue a la muerte y fue a la lucha ese regimiento heroico de apristas que siguió a Haya de la Torre, porque tras las mente de estos hombres existía la intención de acabar con la oligarquía, pero también existía el deseo inabdicable, que ninguna razón de Estado hace variar, de acabar también con el militarismo; por eso es que en la revolución de Velasco al estar presente el militarismo se aisló inmediatamente del pueblo y truncó la posibilidad socialista y democrática del Perú; hoy día nosotros tenemos que reconocer que para todo esto ha habido un exceso y una confusión de tipo imperial por no tener una buena formación democrática, una buena formación ideológica; es por eso que los apristas nos hemos educado en saber que sólo somos una provincia de Indoamérica, en tratar de buscar soluciones que no pueden a base de caudillismo tratar de encontrarse aquí en el cerro Huanacaure, incorporamos al cerro Huanacaure, porque forma parte de la nacionalidad pero nosotros somos en política copernicanos, sabemos que el mundo no gira alrededor del Perú, porque no depende de nosotros, hay mecanismos de creación del sistema que tenemos que eliminarlos en sus focos generadores; esa es la tesis del aprismo, es por eso que yo creo que esta tarde al llegar ya el epílogo de la Constitución, al final de la Constitución, pero no al último, los cien constituyentes que estamos acá debemos hacer el voto solemne, no sólo de construir un Jurado Constitucional para defender las libertades sino los cien que estamos aquí presentes sin discriminaciones de ninguna naturaleza, jurar que haremos respetar la libertad en el Perú, que si mañana vence el PPC no lo atacaremos; que si mañana vence el Apra que se le acate; que si mañana vence la izquierda de la bancada del frente se le respete: esta es la democracia que queremos, no queremos una democracia (aplausos en las galerías) de proscripciones y celadas; queremos una democracia que al Perú le permita ser el ejemplo en Indoamérica de un arquetipo de revolución, la revolución que comienza al revés, no demoliendo las constituciones, porque se encuentran reñidas con el país, sino imponiendo las constituciones; esa es la lección que podemos darle al mundo y a América en este momento, un país que se alza en defensa de su Constitución; que se alza en defensa de los principios eternos de la libertad conciliable de la revolución; es por esto que sin hipérbole, señor Presidente, hemos construído el Tribunal de Garantías Constitucionales como una meta, como un ideal, como una pica en Flandes, como una oriflama que anuncia que el pueblo del Perú

quiere ser gobernado constitucionalmente y que no va a aceptar despotismo ni de izquierda ni de derecha, ni despotismos uniformados, ni despotismos civiles, queremos vivir en libertad, queremos que el dictador del Perú del futuro sea el señor Habeas Corpus. (Aplausos en las galerías).

El señor PRESIDENTE.- Queda con el uso de la palabra el señor representante Delgado Béjar. Se cita para el día lunes 4 a las 16.00 horas.

Se suspende la sesión.

Eran las 20 hs. 40'.

Por la Redacción,

José Santos Rujel Díaz

33ª. SESION

(Permanente)

Lunes 4 de junio de 1979

Presidida por el señor doctor Luis Alberto Sanchez

SUMARIO

Con el quórum reglamentario se reabrió la sesión.- Continuó el debate del Título V del proyecto de Constitución Política del Estado referido a Garantías Constitucionales.- Se suprimió el artículo 58º del proyecto de Constitución sobre prohibición de los partidos políticos y de la ciudadanía de hacer propaganda a favor de la alteración violenta del sistema democrático y republicano y contra el principio de alternabilidad del poder.- Se aprobó por unanimidad el artículo presentado por la Comisión Principal sobre la vigencia y defensa de la Constitución.- Se suprimió el artículo 57º del proyecto de Constitución referido al derecho de insurgencia y se aprobó un agregado al artículo 70º.- Se puso en debate el Título VI sobre Reforma de la Constitución.- Quedó al voto el Título VI.- Se suspendió la sesión.

839

Siendo las 17 hs. 25' bajo la Presidencia del señor doctor Luis Alberto Sánchez, y actuando de Secretarios los señores VEGA GARCIA y ADRIANZEN CASTILLO, el Relator pasó lista, contestando los siguientes señores representantes: Lozada Stanbury, Roca Cáceres, Woll Dávila, Acosta, Alvarado, Aragón, Aramburú, Arana, Arévalo, Barrón, Bedoya, Berrospi, Biaggi, Blanco, Buendía, Cáceres Velásquez (Pedro), Cáceres Velásquez (Róger), Carranza, Castillo, Cornejo Chávez, Cornejo Gómez, Cox, Curzado, Chang, Chirinos Soto (Enrique), Chirinos Soto (Francisco), Delgado, Del Prado, Fernández, Ferreyros, Freundt Rosell, Galarza, Gamarra, García Mundaca, García Pérez, Garrido, Gotuzzo, Heysen, Julve, Kawashita, Lázaro, León de Vivero, Malpica, Mateu, Melgar, Meza Cuadra, Miranda, Montesinos, Moretti, Muñiz, Muñoz Códova, Muñoz Garay, Negreiros, Olivares, Olivera, Ortiz de Zevallos, Paredes, Peláez, Porto de

Power, Prialé, Ramírez del Villar, Ramos, Risco, Rivera, Rodríguez Vildósola, Ruiz Eldredge, Sánchez Fajardo, Tapia, Thorndike, Torres, Tovar, Townsend, Valle-Riestra, Vargas Haya y Vizcarra.

Faltaron a la lista, los señores representantes: Baca, Benavides de Bordo, Cuadros, Cuentas, Chamba, Díaz Chávez, Diez Canseco, Echeandía, Ledesma, Mar, Montoya, Napurí, Neyra, Polar, Ruiz Hidalgo, Rodríguez Figueroa, Salazar, Sotomarino y Véliz Lizárraga.

Con licencia el señor representante: Haya de la Torre; y

Con aviso, los señores representantes: Alayza Grundy y Mufarech.

El señor PRESIDENTE.- Con el quórum reglamentario se reabre la sesión.

Continúa el debate del Título V del proyecto de Constitución Política del Estado, referido a Garantías Constitucionales.

El señor DELGADO BEJAR.- Pido la palabra.

El señor PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor Delgado Béjar.

El señor DELGADO BEJAR.- Señor Presidente: Referente a este título de Garantías Constitucionales, nosotros queremos exponer nuestra posición de principios y al mismo tiempo fundamentar el por qué vamos a respaldar dicho título.

En primer lugar creemos que la defensa de una Constitución y las garantías para su defensa deben emanar ante todo de la naturaleza de esta misma Constitución, y la naturaleza de la Constitución debemos definirla en función de los valores del pueblo, nacionalidad y desarrollo. Un balance de la Constitución que hemos aprobado hasta este momento, arroja un resultado ambivalente, es decir, contiene algunos artículos positivos, pero también contiene algunos artículos que dejan mucho que desear.

En lo que respecta a la defensa de nuestra nacionalidad frente a la penetración de las empresas transnacionales, deja mucho que desear en cuanto a las limitaciones puestas a la gestión económica del Estado y deja mucho que desear en cuanto a que ha ignorado olímpicamente a las grandes organizaciones populares, producto de las transformaciones estructurales de los últimos tiempos. No obstante ello, nosotros creemos que la inserción de un título, como el propuesto,

es altamente positivo, porque de todas maneras configura un recurso jurídico para defender aquello de positivo que existe en la Constitución, sobre todo para defender los derechos democráticos y las libertades públicas, para defender aquello que garantiza en algún modo el ejercicio de la función sindical y el ejercicio de la función sindical y el ejercicio de la función representativa. Creemos nosotros que desde ese punto de vista han sido altamente enriquecedoras las intervenciones que me precedieron, y que a nosotros nos lleva a una honda reflexión desde el punto de vista de que si el pueblo no va a ver en la nueva Constitución un instrumento para el desarrollo nacional y un instrumento para la defensa y el progreso del pueblo, entonces, tal vez, no tenga un resultado altamente aplicable el título propuesto.

Creemos nosotros que hay una ley objetiva que tiene vigencia en la historia y es que el conjunto de las instituciones que conforman la superestructura jurídica y política de la sociedad, ha de responder a la ley del desarrollo incesante e inevitable de las fuerzas productivas.

El progreso material, producto del conocimiento científico, de la experiencia de la vida sobre la tierra, producto de la acumulación de conocimientos por la sociedad, se traduce justamente en el perfeccionamiento de los instrumentos que el hombre posee, para hacer producir a la naturaleza en beneficio de la sociedad; y justamente las relaciones jurídicas de la propiedad han de facilitar ese desarrollo, lejos de entorpecerlo. Una Constitución representa uno de los fundamentos esenciales de la superestructura jurídica y en este sentido si la Constitución no abre ancha vía al desarrollo nacional, no abre ancha vía al acceso del pueblo al poder y no abre ancha vía al ejercicio pleno de la democracia integral, entendida económica y socialmente; entonces, posiblemente, la Constitución no tenga una vigencia duradera.

Creemos que las limitaciones impuestas por aquella consideración que se dijo aquí, de quien ningún partido tiene mayoría absoluta y que forzosamente esta Constitución ha de ser fruto de un consenso, fruto de la transacción, sin embargo creemos que al haber limitado una Constitución realmente avanzada, que abra las puertas al desarrollo nacional y de amplia vía a la gestión económica del Estado, protegiendo las demás formas empresariales; al haber tenido esta limitación la Constitución, repito, se encuentra ante el grave problema de que las reformas que en el futuro se hagan necesarias e inevitables, impongan una violación de la Constitución para poderla llevar adelante.

Aquí debemos tener presente, que cuando alguna reforma o algún cambio social o económico se haga necesario, cualquier valla jurídica o política que se le oponga, saltará hecha pedazos frente al incesante desarrollo de las fuerzas productivas y de las clases avanzadas. Sin embargo, habiendo reconocido que en esta Constitución se garantizan algunos derechos, se garantizan algunas libertades, se garantiza el ejercicio de las libertades públicas y de algunos aspectos más clamorosos reclamados por las masas, creemos que desde el plano jurídico, para facilitar esta defensa, es conveniente apoyar la inserción o la introducción de este título innovador en nuestra Constitución.

La fundamentación altamente erudita y rica en argumentos hecha por el constituyente Javier Valle-Riestra, es altamente ilustrativa al respecto; sin embargo, quisiéramos hacer algunas observaciones a la composición de este Tribunal de Garantías o Tribunal Constitucional. Queremos ante todo, que en su composición, tal como sostuvo el constituyente Jorge Del Prado, debe incluirse a hombres que representen a la juventud. En este sentido, la edad de cincuenticinco años que se propone como mínima para componer o para formar parte de este Tribunal, debiera rebajarse a treinticinco años que es la edad promedio que se está poniendo para el cargo de senador o de Presidente de la República.

842

Creemos que deben tener acceso o deben de participar en la composición del Tribunal Constitucional, los trabajadores, los campesinos y los demás sectores representativos del pueblo trabajador; y creemos fundamentalmente, que si el pueblo tomara conciencia o tomara cariño a la Constitución, que defiende realmente sus derechos y los derechos de la Patria, entonces tendríamos una Constitución altamente garantizada, no sólo por ser una institución jurídica sino también por el hecho mismo de que el pueblo al hacer suyo el conjunto de normas básicas de la Constitución, está dispuesto a dar por él lo mejor de su energía y lo mejor de su vida, en la lucha por la democracia y en la lucha por el progreso social.

