



TOMO I

COORDINADOR: JORGE LUIS CÁCERES ARCE



**XV CONGRESO
IBEROAMERICANO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**



**CONSTITUCIONALISMO:
DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA**

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio

LIBRO DE PONENCIAS

 **GrupoMéxico**
MINERÍA
SouthernPerú



Universidad Católica
de Santa María

XV CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONALISMO:
DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio
LIBRO DE PONENCIAS

Tomo I

Coordinador:
Jorge Luis Cáceres Arce



FONDO
EDITORIAL
UCSM

INSTITUTO IBEROMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

XV CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONALISMO:
DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio

LIBRO DE PONENCIAS

Tomo I

Miembros fundadores:

Manuel Barquín	Alberto Meneses-Direito (†)
Germán J. Bidart Campos (†)	Luis Pinto Ferreira (†)
Jorge Carpizo (†)	Humberto Quiroga Lavié
Héctor Fix-Zamudio (†)	Luis Carlos SÁCHICA (†)
Pedro José Frías (†)	Rolando Tamayo y Salmorán
Domingo García Belaunde	Diego Valadés
Jorge Mario García Laguardia (†)	Jorge R. Vanossi
Manuel García - Pelayo (†)	Enrique VÉSCOVI (†)
Mario Justo López (†)	

Sección Peruana

José F. Palomino Manchego

Presidente

Dante M. Paiva Goyburu

Secretario

IIDC 2022



XV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONALISMO: DEMOCRACIA A LA DEFENSIVA
Homenaje a Héctor Fix-Zamudio
LIBRO DE PONENCIAS
Tomo I

Comité editorial:

Presidente:

Jorge Luis Cáceres Arce

Integrantes:

Dante Paiva Goyburu

Jhonny Tupayachi Sotomayor

Julio Martín Fernández Huaranca

Editado por:

Universidad Católica de Santa María

Urb. San José s/n Umacollo

Arequipa - Perú

Fondo editorial de la Universidad Católica de Santa María

fondoeditorial@ucsm.edu.pe

Coordinador: Rubén Collazos Romero

Southern Peru Copper Corporation, sucursal del Perú

Av. Caminos del Inca Nro. 171

Urbanización: Chacarilla del Estanque

Santiago de Surco

Lima - Perú

Teléf. (01) 5120440, 987554662

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 2022-

ISBN:

Primera edición: septiembre 2022

Tiraje: 1000 ejemplares

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de:

Adrus D&L Editores S.A.C.

Calle San José N° 311 of. 314

Cercado - Arequipa

en el mes de septiembre de 2022

Diagramación:

José Luis Vizcarra Ojeda

jose.diagrama@gmail.com

Diseño de carátula:

Omar Suri

www.cromosapiens.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor y de los autores.

Comité editorial:

Presidente:

Jorge Luis Cáceres Arce

Integrantes:

Dante Paiva Goyburu

Jhonny Tupayachi Sotomayor

Julio Martín Fernández Huaranca

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

AREQUIPA: CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA..... 13

Manuel Alberto Briceño Ortega
Rector de la UCSM

PRÓLOGO..... 17

Jorge Luis Cáceres Arce
Presidente de la Comisión Organizadora
del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

JUICIO POLÍTICO Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

EL JUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ:

ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES 27

Domingo García Belaunde

EL JUICIO POLÍTICO COMO CONTROL POLÍTICO

EN ARGENTINA 45

Sergio Díaz Ricci

JUICIO POLÍTICO Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA:

REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA PERUANA 71

José F. Palomino Manchego
Dante Paiva Goyburu

LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE 95

Humberto Nogueira Alcalá

EL *IMPEACHMENT* EN EL CONTEXTO DE LA ACTUAL

CRISIS CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA 129

Jorge Madrazo Cuéllar

EL ANTEJUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ.....	157
Gustavo Gutiérrez-Ticse	

“LA INFRACCIÓN Y LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL
COMO MECANISMOS DE CONTROL POLÍTICO Y LOS
LÍMITES DE LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD
DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL”

REFLEXIONES SOBRE UN CASO EN DEBATE.....	183
Jhonny Tupayachi Sotomayor	

VACANCIA PRESIDENCIAL E INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES ORGÁNICAS

LA NECESIDAD DE REVISAR LAS CAUSALES PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN VEZ DE SEGUIR INSTRUMENTANDO LA VACANCIA POR INCAPACIDAD MORAL.....	217
Francisco José Eguiguren Praeli	

LA VACANTE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.....	239
Rubén Hernández Valle	

LA CONSTITUCIÓN COMO LA CAUSANTE DE LOS MALES Y LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS: UNA FALACIA POLÍTICA QUE ASOLA LATINOAMÉRICA.....	247
Gerardo Eto Cruz	

EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU CONTENIDO
PARA EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES EJECUTIVO-LE-
GISLATIVO

A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS N°0006-2018-PI/TC Y N°0006-2019-CC/TC.....	287
Carlos Hakansson Nieto	

LA VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA A TRAVÉS DE LOS CASOS	317
---	-----

Daniel Figallo Rivadeneyra

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE	339
--	-----

Fernando Berrios Gutarra

DERECHOS FUNDAMENTALES

LA EUTANASIA COMO DERECHO HUMANO	371
--	-----

Diego Valadés

NECESIDADES SOCIALES DE ATENCIÓN “EXIGIBLE” QUE GENERAN DERECHOS Y DEBERES ESENCIALMENTE POLÍTICOS	391
--	-----

Alejandro Pérez Hualde

LA VIDA DEBE CONCLUIR DIGNAMENTE	423
--	-----

William Herrera Áñez

IGUALDAD Y LOS DERECHOS PENDIENTES DE RECONOCER EN LATINOAMÉRICA.....	445
--	-----

Martha Helia Altabe

DERECHOS FUNDAMENTALES EN BOLIVIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19	465
---	-----

Sonia Eliana Roca Serrano

INDULTO Y AMNISTÍA, EN ARGENTINA.....	487
---------------------------------------	-----

Marta Susana Maldonado

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LATINOAMÉRICA: MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LA MEDICINA TRADICIONAL.....	507
Karen G. Añaños Bedriñana	
DESAFÍOS JURÍDICOS A PROPÓSITO DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE SALUD	529
James Fernández Salguero	
EL IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS EN EL ESTADO PERUANO.....	537
Luis Andrés Roel Alva	
LA IGUALDAD MATERIAL COMO FIN DEL ESTADO	563
Miluska Orbegoso Silva	

PRESENTACIÓN

AREQUIPA: CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

La Constitución Política es la carta fundamental de una Nación, es la expresión del pacto social que los ciudadanos suscribimos para convivir en democracia. Ninguna persona puede ser ajena a ella, aún menos los gobernantes, cuando esto sucede la democracia está en peligro, el país al acecho, nuestros derechos y garantías en zozobra.

De ahí la relevancia del lema «Constitucionalismo. Democracia a la Defensiva» bajo el que se desarrolló en septiembre de este año el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, coorganizado por la Universidad Católica de Santa María, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Convencida no solo de su importante rol en la formación de capital humano y la creación de conocimiento avanzado, sino también en la vinculación con la sociedad en favor de la equidad y el desarrollo, nuestra casa universitaria ha reactualizado la buena fama de la ciudad de Arequipa como Capital Jurídica del Perú y ahora también sede del Constitucionalismo Iberoamericano en el año 2022.

El legado de arequipeños ilustres como Francisco Xavier de Luna Pizarro y Pacheco, Toribio Pacheco y Rivero, José María Corbacho y Abril, Francisco García Calderón Landa, Francisco Mostajo Miranda, José Luis Bustamante y Rivero, Víctor Andrés Belaunde Diez Canseco, entre otros, da testimonio del calificativo singular, único e indiscutible de nuestra ciudad como capital de la jurisprudencia peruana.

Arequipa siempre tendrá laureles que renueven las lecciones históricas de libertad, derecho y dignidad. En este camino, nuestra casa superior de estudios ha dado pasos importantes y avanza firme gracias al trabajo académico de magistrados de tribunales y cortes constitucionales de Europa y América, de académicos, juristas e investigadores jurídicos de más dieciocho países iberoamericanos, de cincuenta expositores extranjeros y de un número similar de ponentes nacionales.

Me permito resaltar a los letrados Diego Valades, exprocurador general de la Nación de México; Domingo García Belaunde, padre del constitucionalismo peruano; Luca Mezzetti, profesor de la Universidad de Bolonia; Luis López Guerra, expresidente del Tribunal Europeo; Néstor Pedro Sagúes, maestro y exmagistrado argentino; y Eduardo Ferrer, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional tuvo 12 ejes temáticos en torno a los cuales giran las ponencias que presentamos compiladas en este libro: Jurisdicción Constitucional; Derechos Fundamentales; Interpretación Constitucional; Control de Convencionalidad; Cultura; Identidad y Pueblos Indígenas en la Constitución; Evolución y Transformación de los Derechos Fundamentales; Democracia Representativa; Autoritarismo y Crisis Estatal; Enseñanza del Derecho Constitucional e Historia Constitucional; Política y Derecho Internacional Humanitario; Constitución y Derechos frente a la Tecnología e Informática; Mujer y sus Derechos Constitucionales Inembargables; Género; Discriminación-Violencia Femenina; Regímenes Políticos Comparados; Régimen Constitucional-Económico.

La complejidad y amplitud de dichos temas han sido abordadas con rigurosidad académica y profesional durante los tres días de este gran evento jurídico bicontinental. Los dos tomos que presentamos contienen los resúmenes de todas las ponencias y conferencias; constituyen, por eso, un valioso aporte al estudio del derecho que la Universidad Católica de Santa María se honra en publicar.

Considero trascendental el compromiso de la Universidad Católica de Santa María en este magno Congreso, nunca tan acertado para la evolución de las democracias iberoamericanas y que estamos seguros será un aporte histórico al Constitucionalismo Iberoamericano.

Todo redunda en los principios y valores que tiene nuestra licenciada y acreditada Universidad, con más de 60 años de servicio a la comunidad.

Este magno congreso no habría sido posible sin la notable labor de la Comisión Organizadora, a cuyos miembros agradezco y reconozco por su esfuerzo, dedicación y apasionamiento institucional que ratifican plenamente nuestro liderazgo en la vida universitaria.

Arequipa, septiembre 2022

Manuel Alberto Briceño Ortega
Rector de la Universidad Católica de Santa María

PRÓLOGO

El Derecho Constitucional es la disciplina que está reservada al estudio y al desarrollo doctrinario, histórico, jurisprudencial y consuetudinario del Estado y de la Nación; como instrumento aliado en que descansa toda sociedad libre y digna.

Esta especialidad del derecho, esencializa la democracia para que las colectividades aprendan a convivir y se logren el desarrollo personal y corporativo. Ello se soporta en derechos, garantías y deberes que han sido producto de procesos políticos y dinámicas sociales.

Para consolidar y consustanciar las teorías en dicha materia la comunidad académica y profesional presenta el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, bajo el lema “Constitucionalismo. Democracia a la Defensiva”, organizado por la Universidad Católica de Santa María a través de su Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, catalogada por sus generaciones de certificados, laureados, juristas y letrados en seis décadas de calidad, prestigio y profesionalidad.

También por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, legión de precursores y procuradores constitucionalistas peruanos, liderados por el pedagogo eterno Domingo García Belaunde e integrada por mujeres y varones ilustrados por el pensamiento motivado en la cautela interminable del Estado Constitucional y sus valores cívicos e históricos. Igualmente, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, inspirado por el maestro mexicano Héctor Fix Zamudio (1924-2021), profesor de la Universidad Autónoma de México por más de cuarenta años, precursor y mentor del Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos.

El doctor Fix tiene méritos y reconocimientos de alto nivel: Premio de Investigación de la Academia Mexicana de Ciencias; Premio Nacional de Historia en Ciencias Sociales y Filosofía; Doctor Honoris Causa por la Universidad de Sevilla, 30 años de investigador en Ciencias Jurídicas; Premio Unesco por su enseñanza en Derechos Humanos; Premio Nacional de Jurisprudencia, Profesor Honorario de la Católica de Santa María; por mencionar algunos.

“La responsabilidad pública consiste en remediar las deformaciones institucionales que dan origen a la pobreza, a la violencia, la arbitrariedad y la corrupción”; reza una de sus destacadas frases. Por si fuera poco, fue también durante 15 años Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica.

El maestro Fix Zamudio fue un ejemplo, un modelo, un intelectual a seguir; por eso es el personaje del XV Iberoamericano.

Además, contamos con el patrocinio académico del Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial y la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Por supuesto, por el nivel del Congreso se ha recibido la respuesta positiva de prestigiosas empresas privadas de la República mestiza.