Señor Presidente: Dejando sentado que la inserción de esta institución llamada Tribunal de Garantías o Tribunal Constitucional no es el argumento definitivo o la garantía definitiva de la Constitución; reconociendo que la garantía definitiva de una Constitución es aquella que responda al progreso social, a las necesidades del desarrollo nacional y de la justicia social, que es la única que tiene condiciones para ser vigente por largo tiempo; reconociendo todo aquello, nosotros apoyamos la introducción de este Tribunal Constitucional.

Sabemos que al haber dejado en la Constitución brechas a la penetración imperialista, la defensa de las garantías constitucionales va a incluir a las empresas transnacionales que adquirirían derecho por habérselo permitido así la Constitución. Sabemos todo ello, sin embargo, en la apuesta histórica que jugamos, creemos que la democracia nunca ha sido contradictoria con la lucha por el socialismo. Nosotros creemos más bien, que la lucha por la democracia es la principal vía hacia el socialismo y esto no es una cosa nueva, esto lo dijo Lenin al luchar por el socialismo. La mejor vía es luchar por la democracia en su múltiple dimensionalidad, empezando por la democracia económica y culminando en todas las demás formas de democracia que se basan en la primera.

Por lo tanto, señor Presidente, nosotros, los miembros del FOCEP independiente, apoyamos también la inserción de este título; creemos que va a ser una contribución al conjunto de normas jurídicas, que van a apuntalar nuestro retorno a la constitucionalidad. Creemos también, que esta primera experiencia que se va a vivir en el país respecto de este tipo de institución, debe ser sometida al juicio de la misma realidad y del devenir histórico inmediato, pero creemos que debe darse apertura a la participación de los demás sectores populares, a fin de que no sea una cuestión puramente técnica, puramente especializada para los hombres de derecho. Si los hombres de derecho quieren también la participación de los representantes populares de base, creemos que su función será altamente eficaz y creemos también, que dando preeminencia a los derechos humanos y sociales, puede cumplir un papel altamente positivo.

843

En ese sentido y haciendo nuestros los argumentos emitidos por los representantes que me precedieron en el uso de la palabra, nosotros dejamos sentada esta posición de respaldo a una institución como ésta. Muchas gracias, señor.

El señor PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor Freundt.

El señor FREUNDT.- Señor Presidente: Las diversas exposiciones que se han producido en relación al título que está en debate, inducen a suponer que será aprobado por amplia mayoría. Sin embargo consideramos necesario exponer nuestro criterio adverso a ese planteamiento, de acuerdo con la opinión que tenemos sobre el particular.

Creemos que la máxima autoridad judicial en el país es la Corte Suprema de Justicia; y como consecuencia, es la que debe controlar las garantías

constitucionales. Quitarle ese derecho o esa facultad a la Corte Suprema significaría mediatizarla, tal como ha ocurrido con el funcionamiento de esta Asamblea Constituyente que no tiene poderes legislativos ni fiscalizadores.

Por otro lado, la creación de un alto y costoso organismo burocrático significará el aumento de los gastos del erario nacional, que cada día se hipoteca más con nuevos préstamos del exterior. En este sentido, se debe suprimir todo lo que signifique nuevos gastos fiscales, observando la dramática situación de miles de hogares peruanos que viven con sueldos y salarios de hambre y de miles de desocupados que ambulan por todas las regiones del país. Por lo tanto, consideramos necesario reducir los gastos fiscales en beneficio de los que ganan menos. Gracias, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor Ortiz de Zevallos.

El señor ORTIZ DE ZEVALLOS.- Señor Presidente: Este título prácticamente significa el fin de nuestros debates sobre el texto mismo de la Constitución y cierra con broche de oro nuestras labores parlamentarias- empezamos discutiendo y aprobando el Capítulo de Los Deberes y estamos terminando con aquel otro que se refiere a la defensa de las personas, a la defensa de los derechos del hombre.

844

En primer lugar, señor Presidente, a nombre de mi partido expreso mi cordial felicitación al representante Javier Valle-Riestra por su última intervención, así como a los voceros de los demás grupos de mayoría y minoría por la altura del debate y la agudeza de sus intervenciones. Espero que algún día el pueblo peruano conozca al detalle el fondo y la forma del debate de este título.

Señor Presidente: No dudo que serán aprobados por unanimidad los artículos referentes al habeas corpus y al derecho de amparo. Es deber nuestro, como demócratas, otorgar a estas conquistas un sitio de honor en la nueva Constitución para que, en cada caso, sea perentoria su aplicación.

En cuanto al Tribunal de Garantías, ha habido y habrán voces discrepantes, pero nadie puede negar que el Tribunal de Garantías integrado por representantes de los tres Poderes del Estado consagre la igualdad inter-pares. La opinión favorable a que sea la Corte Suprema de Justicia la que asuma el rol de sancionar la inconstitucionalidad de las leyes era darle ventajas a un Poder, no elegido, sobre los otros dos Poderes que sí son elegidos. Este sólido argumento aceptado por los

principales países occidentales no rige en los Estados Unidos, país fundador de la teoría sobre la necesaria revisión de normas inconstitucionales, país donde se aprobó la primera Constitución escrita del mundo y cuyo Tribunal de Garantías es la Corte Suprema de los Estados Unidos. Mas no olvidemos que esta notable institución está consagrada por más de doscientos años de vigencia ejemplar y que en ningún momento ha tenido fallas en su historia.

Sin embargo, existen grandes juristas americanos, como el Juez Stone, quien admite que mientras el ejercicio constitucional de las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno puede estar sujeto a revisión judicial, el único freno al ejercicio del poder de la Corte Suprema de los Estados Unidos es su propio sentido de autoeliminación. El Juez Stone reconoce, pues, que la Corte Suprema no tiene otra limitación que la de ellos mismos; una situación de indudable ventaja y que no es la más justa.

Creo que son muy pocos los peruanos que quisieran otorgar tales facultades a nuestra Corte Suprema. Sus antecedentes inmediatos no inspiran la confianza necesaria. Ojalá que en el futuro apreciemos una franca mejoría en nuestro sistema judicial. Con esta finalidad, esta Asamblea ha aprobado las medidas urgentemente requeridas por la Corte Suprema de Justicia para asegurar la indispensable independencia y decoro de nuestros magistrados y jueces pero sin otorgarle al Poder Judicial predominio de ninguna especie sobre los otros dos Poderes.

Señor Presidente: Uno de los motivos más importantes para la aprobación de este título, es que ya figura en las Constituciones de dos países eminentemente democráticos: México y Venezuela. De aprobar un texto igual o parecido, estaríamos impulsando un movimiento continental para que todas las Constituciones de los países de América Latina tengan normas similares, por lo que solicitaría al señor Hugo Blanco no insista en su punto de vista.

El señor PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor Biaggi.

El señor BIAGGI.- Señor Presidente: Después de la brillante fundamentación que hizo en la sesión anterior mi compañero de bancada, doctor Javier Valle-Riestra, en torno a este título de Garantías Constitucionales, que aun cuando novedoso no deja de tener una importancia especial, en tanto se pretende que la Constitución sea debidamente cumplida y defendida, a mí me corresponde, en nombre de la Célula Constituyente Aprista, decir muy breves palabras. Nosotros

apoyamos en la misma forma que lo han venido haciendo los representantes de las agrupaciones políticas presentes en esta Asamblea, la idea de que funcione un Tribunal de Garantías Constitucionales, en la forma que viene funcionando en otros países de tradición democrática.

En ese sentido, señor Presidente, he de limitarme a decir que nosotros estamos presentando un proyecto sustitutorio referente a la acción de amparo, que debe tener el mismo trámite que el recurso de habeas corpus. Sostenemos también, que el Tribunal de Garantías debe estar formado por personas no solamente que reúnan los requisitos que se requieren para ser Vocal de la Corte Suprema, sino también por ciudadanos que tengan una verdadera ejecutoria democrática, que hayan probado ser amantes de los derechos humanos, que se encuentren perfectamente identificados y consustanciados con la democracia, porque de lo que se trata es precisamente de esto; vivir en democracia y contar con organismos y mecanismos que permitan asegurar en el país, ojalá por siempre, la defensa de los principios que se postulan en este sistema.

846

Quiero decir, además, que nosotros sostuvimos inicialmente la idea de que la Corte Suprema funcione en la ciudad de Arequipa y que por razones ya conocidas no prosperó. En esta oportunidad, proponemos a la consideración de la Asamblea, que el Tribunal de Garantías Constitucionales tenga por sede esta ciudad sureña, que ha demostrado a través de su historia no solamente ser la ciudad caudillo en la defensa de las libertades públicas en el país, sino también porque es cuna de eminentes juristas. Pensamos que sería una buena ocasión para rendir homenaje a la ciudad de Arequipa, y afirmar definitivamente y en la práctica el principio descentralista.

Finalmente, señor Presidente, el proyecto otorga a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales todas las prerrogativas que hagan eficaz su labor. En esta virtud, consideramos que quienes la integran no estarán sujetos a mandato imperativo y gozarán naturalmente de la inviolabilidad en la expresión de sus ideas en el ejercicio de sus funciones. Por lo demás, señor Presidente, me adhiero a las opiniones vertidas por el doctor Javier Valle-Riestra, que si bien es cierto habló en nombre de la Comisión Principal, sus palabras traducen el pensamiento del Partido Aprista Peruano. Es todo, señor Presidente. (Aplausos).

-----*-----
Ocupó la Primera Secretaria el señor Lozada Stanbury
-----*-----

El señor PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor Malpica.

El señor MALPICA.- Señor Presidente: Hasta antes de escuchar este debate, tenía serias dudas sobre las ventajas de la creación de esta institución novedosa en el Derecho Peruano; pero después de escuchar la brillante disertación del doctor Valle-Riestra, me ha convencido respecto a la necesidad de la existencia de esta institución. ¡Qué lástima que por rivalidades internas del Partido Aprista no hayamos tenido oportunidad de deleitarnos algunas veces más con las magníficas dotes oratorias del doctor Valle-Riestra!

En lo que sí discrepo, señor Presidente, es en algunos aspectos del proyecto. Por ejemplo, creo que se está haciendo demagogia respecto a la ubicación de esta institución. Se ha dicho que debe tener su sede en la ciudad de Arequipa, pero en el proyecto de la Célula Constituyente Aprista no dice esto; dice que se dejará a la ley. Sin embargo, en las publicaciones de los diarios se dice que el Apra patrocina que la sede sea la ciudad de Arequipa. Sin pretender quitarle méritos a Arequipa, que es indudablemente ciudad caudillo, pues muchas veces ha encabezado los pronunciamientos en defensa de las libertades públicas, creo que se trata de un acto demagógico. Esta institución debe tener como sede la capital de la República. Creo que la descentralización no se hace comenzando por el Tribunal de Garantías, un Tribunal que va a tener muy poco personal, un Tribunal que de vez en cuando va a ver algunas causas. Creo sinceramente que su sede debe estar en Lima.

En cuanto a su composición, soy partidario de que sean nueve sus miembros: un designado por la Corte Suprema, uno por el Colegio de Abogados de la República, uno por las Facultades de Derecho de las universidades; dos representantes de los obreros; dos de los campesinos, uno de los colegios profesionales y uno por los empleados. Se nos quiere hacer creer que solamente los abogados entienden de leyes y que es la única profesión capacitada para resolver asuntos constitucionales. Me parece que cualquier ciudadano, con mediana preparación, está en condiciones de poder darse cuenta si una ley es contraria o no al texto constitucional. Más que profundos conocimientos jurídicos se requiere criterio

común y esta cualidad pueden tener no solamente los abogados sino también cualquier profesional, cualquier obrero o cualquier empleado.