Este magno evento se gestó en mayo del 2019 en la reconocida Universidad de Buenos Aires (UBA) y contó con el decidido respaldo de Ernesto Blume y Domingo García, quienes sustentaron que la sede sea nuestro país, dada la coincidencia del Bicentenario de la Independencia Nacional; lamentablemente la pandemia impidió ello. Fue reprogramado para este año.

Debo resaltar que la fecha coincide con el 20 de septiembre de 1822, cuando se instaló el Primer Congreso Constituyente Peruano, presidido por el insigne sacerdote, político y abogado arequipeño Francisco Xavier de Luna Pizarro y Pacheco.

La actividad se cumplirá entre el 22 y el 24 de setiembre en las instalaciones de la Universidad Católica de Santa María, en su sede de Umacollo, donde intervendrán más de 60 expositores extranjeros de 18 naciones de Europa y América Latina y cerca de 40 ponentes peruanos, abordando doce ejes temáticos.

La decisión del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional fue unánime y se escogió a la Universidad Católica de Santa María de

Arequipa por sobradas razones: sesenta años de fundación de nuestra casa universitaria, por su demostración organizativa en el VIII y IX Congresos Nacionales de Derecho Constitucional (2005 y 2008) y los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Procesal Constitucional IV, V, VI y VII (2013, 2014, 2018 y 2021), en compañía del Colegio de Abogados de Arequipa.

En la presentación del libro nuestro Rector de la UCSM ha destacado expresamente que Arequipa fue, es y será la Capital Jurídica del Perú.

Esta publicación oficial del XV Congreso está organizada en dos tomos que se estructuran por siete temas: Juicio Político y Acusación Constitucional (7 artículos); Vacancia Presidencial e Instituciones Constitucionales Orgánicas (6 artículos); Derechos Fundamentales (10 artículos); Reforma y Jurisdicción Constitucional (16 artículos); Control de Convencionalidad y Sistemas Supranacionales (5 artículos); Democracia Representativa, Autoritarismo y Crisis Estatal (9 artículos) y Estado Federado y Estado Unitario (3 artículos).

En total 57 ensayos redactados con rigurosidad, pertinencia y suma actualidad, con lo cual estamos ante el aporte válido y vigente en la materia constitucional de expertos de Europa y América.

Es inevitable mencionar la coyuntura política penosa que vive nuestra patria; aunque no es en *strictu sensu* circunstancial. Es un deterioro paulatino al que solamente lo puede salvar la institucionalidad; por eso cobra fuerza la frase motivadora del XV Iberoamericano: “Constitucionalismo. Democracia a la Defensiva”.

Porque estamos convencidos que la ciudadanía es una construcción cotidiana, firme y ética.

Porque estamos persuadidos que la democracia es un medio para el progreso, en la que el ciudadano hace política, participa, se hace responsable de sus acciones.

Porque estamos convencidos que la herencia intelectual de Arequipa es justamente mantenerse en ese “baluarte de la libertad” y que la historia testimonia y nos ha reservado como legado en forjadores del derecho constitucional.

Porque ésa es la labor de la Universidad, con tolerancia, responsabilidad, ética, libertad y honestidad.

Sin duda nuestro agradecimiento al Presidente del Instituto Iberoamericano, Diego Valadés, por su aliento sincero y el reconocimiento a su cátedra ilustrada.

A la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en su Presidente Víctor García Toma, por su fraterno liderazgo.

A la Universidad Católica de Santa María y a su primera autoridad, Manuel Alberto Briceño Ortega, por el decidido respaldo institucional.

A la Comisión Organizadora, por su dedicación inigualable.

Y, por supuesto, a Southern Perú por su auspicio financiero que contribuye a que usted tenga en sus manos estos volúmenes interminables que contienen miles de palabras inspiradas por intelectuales de distintas lenguas, distintas etnias, diversas nacionalidades; empero, todos con un ideal: la defensa inquebrantable del orden constitucional y de sus principios.

Termino con lo que sentenciaba el destacado constitucionalista arequipeño Enrique Chirinos Soto: “A la larga, la ley, el derecho, la Constitución, la libertad, la democracia: en una palabra, ganan siempre la partida”.

Arequipa, primavera del 2022.

Jorge Luis Cáceres Arce*
*Presidente de la Comisión Organizadora
del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*

* Vicerrector Académico de la UCSM. Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Exdecano del Colegio de Abogados de Arequipa. Fue Vicepresidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Exconsejero de la Academia de la Magistratura. Y se desempeñó como Regidor Provincial de Arequipa.
jaceres@ucsm.edu.pe



**Universidad Católica
de Santa María**

“IN SCIENTIA ET FIDE EST FORTITUDO NOSTRA”

(En la ciencia y en la fe está nuestra fortaleza)

SE NOMBRA COMISIÓN ORGANIZADORA DEL “XV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL”. -

RESOLUCIÓN No. 28525-R-2022

Arequipa, 2022 mayo 24

Visto el Of. No. 078-2022-FCJYP/IVABDC suscrito por los señores Decano (e) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco;

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Resolución N° 28512 de fecha 19-05-2022 se aprobó la ejecución del “XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional” mismo que viene siendo organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional a llevarse a cabo del 22 al 24 de septiembre del 2022;

Que, con Of. No. 078-2022-FCJYP/IVABDC suscrito por los señores Decano (e) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco, se solicita se emita Resolución designando la Comisión Organizadora del “XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, adjuntando para tal efecto la lista detallada de los integrantes;

Que, en tal sentido, corresponde emitirse la Resolución de nombramiento correspondiente;

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 89, inc. C) del Estatuto de la Universidad;

SE RESUELVE:

PRIMERO

Nombrar la Comisión Organizadora del “XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional” aprobado por la Resolución No. 28512-R-2022, según lo detallado en la relación que forma parte de esta Resolución.

SEGUNDO

Los Vicerrectorados Académico, Administrativo y de Investigación, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco, se encargarán del cumplimiento e implementación del presente.

Regístrese y comuníquese.