En cuanto al artículo 301° me parece excesivo que se requiera de veinte senadores y sesenta diputados para interponer acción de inconstitucionalidad de las leyes. Creo que debe ser facultad de cualquier diputado o de cualquier senador. Un diputado o senador muchas veces representa cien mil o doscientos mil electores. Por ejemplo, el doctor Bedoya representa seiscientos mil votos, Hugo Blanco representa trescientos mil votos, que son más de los cincuenta mil ciudadanos que se requiere para interponer acción de inconstitucionalidad de las leyes. Además, considero, que deben tener este mismo derecho los organismos sindicales y los colegios profesionales. No creo que debe estar limitado al Presidente de la República, al Fiscal de la Nación, a sesenta diputados y veinte senadores y a cincuenta mil ciudadanos, tal como lo establece el proyecto de la Comisión.

En cuanto al artículo 306° sobre Suspensión de Garantías, creo que aquí hay por lo menos un grave error que se debe subsanar. Este artículo dice que el Poder Ejecutivo tiene la facultad de suspender los derechos declarados en los incisos 8, 10 y 11 del artículo 2° y el párrafo g) del inciso 23. Veamos cuáles son estas disposiciones.

848

El inciso 8, se refiere a “la inviolabilidad del domicilio”. Esto también se estableció en la Constitución del 33. El inciso 10, “a elegir libremente el lugar de su residencia y a transitar por el territorio nacional”. Creo que hay un exceso en esta disposición. Se puede suspender la garantía de transitar libremente por el territorio nacional, pero no creo que la policía tenga el derecho de prohibir a un ciudadano que viva libremente en el lugar de su residencia. Considero que esto debe ser un error, pues, “elegir libremente el lugar de su residencia” no está comprendido entre los derechos suspendidos por la Constitución del 33. El inciso 11, se refiere a “reunirse pacíficamente sin armas”; y el párrafo g) del inciso 23°, dice: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. La responsabilidad penal es personal”. Evidentemente su inclusión es un error, pues esta garantía no estuvo comprendida en las disposiciones de la Constitución del año 33. Creo que la suspensión se refiere al párrafo h) del inciso 23 que dice: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado de Juez competente o de las autoridades policiales, excepto en flagrante delito”. Evidentemente, de la lectura se llega a la conclusión de que se trata de un error que debemos corregir.

En el artículo 306º también hay algo que me preocupa, y es lo siguiente: “El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere de nuevo Decreto”. Esta disposición resulta sumamente peligrosa, pues como nos consta a todos, hace muy poco tiempo se prorrogó por catorce meses la suspensión de garantías, y en diversas oportunidades se ha prorrogado mediante decretos sucesivos por seis o más meses. Por lo tanto, sería partidario que los primeros treinta días de suspensión de garantías se hagan por simple decreto del Poder Ejecutivo; pero que los siguientes requieran aprobación del Congreso. Muchas gracias, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor Ramírez del Villar.

El señor RAMIREZ DEL VILLAR.- Señor Presidente: Como han dicho muy bien los señores parlamentarios que han usado la palabra el día viernes y hoy, este título final de la Constitución o penúltimo de la Constitución, realmente corona todo el texto constitucional permanente o estable.

Pero hacemos una observación formal respecto de que en este título hay tres instituciones distintas. La primera institución se refiere a los recursos que caben en defensa de los derechos violados por la autoridad, o sea los recursos de Habeas Corpus y de Amparo; una segunda institución que es el Tribunal de Garantías Constitucionales o Tribunal Constitucional si se le quiere llamar así; y una tercera, que es el Estado de Sitio, el estado de suspensión de garantías o régimen de excepción como quiera llamársele también. Evidentemente el Estado de Sitio no corresponde a este lugar, porque justamente es el caso en que se suspenden las garantías constitucionales, es el caso en que el Poder Ejecutivo asume facultades prácticamente dictatoriales durante un término perentorio, de suerte que éste debiera estar o entre las atribuciones del Poder Ejecutivo o terminando la parte relativa a Derechos Humanos.

En cuanto a la primera institución, o sea a los recursos de habeas corpus y de amparo que tienen los ciudadanos frente al abuso del Poder, cuando este significa violación de derechos individuales o sociales, nosotros coincidimos con la observación hecha por el doctor Polar el día viernes último, en el sentido de que estos recursos debieran estar un tanto más reglamentados en la Constitución, porque si se deja a la ley, puede ésta no darse o puede ella resultar tergiversando el espíritu de la Constitución. En tal sentido, puede ir como una Disposición Transitoria, como lo está en la Constitución venezolana, o puede de hecho estar

incluido en el recurso de habeas corpus como lo está en la Constitución de Ecuador, donde los puntos básicos y fundamentales de este primer recurso están allí señalados.

De otro lado creemos, que el trámite debe ser muy corto, muy perentorio y de amplia garantía para el ciudadano; o sea que violada una disposición que entraña libertad personal, el Juez de inmediato debe exigir que se ponga en su conocimiento el caso, o la propia persona que solicita el recurso no esté sujeta a ningún trámite especial, que no necesite ningún mandato por escrito, o sea que pueda solicitarlo cualquiera; y que el Juez simplemente con la personería de la persona acusada y de la exhibición que debiera hacerse también del mandato judicial que dispone, debe decretar de inmediato la libertad, y si no procede así debe destituirse al funcionario que no cumplió con hacerlo de acuerdo con la ley.

En cuanto al recurso de Amparo, esto sí es un poco más complejo, pero debe ser igualmente sumario. El recurso de Amparo requiere una tramitación más amplia o más larga y si en la Constitución no pudiera estar en detalle, por lo menos deben fijarse los puntos básicos y fundamentales.

850

El segundo punto, señor Presidente, es el relativo al Tribunal de Garantías Constitucionales. Este es un punto con que quisiéramos incidir con un poco más en detalle, porque en realidad significa el control final de la serie de controles que a lo largo de todo el texto constitucional hemos venido estableciendo.

Hemos establecido controles intraorgánicos, o sea controles dentro de la propia institución, que es lo característico justamente en los regímenes democráticos, porque este tipo de control no existe en ningún tipo de autocracia. Hemos establecido como un régimen de intracontrol del Poder Ejecutivo la existencia de un Gabinete Ministerial, de suerte que el Presidente de la República no puede, sin la intervención de un Ministro, tomar ninguna disposición o acto normativo. En cuanto al Poder Legislativo, hemos establecido su Reglamento Interior, en eso que para determinados asuntos se requiere una votación calificada. En lo que se refiere al Poder Judicial, hemos establecido las diversas instancias y recursos independientes.

Hemos establecido también controles extraorgánicos o sea fuera del Estado mismo, como la reglamentación de los partidos políticos o de disposiciones sobre partidos políticos, sobre disposiciones del cuerpo electoral, el caso concreto de

las regiones y la existencia respecto de instituciones intermedias, llámense éstas sindicatos, gremios o profesiones.

En cuanto a los controles inter orgánicos, o sea de Poder a Poder, habrá que recordar la vieja tesis de Montesquieu, propia del liberalismo francés, de que el Poder detiene al Poder, lleva a la atomización del Poder y que una separación como la que él soñó entre los diversos Poderes del Estado hoy día no existe, porque hay una compenetración respecto de uno al otro; de tal manera que el tipo de control que puede establecerse ya no es el rígido de un Poder contra el Poder, sino que debe ser un tipo de control más bien flexible y un poco más libre de esta tripartita fórmula.

En cuanto al Poder Legislativo, el pluripartidismo y las minorías son los puntos básicos de él, y las facultades que tiene para controlar al otro Poder son la interpelación, las comisiones de investigación, la censura, el control financiero al aprobar el Presupuesto, los empréstitos y el control sobre la relación externa del Poder Ejecutivo, vale decir la ratificación de los tratados internacionales, el control de determinados nombramientos del Poder Ejecutivo a base de las ratificaciones que hemos establecido en beneficio del Senado; y finalmente, el control de la legislación delegada, que no la pierde el Poder Legislativo desde el momento que la da, porque en cualquier momento puede no sólo retirarla sino exigirle al Poder Ejecutivo el cumplimiento de ella.

En cuanto al Poder Judicial, la independencia de los jueces que sólo están sometidos a la ley, que es el principio básico y fundamental; la jurisdicción contencioso administrativa que ya lo hemos establecido, que a través del procedimiento contencioso administrativo, se pueden invalidar las resoluciones del Poder Administrativo, en cuanto son contrarios a la ley e implican desviación del Poder otorgado.

La primacía de la Constitución que también la hemos establecido, al facultar a los jueces que en caso de incompatibilidad ante una disposición legal y una disposición constitucional, preferirá la segunda; y finalmente los recursos de Amparo y de Habeas Corpus sobre los cuales trata la primera parte de este título.

Además, hemos elegido otro tipo de control: el Ministerio Público, que lo hace contra la administración pública al actuar como defensor del pueblo; y sobre el Poder Judicial al actuar como denunciante de las infracciones o delitos cometidos por la Corte Suprema.

Esto es lo que entendemos de controles mutuos de todos los Poderes hasta la fecha, pero queda el gran control, el control constitucional, y en eso nosotros tenemos algunas atingencias que hacer respecto a determinados pronunciamientos hechos en esta Cámara y de algunas observaciones respecto del artículo que aparece en el proyecto de la Comisión Principal.

Nosotros consideramos, señor Presidente, que el control constitucional o el control de la constitucionalidad no es un acto jurisdiccional, es básicamente un acto político; y es político en cuanto se enfrenta al órgano encargado de realizarlo, sea éste el Tribunal de Garantías Constitucionales o sea la Corte Suprema; y cuando se enfrenta a los otros órganos de poder, entonces se tiene que investir al órgano que se enfrenta con un poder semejante, cuando no superior al de los otros órganos.

Y este es el punto clave, porque el control de la constitucionalidad ha girado en el mundo desde la revolución francesa, que resolvía con tres criterios bastante claros. Si recordamos las obras de Sieyés sobre “Jury Constitutionnaire”, él fue partidario de que la segunda Cámara, el Senado, fuera el encargado de este control, era un control eminentemente político; y el Senado conservador francés funcionó con algunas dificultades hasta 1946, en que se le sustituyó con un Tribunal también de orden puramente político llamado Comité Constitucional. Este a su vez fue modificado, a partir de la Constitución de De Gaulle, por un órgano eminentemente político, por el Consejo Constitucional; y una fórmula similar a la de ésta ha sido recogida por una Constitución contemporánea, la de Guinea Ecuatorial en 1978, con el nombre de Consejo de la República, pero este Consejo eminentemente político no se pronuncia sobre la constitucionalidad e inconstitucionalidad de la ley ya dada, sino que constituye un procedimiento previo a la dación de la ley, o sea que es consultado antes de que el Poder Legislativo dé una ley o antes de que el Poder Ejecutivo dé una ordenanza legislativa, no es un control posterior, es un control previo.

En segundo lugar, hay en otros países órganos jurisdiccionales ordinarios que son los encargados del control constitucional. Un caso típico son los Estados Unidos, donde se le tiene a través de todos los jueces y básicamente de la Corte Suprema. Este sistema fue incorporado en la Constitución argentina, haciéndolo más radical que el de los Estados Unidos; pero en uno u otro caso, se distingue muy bien entre las facultades puramente legislativas y normativas del Poder Ejecutivo, de las facultades políticas. En ningún momento la Corte Suprema de los

Estados Unidos ni la Corte Suprema de la Argentina las han asumido y expresamente las han rechazado o no han hecho uso de ellas.