DR. MANUEL ALBERTO BRICEÑO ORTEGA
RECTOR
Universidad Católica de Santa María

XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

FILIACIÓN DE ORGANIZADORES Y RESPONSABLES

Presidentes Honorarios del Congreso Iberoamericano:

1. Domingo García Belaunde
2. Francisco Eguiguren Praeli
3. Ernesto Blume Fortini
4. Miguel Vilcapoma Ignacio
5. Víctor García Toma

Presidente Ejecutivo:

Jorge Luis Cáceres Arce

Vice Presidentes:

1. Susana Castañeda Otsu
2. José Palomino Manchego
3. Gerardo Eto Cruz
4. Luis Saénz Dávalos
5. Carlos Hakanson Nieto

Director Ejecutivo:

James Fernández Salguero

Asistentes

Karen Isabel Florez Chilo
Andrés Zúñiga Najarro
Franco Farro Lozada

Secretarios Ejecutivos:

- ✓ Jhonny Tupayachi Sotomayor
- ✓ Bruno Novoa Campos

Tesorero:

Gerardo Zegarra Flórez

Directores Institucionales:

- ✓ Susana Távara Espinoza (Tribunal Constitucional)
- ✓ Paola Ordoñez Rosales (Tribunal Constitucional)
- ✓ Eduardo Meza Flores (Ministerio Público)

- ✓ Javier Fernández- Dávila Mercado (Poder Judicial)
- ✓ José Alfredo Lovón Sánchez (Universidad Católica de Santa María)
- ✓ José Suárez Zanabria (Universidad Católica de Santa María)
- ✓ Marco Falconí Picardo (Universidad Católica de Santa María)

Coordinación Libro de Ponencias:

- ✓ Dante Paiva Goyburu (Coordinador de edición)
- ✓ Jhonny Tupayachi Sotomayor
- ✓ Julio Fernández Huaranca

Vocales:

- ✓ Milagros Campos Ramos
- ✓ Saulo Peralta Franzis
- ✓ Nadia Iriarte Pamo
- ✓ Luis Roel Alva
- ✓ Pedro Grandéz Castro
- ✓ Víctor Boluarte Medina
- ✓ Boris Espezúa Salmón
- ✓ Fernando Berrios
- ✓ Luis Valdivia Salazar
- ✓ Max Murillo Celdán

Coordinación de Talleres:

- ✓ César Pastor Briceño (Coordinador General)
- ✓ César del Carpio Ugarte
- ✓ Lelia Lazo Cornejo
- ✓ Benjamín Carrasco del Carpio
- ✓ Julio Fernández Huaranca
- ✓ Eduardo Rivera García
- ✓ Jhosep Wilfredo Viza Colquehuanca

Coordinación de Protocolo:

- ✓ Maria Gracia Valdivia Corzo

**JUICIO POLÍTICO
Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL**

EL JUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES*



Domingo García Belaunde**

Sumario: 1. El nombre y su significado. 2. ¿Parlamentaria o presidencial? 3. ¿Es ineficaz el presidencialismo? 4. Su naturaleza política. 5. El debido proceso. 6. Otros modelos existentes. 7. Características. 8. Lo que da pie a un “*impeachment*”. 9. El caso peruano. 10. Las distorsiones del Tribunal Constitucional. 11. Algunos peligros que la institución conlleva. 12. ¿Dónde ubicar el juicio político? 13. ¿Y la vacancia presidencial? 14. La “incapacidad moral permanente”. 15. ¿Y los delitos comunes? 16. Consideraciones finales.

* El presente escrito afina y actualiza textos anteriores míos ya publicados, cf. **Tiempos de constitucionalismo**, Gaceta Jurídica, Lima 2021, caps. 26, 35 y 36. Como quiera que el “*impeachment*” norteamericano ha sido el referente obligado del “juicio político” existente en nuestra América, es bueno tenerlo presente, lo cual no es fácil, pues la literatura latinoamericana es exigua y generalmente de segunda mano. Un excelente y accesible resumen de la problemática, cf. Cass R. Sunstein, *Impeachment. A citizen’s guide*, Harvard University Press, Camb. 2017. La opinión corriente en la doctrina peruana puede verse en Víctor García Toma, **Legislativo y Ejecutivo en el Perú** Gaceta Jurídica, Lima 2022, pp.214-245

** Doctor en Derecho. Ejerció la presidencia de la Academia Peruana del Derecho. Presidente Honorario de la APDC. Ex docente de la PUCP.

El concepto de “juicio político” es de vieja data, pero curiosamente no es muy conocido y además es poco tratado por la academia, lo que se refleja en la escasa bibliografía que existe sobre la materia en nuestro medio y también en nuestro entorno geográfico. Pero el tema ha resurgido en los últimos años en la América Latina, como se comprueba con el hecho de las acusaciones contra presidentes en nuestra región. Un caso reciente se ha dado en el Brasil con la deposición de Dilma Rousseff, lo que ha dado pie en ese país a un debate interesante, que lentamente se expande en nuestro entorno. Mi intención en esta oportunidad es hacer un breve repaso de la problemática, sus antecedentes históricos y la manera como se desarrolla en la vigente Constitución peruana de 1993. Así como algunas precisiones a versiones que, en mi opinión, no se compadecen con la institución.

1. El nombre y su significado

El concepto como tal tiene su origen en el siglo XIX y ello como traducción, algo libre, del vocablo “*impeachment*” que viene de la práctica inglesa del siglo XIV y aun antes. En efecto, si bien el término “*impeachment*” es algo impreciso en su traducción, se entiende por ello todo un procedimiento con sus diversas etapas, que busca hacer efectivas las responsabilidades políticas de los altos funcionarios y que conlleva una acusación. Así, en sus inicios en Inglaterra, siendo el Rey inviolable y no responsable de sus actos, esto iba contra sus asesores o altos funcionarios que lo rodeaban. Y daba pie a una acusación – que es en el fondo lo que está detrás de todo esto – que iniciada en la Cámara de los Comunes culminaba en la Cámara de los Lores, que emitía una especie de sentencia o resolución judicial que podía privar de la libertad, los bienes y hasta la vida del acusado.

En esa época y hasta hace poco, la Cámara de los Lores era al mismo tiempo una corte máxima de justicia que fallaba en última instancia sobre determinados temas resueltos por los jueces del Reino Unido. Todo esto ha ido transformándose lentamente, en especial con la acentuación del régimen parlamentario en Inglaterra, que encontró otros medios más prácticos para el control político, y dejó de lado la institución. El “*impeachment*” ha caído en desuso desde 1806, pero antes de eso fue exportado a los Estados Unidos, que lo incorporó a su Constitución de 1787 con matices. Y desde ahí se extendió al resto de la América Latina, del que

se ha hecho uso frecuente en los últimos tiempos, si bien no tanto como aparentemente parece.