Y una fórmula intermedia e interesante que ensayó Uruguay, en el sentido de que no fuera cualquier juez el que pudiera pronunciarse sobre la inexigibilidad de la ley frente a la Constitución, sino que fuera exclusivamente la Corte Suprema de la República, fórmula ésta que entró en la legislación peruana, en la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, al establecer que los casos que no sean apelados o que no vayan en revisión hasta la Corte Suprema, en que cualquier juez declara que es inexigible una ley por violar la Constitución, debían ser elevados necesariamente en consulta a la Corte Suprema. Esta fórmula, señor Presidente, nosotros creemos que en alguna forma o así textualmente como está debiera ser incorporada en el texto constitucional.

En tercer lugar, señor Presidente, el aspecto interesante y el que resulta hoy día amparado por todos los sectores de la Cámara, es la creación de un órgano político jurisdiccional especial, básicamente jurisdiccional. Si es este el criterio que se ha expresado mayoritariamente en la Cámara, sería interesante ver los antecedentes de esa fórmula que comenzó en Austria en el año 1920, gracias a la iniciativa del profesor Kelsen. El establecía este Tribunal con jueces vitalicios, que podían declarar la inconstitucionalidad de la ley, no sólo en mención de partes sino inclusive de oficio, o sea que el propio Tribunal tenía esa facultad o podía hacerlo a petición de parte. ¿Pero cuáles eran las partes únicas que podían solicitarlo? Eran el Gobierno y el Tribunal Supremo de Viena, vale decir la Corte Suprema.

El señor PRESIDENTE.- Debo llamar al señor representante la atención sobre el tiempo.

El señor RAMIREZ DEL VILLAR.- Bien, señor Presidente, trataré de abreviar. La Constitución del año 19, que la creó y nunca llegó a funcionar; la de De Gaulle del año 49, que sí está funcionando; la de Italia en que procede de oficio la inconstitucionalidad; y las últimas de Thailandia, Irak y España, esta última con una fórmula muy especial del año 31, hoy distinta a todas las demás y un tanto corregida en la Constitución actual, de este año. Con estos antecedentes, señor Presidente, nuestra idea respecto del Tribunal Constitucional es esta última, que sea un Tribunal Jurisdiccional político, en vista de que el control, repito, es eminentemente político más que jurisdiccional. Creemos, que si tiene que ser un Tribunal que pueda invalidar una ley dada por un Congreso y ratificada y

promulgada por el Poder Ejecutivo, o dada por el Poder Ejecutivo en uso de la facultad que se le ha dado de legislación delegada, tiene que ser representativo de una jerarquía más alta que el poder que las ha revisado. En ese caso, nosotros creemos que la fórmula que podría aceptarse es la de un Tribunal Constitucional, que esté integrado por los tres Poderes, lo que no quiere decir que sean necesariamente miembros de esos poderes sino que cada uno de ellos, el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, el Congreso en sus dos Cámaras y la Corte Suprema con acuerdo de Sala Plena, elijan cada uno de ellos tres miembros escogidos entre personas ajenas a los cuerpos correspondientes, que tengan calidades muy especiales, porque se trata en realidad de un Tribunal, y por consiguiente lo menos que se puede pedir como calidad sería la de equivalente a miembros de Corte Suprema. Que estos nueve miembros puedan desempeñar el cargo durante nueve años y puedan renovarse por tercios, a fin de que se mantenga la estabilidad de la institución, al mismo tiempo que las nuevas corrientes que se van haciendo presentes a lo largo de estos nueve años en los tres Poderes del Estado, se vayan notando en la propia composición del Tribunal. Que su sede sea necesariamente la capital de la República, pero como decía el doctor Ruiz-Eldredge, con facultad para que si las circunstancias lo exijan pueda funcionar en cualquier otro lugar de la República, a fin de evitar las presiones que en un momento dado puedan darse sobre él en la Capital.

Vemos, asimismo, señor Presidente, que la resolución que declare la inconstitucionalidad de la ley debe tener una votación calificada, a efecto de que por lo menos siete miembros de los nueve estén conformes, de tal manera que por lo menos dos de los poderes, más un tercio que representa al poder ausente de la resolución, tenga la facultad de poderlo declarar y que sean competentes; en primer lugar, para la declaración a petición de parte y no de oficio de la inconstitucionalidad total o parcial de las leyes y sus equivalentes, como son: decretos legislativos, reglamentos, normas de carácter general que dicten las regiones y ordenanzas municipales, que contravengan o vulneren en una u otra forma la Constitución del Estado y que esta vulneración o esta invalidación pueda ser por razón de forma y por razón de contenido; en segundo lugar, para que tengan facultad de dirimir las contiendas de competencia que se produzcan entre los Poderes del Estado, y pueda como lo dice en alguna forma el proyecto en debate, confirmar o no las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que declaren la nulidad total de un proceso electoral nacional; y en tercer lugar, para que pueda

conocer en vía de recurso extraordinario, las resoluciones definitivas del Poder Judicial que denieguen el recurso de Habeas Corpus o de Amparo, en los casos que señala la ley.

Creemos que tienen derecho para solicitar que el Tribunal actúe, las siguientes autoridades: El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, los Presidentes de una y otra Cámara o de la Comisión Permanente, la Corte Suprema de Justicia, y por lo menos cincuenta mil ciudadanos.

El señor PRESIDENTE.- Ha terminado su tiempo, señor representante.

El señor RAMIREZ DEL VILLAR.- Diría finalmente, señor Presidente, que la nulidad que decreta el Tribunal de Garantías sea no desde el inicio de la ley dictada sino desde el momento de la declaración. (Aplausos).

El señor PRESIDENTE.- El señor Róger Cáceres, miembro de la Comisión Principal, solicita a la Mesa que por ser el único autor de un dictamen en minoría se le conceda cinco minutos para defender su proyecto. En su condición de miembro de la Comisión Principal, el señor Róger Cáceres puede hacer uso de la palabra por el tiempo que él mismo se ha impuesto.

855

El señor CACERES VELASQUEZ (Roger).- Señor Presidente: La importancia de este tema y las alusiones que se han hecho a mi intervención anterior por otros señores oradores, me obligan a hacer una breve recapitulación de los fundamentos que he esbozado en esa intervención, sobre los que sostengo mi oposición a la institución que se pretende crear.

Debo comenzar manifestando que, según nuestro pensamiento, debe ser la Corte Suprema la que se encargue de resolver la inconstitucionalidad de las leyes y los otros asuntos que se pretende encomendar al Tribunal de Garantías, fundamentalmente porque este camino es el que está más de acuerdo con nuestra tradición constitucional. No ha existido ciertamente en el Perú un dispositivo que haya establecido que la inconstitucionalidad de las leyes la debe declarar la Corte Suprema. Pero en el título preliminar del Código Civil se establece que los jueces dan primacía a la norma constitucional por encima de cualquier otra. De igual manera, en la Constitución vigente se establece que el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de los reglamentos y otros actos administrativos.

Consideramos también nosotros, que el Poder Judicial es un Poder especializado para resolver conflictos jurisdiccionales. Hay la garantía de profesionales que por toda su vida están dedicados justamente a esta función, la de administrar justicia. No están en la política activa ni lo han estado; su vida permanece entregada al Poder Judicial; hay pues la garantía de que la solución que pudiera darse a un conflicto entre Poderes, entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, tendrá que ser una resolución más ecuaníme y equilibrada. Por otro lado en el caso de un golpe militar más difícil será traerse abajo al Poder Judicial que a un simple Tribunal.

Creemos, señor, que las razones que se han dado para negarle al Poder Judicial, concretamente a la Corte Suprema, esta función, no son coherentes, no tienen la fuerza que se pretende. El Poder Judicial hasta el presente no ha podido tener una labor a la altura de lo que el país esperaba respecto de la defensa de la Constitución, sencillamente por tres razones principales. Primero, porque no era Poder, no tenía real majestad, no tenía independencia y estaba totalmente sometido a los otros Poderes; segundo, porque económicamente hemos visto que estaba en una condición realmente muy pobre, muy olvidado, que no tenía atribuciones para proceder en esa forma; y tercero, porque sus facultades estaban totalmente limitadas en las sucesivas Constituciones que el país ha tenido. Por primera vez nosotros estamos consagrando un Poder Judicial independiente, con suficiente economía, con atribuciones, para poder proceder como tal.

856

De otro lado, señor, tampoco los magistrados tenían garantías; las condiciones del ejercicio de la magistratura podían ser variadas por una simple ley. Felizmente ahora esas condiciones van a estar establecidas a nivel de la Constitución, lo que significa que no podrán ser variadas tan fácilmente. Todo esto nos induce a pensar que el camino más conveniente para el país es confiar esa facultad al Poder Judicial, a través de la Corte Suprema.

Además, todos los países de este lado del mundo han adoptado esta decisión. La institución del Tribunal de Garantías corresponde a otro continente, a Europa, que tiene un desarrollo mucho más elevado que el nuestro. Europa tiene otro nivel de desarrollo, en lo que significa una total dependencia del Poder Ejecutivo hacia el Legislativo; no hay un Poder Ejecutivo independiente. De tal manera que, un control desde el Ejecutivo hacia el Legislativo es imposible en los países europeos. Aquí funciona la facultad del veto; con mayor independencia procede el Poder Ejecutivo, tiene una mayor jerarquía en el desarrollo de sus funciones.

Nosotros creemos que el Tribunal que se propone constitucionalizar, en realidad va a ser un superpoder en la forma como se ha propuesto integrarlo, porque los delegados del Legislativo y del Ejecutivo que conformarán la mayoría de este organismo, serán delegados esencialmente políticos. No se va a poder inventar hombres, los hombres están o al margen de la política, viviendo a través de una carrera que se llama la Magistratura, o están en el mundo de la política. Tendrán pues que ser políticos los que integren este organismo y sus decisiones entonces estarán influenciadas por las pasiones propias de la política. Con las facultades que le está confiando la Constitución, este Tribunal devendrá en una entidad reaccionaria, en una entidad conservadora; las leyes que signifiquen cambios o transformación encontrarán allí el peor de sus obstáculos.

De otro lado, conforme el planteamiento formulado por la Comisión Principal en su dictamen, será una cuarta instancia judicial inconveniente; la gente pobre del país resultará sacrificada por la lentitud de los procesos y por los mayores gastos que se tendrán que hacer; será también un organismo costoso, cuando menos con el mismo presupuesto del Poder Judicial y que para cumplir con esta función tendremos que montar un tribunal muy costoso, con altos funcionarios que vivirán dedicados a este trabajo por muchos años. Voy a concluir, señor Presidente, señalando también que, dentro de algunas iniciativas que ha insinuado el Partido Aprista, se concedía a este organismo supeditar al Poder Electoral y al Poder Judicial. Al Poder Electoral, para resolver la nulidad de los procesos electorales nacionales; y al Poder Judicial, para resolver las apelaciones en última instancia, relativas a la destitución de algunos de sus miembros. Lo que quiere decir que la condición de super poder del Tribunal de Garantías quedaría más en evidencia.

857

Por estas razones, nosotros aunque solitariamente declaramos que estamos en absoluto desacuerdo con el Tribunal de Garantías que se propone crear, pensamos que va a ser un organismo muy negativo para el porvenir de la República; y formulamos una vez más, que debe ser a través del Poder Judicial que canalicemos el resguardo y la defensa de las garantías constitucionales.

El señor PRESIDENTE.- Tiene la palabra el señor Valle-Riestra, como miembro de la Comisión para cerrar el debate.

El señor VALLE-RIESTRA.- Señor Presidente: Permítame repetir algunos lugares comunes para replicar otros tantos lugares comunes respecto a cosas que se han dicho en debate.

El señor CACERES VELASQUEZ (Róger).- Me permite...

El señor VALLE-RIESTRA.- No, no señor Cáceres, no tiene razón cuando pretende reatribuir o atribuir a la Corte Suprema....