Esta institución como era de prever, fue objeto de diversos comentarios en manuales publicados en inglés en el siglo XIX sobre la constitución norteamericana, casi todos traducidos al castellano y entre los que destacan los de Josep Story y Thomas Cooley. Del primero hubo traducción no solo al castellano, sino al francés y al portugués – en el Brasil – por lo que puede decirse que fue quizá el más citado y el de mayor influencia. Lo cierto es que cuando en el idioma inglés se menciona la palabra “*impeachment*” se traducía como “juicio político” y así fue entendido en nuestro ámbito iberoamericano. Esto es, algo parecido a un juicio –proceso o procedimiento diríamos hoy –pero que tiene alcances políticos. Y así se hizo, pues lo que nos llegó fue la versión norteamericana y no la inglesa, que como decimos, estaba desactivada desde 1806. Y que se movía, además, dentro de otros supuestos.

La institución nos vino de la experiencia norteamericana y ese fue el nombre que se adoptó. Pero añadamos: ese fue el bautizo doctrinario. Pues a nivel de la dogmática, o sea, de los textos, se usó el de “acusación” o “acusación constitucional”. Téngase presente que la acusación es solo un primer paso, pues a ella le sigue todo un procedimiento que puede durar semanas e incluso meses, que es un trámite en donde se analizan diversas cuestiones y finalmente se adopta una decisión.

2. ¿Parlamentaria o presidencial?

En alguna oportunidad se ha dicho que esta institución es propia de los regímenes parlamentarios y en consecuencia, es extraña al régimen presidencial. Se trata de un aserto a medias. En efecto, originalmente fue una institución nacida dentro de una monarquía absoluta como era el Reino Unido, que fue transformándose lentamente en un régimen parlamentario y que culminó o terminó de afinarse a principios del siglo XIX. Esto prácticamente coincidió con la desaparición del “*impeachment*”, con lo cual se dio la situación paradójica de que cuando se perfilaba una forma de gobierno, la institución desaparecía.

Sin embargo, poco antes, el “*impeachment*” se trasladó a América y se incorporó, con ajustes, en la Constitución de 1787 que la hizo suya. Y de ahí voló al resto del continente y así figura hoy en las constituciones

latinoamericanas. Hay que tener presente que la constitución norteamericana creó el sistema presidencial de gobierno, que ha tenido tan vasta influencia. Por tanto, puede decirse sin temor a errar, que el “*impeachment*” hoy por hoy y en nuestra área, es netamente presidencial.

3. ¿Es ineficaz el presidencialismo?

A mediados de la década de los noventa del siglo pasado, un notable sociólogo, Juan José Linz, español de origen, pero radicado en los Estados Unidos, dedicó largo esfuerzos a demostrar que todos los problemas de la América Latina se solucionarían volcándose al modelo parlamentario, que era la solución de todos nuestros problemas. Criticó el presidencialismo como causa de nuestra inestabilidad y poco desarrollo político y que, además, era propenso al autoritarismo y cuyo inminente colapso anunció en forma apocalíptica. El tema fue planteado con mucha persistencia y acompañado de sociólogos y politólogos en numerosos debates. Cautivó sobre todo a los científicos sociales, pero no llegó a seducir a los juristas. Pero en el lado politológico le salió al frente Dieter Nohlen, quien puso las cosas en su sitio. Aún más, demostró que un sistema no se cambia como se hace con una camisa y que el sistema presidencial es el que más calza con nuestra idiosincrasia.

Pues bien, la puesta en práctica del “*impeachment*” en nuestros países, sobre todo en los últimos treinta años, demuestra que los presidentes no eran tan intocables como parecía y además que los congresos tienen fuerza, la que llegado el caso les permite reemplazar a un presidente o alto funcionario del Estado. Los años y las experiencias recientes han hecho que la tesis de Linz, quizá impecablemente construida desde postulados teóricos, chocara con los hechos, los que en la práctica se resistían a tales postulados, demasiado abstractos. El debate, por cierto, dejó de tener interés, y no ha dejado huella alguna.

4. Su naturaleza política

En su versión inglesa - mientras existió - era un trámite o si se quiere un proceso de carácter jurisdiccional -prácticamente de orden penal - que nació al interior de una monarquía absoluta y que se mantuvo cuando el sistema se enrumbó al parlamentarismo -lo que empieza en 1688 -. Para desaparecer, precisamente, cuando el parlamentarismo se consolida a principios del siglo XIX.

Por el contrario, los Estados Unidos, creador del sistema presidencial de gobierno, hizo suya esta institución propia de una monarquía parlamentaria sin problema alguno, pero la modificó en sus alcances. Es decir, nacida o en todo caso desarrollada dentro de una monarquía que fue parlamentarizándose, no tuvo ningún problema en insertarse en un modelo presidencial y republicano. Y con un sistema de separación de poderes que no existía en Inglaterra. Y eliminando además su carácter sancionador penal.

Y la traducción no está mal, pues lo que se decide es algo de naturaleza política. Es una sanción de esa tesitura, pues de existir delito, queda el acusado en manos del Poder Judicial para lo pertinente. Es decir, sale del Legislativo y pasa al órgano jurisdiccional para otros fines.

No obstante lo señalado, los ordenamientos establecen adicionalmente la “inhabilitación” para volver a ocupar un cargo público, generalmente por un plazo determinado, lo que ha motivado que algunos comentaristas señalen que este es un rezago “jurisdiccional” de la institución, pues la “inhabilitación” es una pena o algo parecido a eso. No participo de esa postura, que nace dentro del Derecho Penal moderno, pues en sus orígenes nunca fue considerado así. Aún más, no tiene carácter accesorio sino principal y solo tiene alcance político, lo cual es una nota del constitucionalismo moderno que está por encima de las categorías penales. El proceso, procedimiento o juicio político sigue siendo eso: político. Y existió y se desarrolló cuando el Derecho Penal como ciencia estaba en pañales.

5. El debido proceso

El concepto de debido proceso o mejor dicho “debido proceso legal”, nace propiamente en la Constitución norteamericana de 1787, si bien con antecedentes en el derecho inglés, que se remonta a la Carta Magna de 1215 donde se menciona un equivalente: la “ley de la tierra”.

Fue pensado inicialmente para el proceso penal, pues es aquí en donde están en riesgo los valores más apreciados para el ser humano, como es todo lo relacionado con su libertad, su vida y sus bienes. Esto implica todo un trámite detallado, en donde las acusaciones deben tener sustento, existir un derecho de defensa y la posibilidad de efectuar los descargos correspondientes. Y, además, con una serie de presupuestos tales como aquel que señala que la duda favorece al acusado, que no hay retroactividad en la norma sancionadora, que no existe delito sin ley, entre otros.

Con el tiempo, esto pasó a las demás aéreas del Derecho y en sus respectivos procesos. Incluso en aquellos más acotados que se llevan ante la Administración y ante asociaciones privadas. Indudablemente, esto no significa que todos sean idénticos, sino que son adecuados a lo que es cada área o zona del derecho. Y siempre con un mínimo: existencia del contradictorio, de la defensa, discusión y resolución final.

En el caso del *"impeachment"*, nacido y desarrollado en los Estados Unidos, esto fue así, como lo demuestran los hechos y rescatando el dato de que cuando una acusación constitucional es contra al presidente de la República, quien preside las sesiones es el presidente de la Corte Suprema.

Indudablemente, el debido proceso en un *"impeachment"* no es igual al de un proceso penal - como lo han querido ver algunos analistas - sino uno que sea adecuado a la naturaleza de ese proceso, o mejor quizá, procedimiento, en donde lo que está en juego no es sentenciar a nadie, pues eso no corresponde a un órgano político como es el Congreso, sino proceder a una destitución e inhabilitación por la comisión de faltas graves o inconductas. Y esto implica un mínimo que consiste en la formulación de cargos, levantar o refutar esos cargos, discusión en torno a ello implicando el derecho de defensa que puede incluso hacerlo un abogado. Y finalmente, una sanción que se adopta por una mayoría calificada.

En síntesis, pese a existir algunas excepciones como es el caso de República Dominicana, en una acusación constitucional debe existir un debido proceso, si bien acotado.

6. Otros modelos existentes

Como hemos expresado en otra oportunidad, al afianzarse el parlamentarismo en el Reino Unido, el *"impeachment"* desapareció o dejó de usarse. Lo mismo sucede en la Europa continental, en donde el parlamentarismo tiene sus propios mecanismos de control y las responsabilidades políticas las ve el propio congreso y los delitos un tribunal que puede ser el constitucional u otro. En paralelo, el *"impeachment"* se convirtió en los Estados Unidos en un instrumento modernizado y por su influencia se trasladó a los demás países de nuestra América Latina como un mecanismo de control parlamentario que opera al interior de regímenes presidenciales de diverso tipo. El segundo

camino es el francés, que es muy peculiar, sobre todo por su evolución y alcances y que hoy está concentrado en la “Alta Corte de Justicia” que solo ve los casos de traición a la patria del presidente de la República, y por otro la “Corte de Justicia de la República” creada en 1993, encargada de enjuiciar a los ministros y secretarios de Estado. Finalmente tenemos el modelo kelseniano o austriaco que opera en el resto de Europa, que encarga el enjuiciamiento del presidente de la República y de los altos funcionarios a la corte o tribunal constitucional (así en Italia y en Alemania).

Como podemos apreciar, quizá los más coherentes sean el modelo americano – nacido a fines del siglo XVIII y que tuvo escasa influencia en la Europa de esa época – y el modelo kelseniano o austriaco, que nace en la década del 20 del siglo pasado. Lo que podemos llamar modelo francés es en realidad un amasijo de cosas dispersas, fruto quizá de la agitada política francesa de los dos últimos siglos y un poco del prurito de originalidad de su clase política.

7. Características

Como he adelantado líneas arriba, lo principal del juicio político, es que es un control que se hace desde el parlamento y que puede iniciar un miembro de éste o alguien de fuera. Y que pretende poner en entredicho a un alto funcionario, generalmente presidentes, ministros de estado, congresistas, jueces de alta categoría, etc. a los cuales se les ha dotado de una protección especial. Adicionalmente, se deja fuera el aparato judicial que podría intervenir con posterioridad, si es que de por medio estuviesen hechos lindando con lo delictivo.

Por lo mismo que es un acto político, que proviene de un poder político y cuyas sanciones son de igual tipo, es que no cabe aquí el control jurisdiccional, y así lo ha expresado la jurisprudencia norteamericana al respecto. En algunos casos, el Poder Judicial o, mejor dicho, la Corte Suprema interviene, pero solo en casos formales o de procedimiento. Y sin descartar la situación especial de Bolivia, en donde el enjuiciamiento lo hace el Tribunal Supremo de Justicia, previo acuerdo de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

8. Lo que da pie a un “*impeachment*”

Tradicionalmente, lo que da inicio a un “*impeachment*” son motivos muy diversos. En los Estados Unidos, que es nuestro referente, la Constitución (artículo II, sección 4) señala las siguientes causales:

- i) “**treason**”, traición.
- ii) “**bribery**”, cohecho o simplemente soborno.
- iii) “**highs crimes**”: delitos graves.
- iv) “**misdemeanors**”: faltas o inconductas.

Las primeras tres modalidades se entienden bien, más aún teniendo en cuenta que vienen de un inglés algo arcaico del siglo XIV. La cuarta y última dice textualmente “misdemeanors” de traducción discutida, pero que se refiere en general a conductas impropias o indebidas, actos desdorosos de la función, comisión de ilícitos aun cuando no tengan sanción especial y en especial todo lo que atenta contra el gobierno de los Estados Unidos. Aun así, el “*impeachment*” en los Estados Unidos ha sido empleado muy raramente y nunca alcanzó a un presidente de la República, si bien se intentó en más de una oportunidad (Andrew Johnson en el siglo XIX, tras el asesinato de Lincoln y en el siglo XX Richard Nixon que renunció a tiempo, Bill Clinton, que se salvó en el Senado pues no se alcanzaron los votos requeridos y parecido fue el reciente caso de Trump, que ya estaba de salida).

9. El caso peruano

La Constitución vigente de 1993 establece la acusación constitucional contra los altos funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y por infracciones de la Constitución. El sentido de “infracción constitucional” es muy amplio y difícil de definir y por ende su encuadramiento no es fácil. Puede dar pie incluso a interpretaciones subjetivas. Y esto alcanza a todos. Pero lo curioso es que el presidente de la República aparece blindado, ya que **solo puede ser acusado** durante su periodo por:

- i) Traición a la patria.
- ii) Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o en su defecto no retornar dentro del plazo que le sea otorgado.
- iii) Impedir el funcionamiento del Congreso o disolverlo indebidamente con excepción de los casos previstos expresamente.
- iv) Impedir o entorpecer las elecciones generales, regionales o locales, así como el funcionamiento de los órganos electorales responsables de ello.