El señor PRESIDENTE.- No hay diálogos.

El señor VALLE-RIESTRA.- No, esto es un monólogo simplemente.

El señor PRESIDENTE.- Es un monólogo con un supuesto dialogante.

El señor VALLE-RIESTRA.- Bueno, en todo caso, por eufemismo diremos un soliloquio para que no sea monólogo ni diálogo.

Si a la Corte Suprema del Perú, rompiendo la tradición de no haberle dado jamás la facultad de inconstitucionalizar las leyes, se la diéramos hoy, querría decir que los peruanos que estamos reunidos aquí no tenemos memoria ni buen entendimiento de lo que ha significado el Poder Judicial en el Perú. Podría decirse esto que responde a una actitud pasional ante el Poder Judicial, pero corresponde también a una actitud técnica que ya ha sido esgrimida en el curso del debate en estos días.

858

El juez es prisionero de un sistema; vamos a crear otro sistema a cargo de un juez no profesional para que este juez se encargue de constitucionalizar las leyes, sin ningún riesgo para su persona. Le hemos puesto el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, no por falta de ingenio o por copiarnos a lo que dijera la Constitución española en 1931, sino que hemos querido hacer énfasis, hemos querido hacer hincapié en la naturaleza del Tribunal.

Este Tribunal es el de las Garantías, porque todo lo que está en la Constitución, como lo dice Sánchez Viamonte sobre el derecho de la libertad, la circulación, etc., del ciudadano, sólo son derecho y no garantías, porque si fueran garantías no necesitarían protección; pero tan sólo son derecho que necesitan de la garantía del Hábeas Corpus y del Amparo para poder subsistir y defenderse.

El Habeas Corpus es una acción pública, es por eso que algunos no le llaman recurso, sino ocurso, porque no es recurso contra nada, no hay ninguna resolución administrativa previa, por eso es que se acuña esa palabra con sabor a barbarismo, de ocurso, ocurso constitucional. se dan en amparo de la libertad restringida y no contra detenciones ilegales; no ampara la libertad contra la ley

o constitucionalidad; abarca todos los derechos individuales, y no sólo procede contra la supresión de ellos, sino contra su amenaza. Puede ser interpuesto ante cualquier juez constitucional, civil o penal; no hay apelación contra la resolución que recaiga en él; procede contra cualquier acto de autoridad, inclusive la judicial; lo resuelto en contra de los derechos ciudadanos no crea cosa juzgada. O sea que esta acción de derecho público, que es juntamente con el amparo de la garantía fundamental de la Constitución es sobre las que queremos hacer énfasis, porque tribunales constitucionales son todos a las finales. Podríamos llamarlo Tribunal de Defensa de la Constitución, pero eso es dar una idea un poco bélica; hemos podido llamarle tribunal o jurisdicción de la libertad, parodiando a Mauro Cappelletti, pero hemos insistido en el término Tribunal de Garantías Constitucionales que no es ninguna denominación obsoleta, sino que tiene una explicación claramente científica.

Respecto a la alusión que ha hecho el doctor Ramírez del Villar, sobre el control apriorístico que tiene el Consejo Constitucional francés de las leyes, pronunciándose sólo sobre las leyes orgánicas antes de su promulgación y a las reglamentaciones de las Cámaras, hay que recordar sin embargo, que el Consejo Constitucional de 1958 ha tenido una frondosa y muy interesante y erudita jurisprudencia en defensa de los derechos humanos. Aquí la tengo a la vista, que indica que no sólo hay un control a priori sino a posteriori; el control de la constitucionalidad de los reglamentos, decreto del 26 de julio del 59; sobre la inamovilidad de los magistrados, decisión del Consejo de 1970; sobre la asistencia de control de la constitucionalidad de las leyes refrendarias, decisión del Consejo Constitucional de 6 de noviembre del 62; sobre la libertad de asociaciones de 6 de julio de 1971; sobre la competencia para penas privativas de la libertad, decisión del 28 de noviembre de 1973; sobre el registro de vehículos, decisión del 12 de enero de 1977; sobre la institución del juez único, decisión del Consejo Constitucional del 23 de julio de 1925; sobre el proceso de tasación de oficio; sobre interrupción voluntaria del embarazo; sobre el principio del derecho de recurso; sobre la elección del Parlamento Europeo, para sufragio universal directo, etcétera; o sea que hay un control no sólo a priori sino a posteriori.

En el caso nuestro, hemos introducido el control apriorístico respecto a los Tratados a suscribirse por el Parlamento, y realmente en este sentido soy un poco ubicuo al contestar muchas de las observaciones que ha hecho el doctor Ramírez del Villar. Hemos asimilado ya en la Célula Constituyente Aprista antes de este

contacto con él, y hemos comprendido que el Tribunal de Garantías Constitucionales debe tener por excelencia sólo representantes de los tres Poderes del Estado. Así que hemos enviado una proposición para que sea integrado por los representantes de los tres Poderes: del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial.

En los que respecta a que estamos creando una tercera Cámara o que estados creando un super poder, realmente no es así por una razón fundamental, porque para ser Poder debe tener iniciativa, motu proprio, ex officio, para tomar una determinación. Un Parlamento puede tomar una determinación motu proprio, no necesita de la iniciativa de un tercero aunque pueda haberla; el Poder Ejecutivo, igual. Este Consejo Constitucional tan no es Poder, que no puede tomar ninguna determinación porque es solo un Tribunal salvo que se recurra a él a través de las personas legitimadas por la propia Constitución, que están señaladas en el artículo 301º del proyecto: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, sesenta diputados, veinte senadores o cincuenta mil firmas de ciudadanos.

En lo que respecta a las observaciones del señor Delgado Béjar, sobre crear un mecanismo que incorpore a las fuerzas trabajadoras a este Tribunal, no creo quedar yo como reaccionario y él como progresista, si le digo que no estamos de acuerdo en eso, porque el problema es eminentemente técnico. Yo no dudo que pueda y deba haber una defensa laboral, una defensa sindical y una defensa de las masas, pero eso son otros resortes que no podemos incorporarlos a la Constitución. Tan es así que revisando los Consejos Constitucionales de Yugoslavia y de Checoslovaquia actuales, no señalan que las clases trabajadoras tengan que estar representadas en el Consejo Constitucional, sino que son sus Parlamentos los que eligen este Consejo formado por doce jueces, porque el Consejo checoslovaco está copiado de Yugoslavia. Se dirá que es la clase trabajadora la que está en el Poder y que por lo tanto los representantes son necesariamente trabajadores, eso no es cierto porque en la estructura de esos Parlamentos que son muy diversificados, existen intelectuales y existen juristas.

Otra de las notas que hace que esto no sea una tercera Cámara y que realmente no deroga la ley, es que no tiene iniciativa de ninguna naturaleza para abocarse al conocimiento de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma legislativa o de una norma administrativa. Tan es así que no es cierto lo que se dijo en la Comisión Principal que si esto se aprobaba, íbamos a tener que modificar el precepto que dice: “Ninguna ley se deroga sino por otra ley, salvo lo dispuesto por el Tribunal de Garantías”, porque derogar es legislar.

Aquí lo que se trata es de reconocer que tal ley es nula, es nula porque se enfrenta a la Constitución, y aquella norma que se enfrenta a la Constitución es realmente inexistente. Es nula cuando por vicios en su procedimiento ha violado su tramitación, ha sido aprobada por una sola de las Cámaras o se ha violado el quórum, etcétera. De tal manera que se reconoce aquí que dicha ley es inexistente y por lo tanto no hay derogatoria. Por eso es que el proyecto señala que la sentencia dictada por el Tribunal es trasladada al Congreso para que éste promulgue una ley derogando la norma impugnada y en caso de que no se promulgue dicha ley, en virtud de algo que podríamos llamar parodiando al llamado silencio administrativo, por silencio constitucional, o por silencio parlamentario, esta ley se entiende derogada y en consecuencia el Tribunal está en libertad de promulgar, o mejor dicho de mandar publicar en el diario oficial la sentencia que deja sin efecto la resolución reñida con la Constitución Política, que no existe con normas que tengan una jerarquía inferior, la de la administración pública o de la administración municipal, en que sin ningún protocolo se ordena la publicación de la sentencia en el diario oficial.

Por todas estas consideraciones, creo que hemos actuado bien, señor Presidente, porque incluso hemos llegado a recoger algo que se había omitido en el proyecto, la acción popular contra las disposiciones de carácter general de la administración pública y municipal, recogiendo así el precepto que existe en la Constitución de 1933, adjudicada a la Corte Suprema, pero que lógicamente, por la concentración del fuero constitucional en este Tribunal, tiene que ser propio de este organismo de carácter constitucional.

861

Por otro lado, señor Presidente, hay que recordar que las atribuciones que le hemos dado al Tribunal son bastante avanzadas, porque generalmente las normas constitucionales de todas las Cartas se refieren simplemente a la facultad de inconstitucionalizar las leyes y nosotros le hemos atribuido a este Tribunal la facultad de inconstitucionalizar las leyes y reglamentos.

Yo creo, señor Presidente, que por ser el primer paso en la vía de reconstrucción democrática del Perú y en la vía de crear un Tribunal que no es desconocido en la América Latina, como dice el doctor Róger Cáceres Velásquez, sino que la Constitución de Cuba de 1940 la recogió, que ha regido hasta hace poco por lo menos en lo formal; que reconocía que podía irse a este Tribunal en vía de excepción en un pleito; que veinticinco ciudadanos podían recurrir, que podía recurrir la persona afectada y que el Juez motu proprio podía elevar sus dudas respecto

a cuestiones jurídico políticas y de legislación sometidas por la ley y a recursos contra abuso o desviación de poder.

También ha existido un Tribunal en Chile, a raíz de la enmienda de la Constitución de 1927, de tal manera que no es algo fuera de lugar, dentro de las doctrinas y dentro de las prácticas constitucionales del América Latina. Lo que sí insisto y esto estaría fuera de nuestra realidad, es pretender aplicar el estilo norteamericano, que responde al derecho no escrito, en el que más que la ley vale el casuismo judicial; el derecho hecho por los jueces vale más que el derecho hecho por los Parlamentos.

Ya hemos recordado como la Corte Suprema de Justicia norteamericana es un Poder constituyente en sesión permanente; por eso, de lo que se trata en el fondo es de crear un Comité Arbitral a cargo de los tres Poderes, que va a actuar jurisdiccional y políticamente. Es algo híbrido, no podría yo responder si me dijeran que precisase si es jurisdiccional o político; participa de los caracteres de ambas instituciones, porque va a dictar sentencias, va a resolver conflictos; es al mismo tiempo político, porque es representante de los tres Poderes y los conceptos que maneja, como dice bien el constitucionalista colombiano SÁCHICA, son de carácter extra civil y extra penal, por que se refieren a nacionalizaciones, a libertad, dignidad de la persona, derechos de los ciudadanos, etcétera.

862

Por estas consideraciones, creo, señor, que este consenso, casi unánime, que ha tenido el Tribunal ante la Asamblea Constituyente, significa, realmente, la intuición que el país tiene frente a la conducta que históricamente tuvo el Poder Judicial en el Perú, y que atribuirle estas facultades al Poder Judicial del Perú sería funesto error. Y esto no se refiere a personas en concreto, se refiere a la institución en el Perú, a esa institución que como muy bien ha señalado el doctor Ruiz-Eldredge, el juez es por naturaleza, recordando a Ripert, conservador.

La Corte Suprema de los Estados Unidos fue eminentemente reaccionaria, reaccionó ante cualquier iniciativa de cambio que hubo, no solamente en este siglo sino que también en el siglo pasado. Le costó infinitas luchas y hasta llegó a un enfrentamiento entre Lincoln y la Corte Suprema, cuando a raíz del caso Scott se llegó a decir que Scott por ser negro no era ciudadano y que la esclavitud era un derecho legítimo en los Estados Unidos. Es ahí donde Lincoln dice claramente, que no pueden estar las decisiones del pueblo a merced de un Tribunal, que contraría los sentimientos populares, y que esa “eminente institución” y lo

decía con eufemismo irónico y con la discreción y prudencia propios de abogado, como era él ante los Tribunales, resultaría usurpando las atribuciones populares. O sea, que realmente la Corte Suprema de los Estados Unidos fue reaccionaria y varió luego del año 30.

De tal manera, lo que se quiere introducir en el Perú es una institución que, por la naturaleza de los jueces, por ser de origen indirecto, por la forma en que llegan al poder, por su duración vitalicia y por la forma en que deliberan, que deliberan en cónclave y en secreto, debe ser una institución que esté al margen de la realidad política, en la que hay una apoliticidad y en la que no existe la pasión, que hay que tener para defender la justicia y para defender la constitucionalidad. Por eso es que hemos creado el Tribunal de Garantías Constitucionales y hemos puesto en el sustitutorio del Partido Aprista, que para ser miembros de este Tribunal hay que tener una probada trayectoria de la defensa de los derechos humanos y de convicción democrática, porque de lo contrario estaríamos creando una Corte bicéfala y nosotros no queremos un Poder Judicial bicéfalo, queremos un Poder Judicial autónomo, que se aboque con absoluta autonomía a las causas civiles, penales, laborales, agrarias, y una jurisdicción política que se aboque a la defensa de la libertad. Esa es la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales, señor Presidente. (Aplausos en las galerías).

El señor PRESIDENTE.- Habiendo hecho uso de la palabra los representantes de todos los grupos políticos, se da el punto por debatido y queda al voto.

**SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

Libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado peruano

✍ LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

*Director de Publicaciones y Documentación
del Centro de Estudios Constitucionales.*

Título : Libertad religiosa y aconfesionalidad
del Estado peruano.
Editores : Francisco Bobadilla Rodríguez, Jéssica
Chirinos-Pacheco, Javier Ferrer Ortiz
Editorial : Yachay Legal.
Año : 2020.
Paginas : 292 pp.

867

Entre las publicaciones que han sido generadas en los últimos meses, merece especial comentario el colectivo que lleva por nombre “Libertad Religiosa y aconfesionalidad del Estado Peruano”, cuya edición se la debemos a los distinguidos colegas Francisco Bobadilla Rodríguez, Jéssica Chirinos-Pacheco y Javier Ferrer Ortiz y donde se pasa revista a los variados aspectos que involucra este importantísimo derecho fundamental así como el transversal principio de aconfesionalidad que caracteriza nuestro ordenamiento constitucional.

Por diversas razones somos de los que piensan que a diferencia de la imprecisión con el que este tema es abordado en una buena cantidad de modelos constitucionales, en el caso peruano y en particular en este tema en específico, se apuesta por un enfoque que consideramos bastante bien elaborado, aunque curiosamente y por circunstancias no del todo explicadas, no siempre adecuadamente entendido y a veces deficientemente interpretado. En este contexto, reunir un grupo de trabajos que apuestan decididamente por un esclarecimiento de cada uno de los aspectos que implica el tratamiento del tema religioso resulta metodológicamente muy útil y esclarecedor y es ese un mérito que en principio hay que destacar y muy abiertamente.

El texto en mención se abre, con el estudio de Francisco Bobadilla Rodríguez titulado “Religión y Política” y en el que se presta atención a las incidencias del factor religioso y en particular del pensamiento católico en la construcción de nuestro razonamiento político, dejándose en claro que son circunstancias de orden histórico y elementos de corte tradicional los que por una u otra razón han estado presentes a lo largo de nuestra evolución, lo que a la postre se ha visto reflejado en prácticamente todas nuestras cartas constitucionales. Naturalmente no se ha tratado de una influencia que pueda visualizarse por igual en todas las etapas de nuestro constitucionalismo, pero siempre ha estado presente por una u otra circunstancia. En un principio como parte inevitable del modelo estatal hoy en día como apartada del mismo pero por otro lado impregnado en las variantes de la libertad religiosa e institutos donde se ven claras incidencias del factor religioso. El autor nos efectúa interesantes reflexiones sobre la doctrina social de la iglesia y sobre lo que ha de esperarse del creyente o fiel laico en los procesos de transformación que experimenta nuestro país.

El segundo texto, titulado “El derecho de libertad religiosa ante la jurisdicción constitucional en el Perú” se lo debemos a Oscar Díaz Muñoz, quien efectúa un interesante análisis de la forma como nuestra jurisprudencia ha venido dotando de contenido a la citada libertad fundamental tanto en lo que respecta a sus variantes como en el que atañe a sus límites, a la par que distinguiéndola de otros importantísimos derechos fundamentales, a partir del marco de relaciones existentes con los mismos. Se trata pues de una exposición bastante lograda de los matices que a la luz de lo que aparece en el texto constitucional ha desarrollado nuestra casuística y que es resumida de manera realmente impecable.

Javier Ferrer Ortiz aborda mediante su trabajo “La laicidad del Estado Peruano” lo que probablemente sea el principio transversal que sirve de fundamento o soporte al tratamiento del tema religioso en nuestro país. Sobre esta base destaca la singularidad de este principio en la manera como es tratado por nuestro modelo jurídico a diferencia de la forma equívoca o imprecisa como es visionado en otros en otros sistemas constitucionales, haciendo hincapié que en el caso peruano, el mismo asume rasgos muy especiales a la par que perfectamente coherentes con lo que representa la libertad religiosa y la importancia que la misma acarrea. El estudio por lo demás, aborda el principio en referencia no solo desde la perspectiva estrictamente constitucional, sino también doctrinaria y jurisprudencial.

El siguiente estudio se denomina “Las objeciones de conciencia” y se lo debemos a la pluma de Santiago Cañameres Arribas. En él se aborda un importantísimo y muy debatido tópico como es el relativo a la llamada objeción de conciencia tanto desde la consideración que nos ofrece como derecho abierto a diversas posibilidades, como desde aquellas vinculadas al factor estrictamente religioso o a criterios más bien ideológicos. Particular interés revisten las reflexiones que se hacen al tema de sus eventuales límites como uno de los aspectos esenciales a dilucidar cuando se plantean discusiones que involucran el referido derecho.

Martín Vincés Arbulú nos ofrece su estudio “Confesiones y entidades religiosas” en el que presta especial atención a los grupos sociales religiosos precisando las diferencias existentes entre los mismos. En otras palabras, se parte de la idea de que la libertad religiosa no sólo puede ser un atributo ejercitable a título individual sino también colectivo, debiendo distinguirse entre las diversas formas como dichos colectivos puedan llegar a establecerse u organizarse. Encontramos también desarrollados interesantes puntos de vista en torno a los matices diferenciales que desde la perspectiva jurídica tienen los grupos católicos y aquellos que siendo religiosos adoptan otras vertientes de pensamiento, así como lo que sucede con aquellos grupos que pese a tener una organización y contar con un ideario y un conjunto de prácticas no podrían ser calificados como estrictamente religiosos.

869

Trabajo particularmente interesante es el que aportan los doctores Miguel Rodríguez Blanco y Alfredo Gildemeister Ruiz-Huidoro sobre “La financiación de las confesiones religiosas”, tema sin lugar poco explorado y que en esta ocasión resulta abordado desde una perspectiva bastante ilustrativa a partir de diversos referentes que proporciona el derecho comparado dejándose en claro que no en todos los casos el tratamiento responde a las mismas características. En este contexto y en el caso específicamente peruano el tema es estudiado a partir de sus antecedentes no sólo históricos sino de las fuentes jurídicas que lo sustentan.

El siguiente estudio lleva por título “El patrimonio cultural de las confesiones religiosas” y se encuentra a cargo de Juan Pablo de la Puente Brunke, quien también aborda otro de esos temas poco analizados en nuestro medio aunque no por ello exento de interés como el referido al llamado patrimonio cultural religioso. El autor por lo demás parte de la premisa de que la ley peruana no necesariamente maneja conceptos coincidentes en relación al patrimonio en la

manera como este es entendido por las confesiones religiosas, haciendo énfasis en sus limitaciones pero también en los beneficios que le resultan aplicables.

“La asistencia religiosa” es el trabajo que acompaña Luis Andrés Carpio Sardón y que se ocupa de otra de las variantes importantísimas que asume la libertad religiosa aunque en este caso desde su vertiente prestacional, esto es, como un derecho promovido desde el Estado a fin de que toda persona que lo requiera pueda recibir la asistencia religiosa cuando así lo invoque o lo necesite. El estudio en este sentido presta especial atención a los diversos escenarios en los que esta podría dispensarse y el tipo de actuaciones que en cada caso habrá de requerirse.

Otro de los estudios que se pronuncia sobre un tema poco abordado por lo menos en el ámbito de nuestra doctrina local es el que nos ofrece Manuel de la Puente Brunke bajo el título “Los ministros de culto” y que en rigor aborda el estatuto jurídico de los representantes o sujetos legitimados para impartir los ritos y prácticas de una iglesia o confesión religiosa, no solo cuando esta tiene orientación católica sino cuando responde a otras colectividades u organizaciones que sin ser católicas son también religiosas.

870

Como no podía ser de otra manera, tenemos un trabajo dedicado a “La educación religiosa en la escuela pública y privada”, este último a cargo de Gonzalo Flores Santana. En este se destaca un abanico de subtemas donde el eje central lo constituyen las instituciones de formación escolar y la forma como se ejercen o desarrollan las variantes de la libertad religiosa hacia su interior. Aspectos como el derecho a la educación, la libertad de enseñanza, el rol participativo del Estado en el proceso educativo, el interés superior del menor, son abordados en sus implicancias frente a la religión y no solo en el panorama de las instituciones educativas estrictamente privadas, sino también en el espacio de las que tienen carácter público.

Cierra el volumen el estudio de Jéssica Chirinos-Pacheco sobre “Las Universidades católicas” que representa todo un esfuerzo por explorar la incidencia de la iglesia católica y del factor religioso en la formación, diseño, conducción y propósitos de aquellas universidades que reclaman para sí dicho estatus. El citado trabajo efectúa una explicación muy interesante en torno a los tipos de universidades católicas, distinguiendo las modalidades que adoptan y el régimen jurídico que de acuerdo a su naturaleza les resulta aplicable.

Se trata pues en resumen y visto en perspectiva genérica, de uno de los esfuerzos más notables y autorizados por explorar de manera sistemática el tratamiento del tema religioso en el marco que ofrece nuestro modelo constitucional. Sus autores, todos ellos acreditados académicos y especialistas en la materia, nos proporcionan un interesante esfuerzo que más allá de posturas o perspectivas merece ser examinado en detalle pues acrecienta un interés que no pierde vigencia y antes bien enriquece la información de todo aquel que procura documentarse de la manera más adecuada sobre los diversos y siempre interesantes aspectos de nuestro mundo constitucional.

Lecciones de Derecho Público Constitucional

✎ DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU*

Doctor en Derecho y Ciencia Política

por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

*Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional
y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).*

Docente universitario.

Título : Lecciones de Derecho Público
Constitucional.
Autor : Ramón Salas
Edición : Centro de Estudios Constitucionales.
Tribunal Constitucional.
Año : 2020.
Páginas : 296 pp.