De esto se desprende que en el Perú el blindaje del presidente es casi absoluto. Y por eso es que mientras son cientos las denuncias de acusación constitucional contra congresistas, ministros de estado, jueces supremos, etc. prácticamente no existen denuncias contra el presidente.

Ahora bien... ¿Cómo se salva este blindaje o cómo se le da la vuelta? Con la vacancia presidencial prevista en el art. 113, inc.2 de la Constitución, que dice que procede la vacancia del presidente “por incapacidad moral permanente”, entendiéndose por “moral” toda inconducta que afecte su alta investidura. Esto fue lo que precisamente se intentó con el presidente Kuczynski en diciembre de 2017, que terminó con su renuncia a la presidencia en marzo de 2018. Y se concretó con la vacancia del presidente Vizcarra en noviembre de 2020. De tal manera que esta modalidad en el fondo es parte de un juicio político bien entendido.

El esquema peruano de “acusación constitucional” es el clásico:

- i) acusación.
- ii) votación calificada.

Sus resultados son:

- i) suspensión,
- ii) destitución,
- iii) inhabilitación política.

Y esto al margen de cualquier otra **responsabilidad penal** que lo puede ver el Poder Judicial. Esto que es tan simple, ha dado origen a toda una literatura interesante pero innecesaria, motivada por errores en el punto de partida y por deficiente información. Responsable de esta situación es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha opinado sin conocimiento de la institución y embrollado aún más las cosas.

Haciendo un resumen de los alcances del juicio político en nuestra Constitución tenemos:

- a) los artículos 99 y 100 de la Constitución, que precisa en términos generales la “acusación constitucional”.
- b) la vía excepcional prevista en el artículo 117 de la Constitución que señala los únicos casos en que un presidente “puede ser acusado” durante su mandato.

- c) La vacancia por “incapacidad moral permanente” prevista en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución con un trámite abreviado, si bien tiene la misma naturaleza y fines que los demás. Lo moral significa lo que **mores** en su raíz latina, o sea, usos y costumbres.

10. Las distorsiones del Tribunal Constitucional

En diversas sentencias a lo largo del tiempo, el Tribunal tiempo, dando verdaderos palos de ciego, ha creado un pastiche que consiste en los siguiente:

- i) **antejuicio**: cuando la acusación del Congreso lleva a la suspensión o a la remoción del cargo en vista de la probable existencia de delitos, en cuyo caso corresponde que todo lo vea el Poder Judicial. Por eso le dicen antejuicio...o sea, antes del juicio penal en forma.
- ii) **juicio político**: cuando la acusación lleva a la remoción, suspensión o inhabilitación y nada más. Con lo cual el juicio es solo eso: político.

Esta bifurcación es “creación heroica” del Tribunal Constitucional, pues en ninguna parte se hace esta distinción, que es caprichosa e insustancial. Nadie en la doctrina inglesa o norteamericana ha incurrido en tamaño desatino. Lo que existe es una “acusación” y de ahí pueden derivar sanciones que da el Congreso de naturaleza política y eventualmente y en forma adicional la remisión a un proceso judicial, con lo cual se salió del ámbito congresal y nada más. En el fondo se trata de un solo proceso con dos resultados y nada más (STC 3760-2004-AA/TC, STC 0006-2003-AI/TC; STC 2440-2007-PHC/TC; STC 5068-2006-PHC/TC).

Lo que hay que tener presente, por tanto, es que lo que consagran los artículos 99 y 100 de la Constitución es el “juicio político” que tiene distinto destino final si es que hay delitos en la acusación: si los hay, todo pasa al Poder Judicial: caso contrario, queda todo en el Congreso. Y por otro lado la “vacancia”, que en rigor es parte del juicio político, pero que por tradición se le ha dado entre nosotros otro trámite y otra ubicación normativa.

11. Algunos peligros que la institución conlleva

Uno de los problemas que puede suceder en estos procedimientos, es la falta de objetividad o si se quiere la eventual subjetividad o peor, el libre

juego de las pasiones que en política son numerosas. Este problema no existe cuando se trata de delitos tipificados, pero no es así cuando existen conceptos algo indeterminados que hemos visto que nacen en los Estados Unidos, con el “misdemeanors”, de difícil pero muy flexible traducción. Esto se repite en varios de nuestros ordenamientos que hacen referencia a actos indecorosos, infracciones constitucionales, hechos graves, mala conducta y similares.

Esto es inevitable y en última instancia existe o puede existir un grado de subjetividad, lo cual reclama una alta conciencia política y un claro sentido de responsabilidad por parte de los legisladores. Se trata de recursos inevitables en todo tipo de gobiernos, en donde siempre alguien al final tiene la última palabra. No cometer errores es imposible, pero debe hacerse el esfuerzo para que se reduzcan al mínimo.

12. ¿Dónde ubicar el juicio político?

Aun cuando no ha habido mayor debate, hay cierto consenso en que el juicio político en cuanto tal, y en concreto las acusaciones constitucionales contra altos funcionarios que se llevan al interior del órgano legislativo, son armas de control político y, en consecuencia, son parte del quehacer parlamentario y en ciertos casos se integran en un apartado sobre el estatuto parlamentario, cuando lo que está en cuestión es algo relacionado con un miembro del parlamento o congreso. En tal sentido, se está abriendo paso la idea de que existe un Derecho Parlamentario, del cual tenemos publicaciones periódicas, manuales, monografías o libros de textos, cursos universitarios y jornadas de estudio. Digamos que, a nivel pragmático, se acepta que es una disciplina autónoma, si bien puede discutirse si lo es académicamente hablando. En tal sentido, se habla de disciplinas tales como el Derecho Electoral, del cual también se ha dicho mucho. Pero es algo que amerita una mayor reflexión.

Aspecto importante es lo que han señalado algunos autores, en el sentido de que el “juicio político” sería parte de una nueva disciplina, ya asentada en la América Latina, cual es el Derecho Procesal Constitucional. En lo personal, no comparto este criterio, si bien entiendo que todo depende de qué se entienda por “derecho procesal constitucional”. Si conceptuamos que es aquello que básicamente se orienta al desarrollo y teorización de los procesos constitucionales – sus principios, sus alcances, los órganos que la administran, etc. - es obvio que ello no es un proceso constitucional, sino en todo caso un “procedimiento” que se lleva

al interior de un órgano político y cuyas sanciones, por así decirlo, son políticas. Una disciplina procesal necesita apoyar, conocer e implementar una disciplina sustantiva- en este caso el Derecho Constitucional - pero no con un procedimiento que, además, es y tiene básicamente consecuencias políticas. Con el agregado de que, acabado el juicio político, podría eventualmente abrirse paso la vía jurisdiccional ante el órgano judicial, en donde sí tendríamos un proceso en forma, generalmente penal, sometido a las leyes procesales penales. No veo por donde el "juicio político" pueda presentarse como un "proceso constitucional".