873

1. Introducción

La enseñanza de las disciplinas jurídicas constituye la parte medular para el desarrollo del derecho y sus instituciones. La reflexión teórica y el razonamiento permiten la formación de las ideas, las cuales mediante un constante debate y dialéctica logran posicionarse, sirviendo como el sustento teórico para la génesis legislativa y el ordenamiento social.

Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito del derecho constitucional y su enseñanza, confluyen elementos que rebasan las cuestiones netamente jurídicas; como tal, para una cabal comprensión de la disciplina es necesario contar con lecturas de Filosofía, Ciencia Política, Economía, entre otros campos del saber, los cuales permiten explicar, con una visión multidisciplinaria, los aspectos propios de la organización del Estado, así como los de tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, una amplia cultura es la base para una correcta enseñanza y teorización de la ciencia constitucional.

Y sobre este punto, es indudable la trascendencia que reviste la lectura de los textos clásicos, conformados estos últimos por aquellas páginas que no envejecen, que hicieron inmortales a sus autores y, como tal, son reflexiones atemporales, de obligatoria lectura para todas las generaciones que vendrán, por cuanto gracias a las mismas es que las ideas pueden revisarse, mejorar y seguir el proceso para continuar edificando instituciones sólidas que aseguren los objetivos básicos de los Estados Constitucionales.

Los atributos antes mencionados bien se encuentran en las *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, de Ramón Salas, que en este siglo XXI se hace accesible a la comunidad académica, tanto en la edición física como virtual, gracias al Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional y su “Biblioteca Constitucional del Bicentenario”.

Reconocemos esta condición a la obra de Ramón Salas, teniendo en cuenta que habiendo visto la luz en los albores de la iniciación de la República, se sumó a aquellos libros que fueron lecturas de los precursores y próceres de nuestro independencia, la cual una vez proclamada, y luego de su consolidación en 1824 en la Pampa de la Quinua, requería de la reflexión y análisis que permitiera edificar al nuevo país, bajo el modelo adoptado luego de desecharse la propuesta de monarquía constitucional.

874

Precisamente, el establecimiento de la Patria exigía contar con un aparato político y jurídico que pudiera respaldar la visión de autogobierno que se abriría paso luego de la liquidación del Virreinato (aunque la herencia colonial tomaría mucho más tiempo de superarse). Locke, Montesquieu y Rousseau, entre otros, habían permitido mediante sus ideas definir la causa contra el absolutismo y la tiranía, siendo con la promulgación de las Constituciones Políticas que surgía un nuevo espacio de atención: El análisis y reflexión sobre las reglas establecidas para la sociedad independiente que se erigía.

2. El autor

Respecto de Ramón Salas (Belchite, 1753 – Madrid, 1837), en la edición que ofrece el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, encontramos la Nota Liminar elaborada por José F. Palomino Manchego, así como la Presentación a cargo de Ernesto Blume Fortini, director del Centro de Estudios Constitucionales, las mismas que nos ofrecen importantes notas

biográficas del autor, así como de sus intereses académicos; en este sentido, nos remitimos a lo investigado por los referidos constitucionalistas peruanos para acercarnos a la imagen de Ramón Salas¹.

En torno a lo antes mencionado, podemos comentar que Ramón Salas vivió en la época de los movimientos y revoluciones que configuran el Estado Moderno: La Independencia de las XIII Colonias (1776), la Revolución Francesa (1789) y, en su natal España, la guerra de la Independencia contra la invasión napoleónica (1808 - 1814) y la promulgación de la Constitución de Cádiz (1812).

Consideramos que ser coetáneo a tan significativos eventos, le permitió a Ramón Salas imprimir una óptica especial al análisis contenido en su libro, que recae tanto en los pensadores cuyas ideas se abrieron paso nutriendo las tesis de la independencia y el respeto de la soberanía popular. En tal sentido, su testimonio constituye una valiosa fuente directa, por haber sido espectador cercano de los eventos que cambiaron al mundo, transmitiendo en sus comentarios la impresión directa vivida, formando parte del estudio y análisis que desarrolla, cualidad destacable perennizada en sus páginas.

875

3. La obra: Importancia y vigencia

El libro que comentamos está conformado por un prólogo y dos partes (o tomos como también lo denomina el autor). Ramón Salas presenta su obra dando cuenta de los últimos acontecimientos vividos en el mundo occidental, y la transcendencia de los pensadores que influyeron en el curso de las revoluciones en los Estados Unidos de América y en Francia.

En este sentido, y resaltando las contribuciones centrales de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, así como haciendo precisas referencias en torno a Platón y Aristóteles, Ramón Salas sostiene en el prólogo el propósito central de su obra, esto es, la difusión y explicación, de forma didáctica, de los principios que sustenta el nuevo orden social y político derivados de las revoluciones en América y Europa, alentando a que su mejor comprensión permitiera asimilar los cambios que se suscitaban.

¹ La versión virtual del libro *Lecciones de Derecho Público Constitucional* se encuentra disponible en https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/RAMON-SALAS-lecciones-294-pags_com.pdf

Asimismo, el autor expone su compromiso con la necesidad de fomentar la reflexión sobre la incorporación de estas nuevas instituciones en España, viviendo esta última una turbulencia política que la sumía en una inestabilidad política en todos los frentes, y que iría marcando el fin de su predominio en el mundo durante todo el siglo XIX. No obstante, era la lograda libertad de imprenta la que permitía que sus *Lecciones* vieran la luz y como tal, esta libertad debía ser empleada constructivamente.

La Parte Primera del libro se conforma por veintidós lecciones, cada una dedicada a conceptos y principios generales que orientaban las nuevas instituciones que se forjaban con el avance del constitucionalismo. En cada una de éstas, bastante concisas que asemejan a breves discursos, el autor exhibe su erudición, valiéndose de citas pertinentes para brindar un comentario de didáctico y puntual sobre los temas que desarrolla.

Al respecto, las tres primeras lecciones de Ramón Salas abordan, desde el punto de vista teórico, lo que implica el derecho constitucional (que él presenta como derecho público constitucional) así como la Constitución como instrumento político y las razones que la sustentan. El autor refiere que los principios deben orientar la elaboración de una buena Constitución, la misma que se conforma por leyes primarias (es decir, las que orientan el sistema jurídico), las cuales deben regir en el desarrollo de las leyes secundarias, sin estar libres estas últimas de presentar algunas contradicciones con las primeras.

876

Sobre lo que representa la Constitución, es decir, cuál es su propósito o norte, Ramón Salas es categórico en su sentencia: Es la expresión auténtica de las reglas y condiciones con que un pueblo quiere ser gobernado. Esta idea encuentra un sustento mayor en las siguientes premisas que plantea: 1° los gobiernos son hechos para los gobernados y no los gobernados para los gobiernos; 2° jamás debe haber en el gobierno una potencia tal que no pueda mudarse sin violencia; y, 3° un gobierno debe tener siempre por objeto la conservación de la independencia de la nación, así como de los derechos sus integrantes y la paz general.

De esta forma, podemos apreciar la visión liberal que asume el autor, nutrida por la lectura de los pensadores del iluminismo, y es que la promesa y compromiso del nuevo régimen era la defensa de la libertad individual, causa que abraza sin titubeo, representando el ideal del gobierno por la propia voluntad que garantice su independencia como individuos y como sociedad misma.

Prosiguen las lecciones de esta Parte Primera explicando los alcances de los derechos vigentes, los mismos que representaban la gran conquista de las revoluciones en los Estados Unidos y en Francia, en pos de construir una sociedad pacífica y justa, lo cual debía emularse por sus pares; así, en las lecciones 4 a la 12 se aborda lo que implica el derecho de igualdad, y con amplio detalle los supuestos de la libertad personal y la libertad individual, resaltando con muchos ejemplos la forma en la cual se podía proteger en la vida cotidiana a los ciudadanos y el ejercicio de su voluntad.

Asimismo, se analizan los derechos civiles de libertad de imprenta, propiedad y el derecho de petición. En el caso de la libertad de conciencia y religión, sin embargo, el autor se dispensa de desarrollarlos, invitando al lector a que revise otros manuales escritos en torno al tema, ofreciendo que en un futuro podría abordar el asunto.

Continuando el autor con su trabajo, en las lecciones 13 a la 22 aborda los principios e ideas aplicables al gobierno, lo que hoy conocemos como la parte orgánica de la Constitución. Reafirma que el poder político es uno solo, el mismo que emana de la propia población, y como tal constituye una inexactitud hablar de distribución o división del poder. A su vez, enfatiza que el gobierno debe estar fundado en la razón y en la verdad y bajo este supuesto el pueblo es libre de definir la forma que mejor convenga a su organización y reglas.

877

Aborda en este punto Ramón Salas a los clásicos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, vinculados estos en torno a la ley: Hacerla, ejecutarla y aplicarla; pero agrega categorías como el “Poder Conservador” y el “Poder real o regulador”. En el caso del “Poder Conservador”, refiere que éste es un bloque de mediación entre las tendencias naturales hacia el despotismo y el populismo que encarnan el Ejecutivo y el Legislativo, respectivamente; mientras que el “Poder real o regulador”, que asiste a los reyes en el ámbito de las monarquías constitucionales y su relación con los otros poderes establecidos.

En la Parte Segunda de las *Lecciones*, encontramos un tratamiento específico sobre el contenido de la Constitución de Cádiz y las instituciones comprendidas en la misma, las cuales se desarrollan a lo largo de treinta y tres lecciones. Como introducción a esta parte el autor consigna una advertencia, dando cuenta de la metodología empleada para su estudio, consistiendo esta última en contrastar los principios expuestos en la Parte Primera con el contenido de la Constitución Gaditana, y formulando la síntesis respectiva sobre lo observado.

La primera lección de esta parte está dedicada al preámbulo de la Constitución, comentando en la misma las peculiaridades de la invocación al monarca y el papel que han ocupado los reyes y emperadores bajo un poder justificado en que provenía de Dios, lo que les justificaba propagar desdicha sin consideración de ninguna clase.

Las lecciones que continúan se asocian con cada uno de los capítulos de la Constitución Gaditana, realizando un comentario e interpretación sobre los alcances de las normas contempladas en la misma, sin omitir la oportunidad de hacer las críticas que estimaba pertinentes cuando no había coherencia con los principios desarrollados, valiéndose de una respetuosa ironía.

Si bien han transcurrido más de doscientos años desde que se sancionó la Constitución de Cádiz, considerada como una de las normas fundamentales más influyentes de la historia, las lecciones sobre la misma que desarrolla Ramón Salas nos permiten repasar los atributos de esta norma, que marcó un hito en el constitucionalismo mundial, siendo sus instituciones aun vigentes, recogidas por las constituciones que le sucedieron, y que también influirían en las antiguas colonias del Imperio Español, las cuales, aun cuando abrazaron la forma republicana de gobierno, asimilarían los derechos civiles y políticos para establecer una sociedad que supere las diferencias y camine en un mismo sentido hacia la paz y el progreso.

878

A partir de ello, tenemos que las *Lecciones de Derecho Público Constitucional* mantienen una vigencia singular en el siglo XXI, convirtiéndose con justa razón en un auténtico clásico de la ciencia constitucional. Ramón Salas es virtuoso en didáctica y síntesis, con un estilo claro en su expresión, y nutrido de la doctrina necesaria para reforzar los argumentos que ofrece respecto de las instituciones que se abrían paso en los albores del siglo XIX y que tendrían un camino sinuoso para su consolidación en los tiempos posteriores.

Como sus pares, la obra de Ramón Salas seguirá perdurando dentro de los anales de la formación en derecho constitucional, permitiendo inspirar a las nuevas generaciones de estudiantes y futuros maestros, a que todo esfuerzo académico serio exige una impostergable lectura de los clásicos, para que los comentarios y exégesis que se formulan surjan de líneas doctrinales sólidas, y aun cuando se animen a discrepar del sistema jurídico y las normas vigentes, mantengan propósito de que el esfuerzo realizado sea constructivo para el Estado Constitucional, el cual a pesar de sus limitaciones y problemas sigue claro en su propósito básico: La defensa irrestricta de la libertad y los derechos fundamentales de la persona como condición básica para una sociedad que se precie de serlo.

El Amparo Virtual

✎ LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

*Director de Publicaciones y Documentación
del Centro de Estudios Constitucionales*

Título : El Amparo Virtual.
Autor : Ramón Salas
Edición : Centro de Estudios Constitucionales.
Tribunal Constitucional.
Año : 2020.
Páginas : 224 pp.

Nuestro país, por diversas razones, suele ser un laboratorio donde constantemente la realidad evidencia situaciones en las que los derechos fundamentales de la persona, resultan objeto de discusión. Autoridades, funcionarios y también personas son emplazadas por los ciudadanos y es deber de los operadores jurídicos decidir si aquello por lo que se reclama justifica o no la cobertura dispensada por los procesos constitucionales de tutela, dependiendo la respuesta y la intensidad de la misma de la constatación real del agravio producido. Y en esta tarea participa, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional; el primero como defensor natural de los derechos fundamentales, el segundo, como protector excepcional pero también definitivo de los mismos.

Sin embargo, las actuaciones de la justicia constitucional se vuelven más mucho trascendentales en aquellos escenarios en los que la naturaleza de las circunstancias que rodean a un caso o la particular condición que aflige a los quejosos, justifican razonamientos de alguna manera especiales.

Para nadie es un secreto que la condición en la que nos ha colocado el estado de pandemia generalizada y la subsecuente excepcionalidad en la que hemos venido viviendo en los últimos tiempos ha supuesto diversos fenómenos no

precisamente deseables. Por un lado, la restricción de buena parte de los derechos fundamentales, por el otro, la desordinarización de los servicios públicos esenciales, entre ellos naturalmente, la del propio servicio de Justicia.

En este contexto y en la lógica de no generar situaciones de dramática desprotección, es que han ido abriéndose paso fórmulas de tramitación atípica muchas de ellas basadas en los soportes del mundo tecnológico como en la concepción de un derecho exento de ritualismos excesivamente formalistas. Y es así como de pronto y por la propia exigencia natural de las cosas, ha cobrado protagonismo la presencia de una modalidad de protección constitucional que ha venido en calificarse como amparo virtual.

Esta modalidad, *suigeneris* en su especie, ha estado asociada inevitablemente a casos de naturaleza urgente y no era difícil que así ocurriera si nos atenemos a específicos referentes proporcionados por el derecho comparado y a la contextualización de los mismos bajo la lógica de lo dispuesto por la propia Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 25, inciso 1), desde siempre ha proclamado que los instrumentos de protección interna deben responder a un grupo de características inevitablemente indispensables; la sencillez, la rapidez y la efectividad.

880

El texto del que aquí se da cuenta, es pues en síntesis el inventario de lo que ha sido el primer caso de un amparo tramitado dentro de la modalidad comentada. Con el mismo el Centro de Estudios Constitucionales, pretende evidenciar el derrotero de actuación y el propio razonamiento judicial tras las exigencias impuestas tanto por un caso especial como por las circunstancias que le rodearon, dejando muy en claro la fortaleza que puede adquirir el juzgador constitucional cuando se toma en serio su cometido de protección.

Desde siempre hemos abogado porque la justicia constitucional no se vea como un compromiso de simples palabras, sino como una vocación absolutamente garantista. Y esto último solo puede ser visible cuando se entiende que la bandera en la que aquella se sustenta poco tiene que ver con los ritualismos de ese procedimentalismo tradicional, tan arraigado entre nosotros, sino antes bien con un nítido e inobjetable perfil antiformalista. Sin este último, no tendría sentido hablar de unos valores realmente prioritarios, ni de una respuesta en clave auténticamente fundamental.

Para comprender el caso, no solo se han recogido lo que han sido las piezas esenciales del expediente, sino que se ha elaborado un estudio introductorio destinado a conocer los hechos que le dieron origen así como cada una de las decisiones en su momento adoptadas. Su finalidad en buena cuenta, es la de instruir al lector interesado, a la luz de la controversia resuelta, respecto del tipo de supuestos para los que el amparo virtual estaría preponderantemente instituido.

Por lo demás y como se dice en la presentación de la obra, no se busca que este caso quede retratado como un dato meramente estadístico u ocasionalmente noticioso, sino que se le conozca a plenitud como fiel ejemplo y eventual recomendación de lo que en adelante se espera del rol asumido por la justicia constitucional.

El Habeas Data en la actualidad. Posibilidades y límites

✎ ALFREDO ORLANDO CURACA KONG

Director de Investigaciones del Centro de Estudios Constitucionales

Título : El Habeas Data en la actualidad.
Posibilidades y límites.
Cordinador : Luis R. Sáenz Dávalos
Edición : Centro de Estudios Constitucionales.
Tribunal Constitucional.
Año : 2020.
Paginas : 510 pp.

883

En noviembre del pasado año 2020, en el marco de la colección “Doctrina Constitucional”, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, dirigido por el Magistrado Ernesto Blume Fortini, publicó la obra denominada “El habeas data en la actualidad. Posibilidades y Límites”, que reúne aportes de autores extranjeros y nacionales, quienes, con una mirada crítica y reflexiva, abordan desde diversas perspectivas el proceso de Habeas Data o las figuras similares en sus países, y desarrollan diversos aspectos relacionados con esta importante herramienta del Derecho, contribuyendo así al debate doctrinario.

Dicho colectivo contó con el inestimable apoyo de notables profesores extranjeros como Óscar Raúl Puccinelli, de Argentina; Alan E. Vargas Lima, de Bolivia; Martha Cecilia Paz, de Colombia; y Artur Ricardo Ratc, de Brasil; así como el de destacadísimos autores connacionales como Milushka Carrasco Gallardo, Luis R. Sáenz Dávalos, Leny Palma Encalada, Gonzalo Carlos Muñoz Hernández, Heidi Soraya Cárdenas Arce, María Candelaria Quispe Ponce, Susana Távora Espinoza, Bruno Novoa Campos, Lourdes Zamudio Salinas, Óscar Andrés Pazo Pineda, Sebastián Linares Luna, Enrique Pestana Uribe, Alfredo Orlando Curaca Kong, Astrid Kelly Cabezas Poma y Nadia Paola Iriarte Pamo.

Como primera contribución aparece el trabajo académico del doctor Óscar Raúl Puccinelli, titulado “Viejos y nuevos derechos. Viejos y nuevos tipos y subtipos de habeas data a propósito de las novedades aportadas por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea y los ‘Estándares’ de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD)”, en el que, teniendo en cuenta el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea y los “Estándares de protección de datos personales para los Estados Iberoamericanos” de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RGPD), hace una nueva clasificación del habeas data, que, como señala el autor, sirve a los operadores jurídicos a comprender perfectamente las posibilidades tutelares que nos brinda este proceso.

A continuación, el profesor Alan E. Vargas Lima, nos ofrece a través de su artículo “Del Hábeas Data a la Acción de Protección de Privacidad en Bolivia. Su evolución y desarrollo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional”, un repaso del proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales en el sistema boliviano, como paso previo al análisis de la regulación normativa del habeas data en Bolivia, que está reconocido en la Constitución de ese país con el nombre de “Acción de Protección de Privacidad”; para, seguidamente, escudriñar en su naturaleza jurídica, en su configuración constitucional y procesal, su ámbito de protección y describir finalmente la casuística más relevante sobre la materia.

884

La doctora Martha Cecilia Paz, en su interesante trabajo denominado “Ayer y hoy del Hábeas Data Financiero. El caso colombiano”, nos relata que con la expedición de la Ley 1266 de 2008, se dio un gran paso en la materialización del derecho al habeas data, que sirvió para que Colombia se vuelva más atractivo a las inversiones extranjeras, estando a la vanguardia de países con un nivel alto en cuanto a la protección de datos. Agrega, entre otros aspectos, que desde la vigencia de la mencionada norma, y gracias a un trabajo conjunto de la academia, la jurisprudencia y el cuerpo legislativo, se ha logrado determinar cuáles son las necesidades más urgentes de los colombianos en relación con la protección de datos personales en el sector financiero. Sin duda, los tópicos que se tratan, son de lectura obligatoria.

Desde Brasil, Artur Ricardo Rato, a través de su valioso aporte, denominado el “Hábeas Data en materia tributaria y repercusión ante los contribuyentes”,

realiza un pormenorizado análisis de la reglamentación del habeas data en su país, señalando que con su reglamentación quedaron más claras y objetivas algunas cuestiones. Nos muestra también las dificultades que en el tema tributario tienen los contribuyentes en el acceso a la información, ya sea por la omisión del fisco o por la falta de actos de rectificación, necesarios para mantener íntegramente el derecho de privacidad, como un derecho fundamental que necesita de protección especial.

Entre los autores nacionales, se aprecian también trabajos actuales, novedosos y muy recomendables, como el de Milushka Carrasco Gallardo, denominado “Orígenes y evolución del proceso de Hábeas Data”, el de Luis R. Sáenz Dávalos, rotulado “El ámbito de protección del proceso constitucional de Hábeas Data. Reflexiones sobre los derechos cuya tutela se le encomienda”; el de Leny Palma Encalada, denominado “El Hábeas Data en el Perú. Derechos protegidos, alcances y límites a la luz de la jurisprudencia constitucional”; el de Gonzalo Carlos Muñoz Hernández, sobre “La salvaguarda de los derechos fundamentales de acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa en el Perú en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Repaso de las líneas jurisprudenciales”; el de Heidi Soraya Cárdenas Arce, intitulado “El derecho de acceso a la información pública. Alcances y Límites”, el de María Candelaria Quispe Ponce, denominado “El derecho de acceso a la información pública como instrumento para garantizar los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia”; el de Susana Távara Espinoza, titulado “Hábeas Data de acceso a la información pública. Comentarios a la jurisprudencia STC Exp. N° 1508-2016-PHD/TC”; el de Bruno Novoa Campos, llamado “Breves apuntes sobre los principales autores y casos clásicos que dieron origen a la protección del derecho a la privacidad. A propósito del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.”; el de Lourdes Zamudio Salinas, rotulado “El derecho a la autodeterminación informativa. Algunos aspectos relevantes de su configuración desde el proceso de Hábeas Data”, el de Óscar Andrés Pazo Pineda, titulado “El derecho a la autodeterminación informativa en la era de la globalización”; el de Sebastián Linares Luna, sobre “La autonomía del derecho fundamental a la autodeterminación informativa”; el de Enrique Pestana Uribe, denominado “Hábeas Data y derecho al olvido: La ponderación entre el derecho a la autodeterminación informativa y la libertad de información”; el de Alfredo Orlando Curaca Kong, titulado “La información como problema. El derecho al olvido y su protección por el Hábeas Data”; el

de Astrid Kelly Cabezas Poma, llamado “El derecho al olvido en el proceso de Hábeas Data en el Perú”; y, finalmente, el de Nadia Paola Iriarte Pamo, que se llama “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la auto-determinación informativa”.

Todos estos, trabajos de actualidad que coadyuvan sobremanera al estudio de la institución del Habeas data, tan en constante desarrollo como producto de los avatares propios de la sociedad de la información. Indudablemente, una obra de revisión y difusión inexcusable.