Lo más adecuado en relación a su ubicación, es que el juicio político - por lo menos en nuestra tradición latinoamericana - debe ser considerado como parte del Derecho Parlamentario y en última instancia, del Derecho Constitucional. Y esto por cuanto no es un proceso, sino un procedimiento o trámite que se agota en sí mismo y que además y eventualmente, deja abierto el cauce para la vía jurisdiccional, en donde existe y se desarrolla un proceso en forma.

13. ¿Y la vacancia presidencial?

Como hemos visto anteriormente, la vacancia presidencial está prevista en forma independiente en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución, se bien en puro rigor es parte del juicio político. Ahora bien: ¿a qué se debe que esta institución esté separada de la acusación constitucional prevista en los artículos 99 y 100? Esta institución, como se sabe, nace en la constituyente reunida en Huancayo en el segundo semestre de 1839, pero no hay huellas que expliquen este apartamiento, pues las actas existentes no dicen gran cosa. Lo cierto del caso es que desde entonces permanece así y con la ventaja de que es más rápida que las otras.

14. La "incapacidad moral permanente"

Como ya hemos señalado, el concepto de "incapacidad moral" como causal de declaración de vacancia de la presidencia por parte del Congreso, viene de la Constitución de 1839 y sin mayores precisiones, pues las actas de la época no dicen gran cosa, siendo aprobado este título el día 23 de octubre de 1839¹. La bibliografía existente sobre esta constitución

1 La aprobación del artículo sobre la vacancia por incapacidad moral lo fue en la sesión del 23 de octubre de 1839, tal como consta en el acta correspondiente que

tampoco dice nada (cf. Agustín M. Paredes Ruiz, **El gran mariscal Agustín Gamarra en Huancayo y la carta política de 1839**, Editora Librería Llaque, Huancayo 1944). Y más bien se entendió esto como conductas o comportamiento, toda vez que el uso y el significado etimológico así lo denota (el latín **mores** significa usos y costumbres).

Francisco García Calderón por lo demás, hace las siguientes precisiones en su monumental **Diccionario de la legislación peruana**, 2da edición, París 1879, tomo II en donde señala en la voz **moral** lo siguiente:

“Se llama moral a lo que pertenece a las buenas o malas acciones, en orden a lo lícito o ilícito en ellas. La facultad que trata de las acciones humanas en orden a lo lícito o ilícito en ellas...la moral no solo es una ciencia, sino que denota al mismo tiempo una calidad de las acciones buenas o malas...”

Lo anterior se confirma por el hecho de que durante el siglo XIX así se entendió y luego en los debates constituyentes de 1931, 1978-1979 y 1993, que dieron origen a las constituciones de 1933, 1979 y 1993 respectivamente, se debatió y se llegó a la misma conclusión. Por lo tanto, el intento realizado hace algunos años de entender “moral” como “mental” no solo no se compadece con la etimología de las palabras, sino con la praxis política de las últimas décadas².

15. ¿Y los delitos comunes?

La acusación constitucional está prevista en el caso de infracciones a la Constitución y de delitos en el ejercicio del cargo. Ahora bien... ¿Qué sucede si son delitos comunes? La reciente reforma constitucional en el caso de la inmunidad parlamentaria ya fijó una posición interesante (Ley 31118). Si son cometidos antes de asumir el cargo, lo ve el juez de

hemos obtenido del archivo del Congreso de la República y que aquí reproducimos. Y prácticamente sin discusión ni referencia alguna. El original está manuscrito y ofrece algunos puntos ilegibles como se puede ver de la transcripción que hacemos a continuación.

2 La tesis de que la “incapacidad moral” es equivalente a “mental”, la ha difundido un valioso y pionero estudio de Abraham García Chávarri de 2013, apoyado en unas lecciones universitarias que en su momento impartió César Valega García (1942-2019) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Pero de lo que no ha dejado nada escrito ni menos prueba alguna que la sustente.

la causa. Si por el contrario lo hace en el ejercicio de sus funciones, es juzgado por la Corte Suprema.

En el caso del presidente de la República la situación es más complicada, pues mientras esté en el cargo prácticamente es intocable, sin importar si incurrió en ello durante su mandato o antes. Solo cabría esperar a que el presidente deje de serlo. O en su defecto, se recurre a la vacancia presidencial. Cabe adicionalmente señalar que la inmunidad presidencial en los casos que existe, no impide **investigar** los hechos y reservarlos para cuando el presidente deje el cargo. Esto último es lo que no entendió en su momento la complaciente ex Fiscal de la Nación, Zoraida Avalos (en enero de 2022 abrió investigación contra el presidente Castillo, pero de inmediato la archivó, pues decía que al presidente no se le podía “investigar” mientras estuviese en el cargo).

16. Consideraciones finales

El juicio político propiamente dicho se lleva básicamente en los países latinoamericanos que han seguido el modelo norteamericano y que tiene determinados lineamientos básicos. Busca apartar al funcionario del cargo e inhabilitarlo para la función pública. Esta última ha sido considerada por los penalistas como una sanción de tipo penal, lo cual no es tal. La inhabilitación es aquí política, de orden político e impuesta por un órgano político. Y lo es desde hace más de 200 años y así está considerado en los textos constitucionales. Tales sanciones políticas no pueden ser removidas o dejadas sin efecto por el órgano judicial, no solo porque no le corresponde, sino porque además ella nace de un expreso mandato constitucional, si bien, como en todo, pueden darse excepciones.

En los países europeos la situación es otra. Estas responsabilidades se llevan a cabo ante órganos judiciales especiales o ante una corte constitucional (como es el caso de Italia). Y así lo hacen desde siempre. Con lo cual queda en claro que cada país o área geográfica, de acuerdo a su tradición, se las arregla para solucionar sus problemas de acuerdo con los modelos o matrices que han adoptado.

Lima, mayo de 2022

Presidencia del Sr. Charún

Sesión del miércoles 23 de octubre de 1839

Abierta la sesión a las doce del día con 51 Sres. Diputados, habiendo formado comisión los señores Dávila, Inojosa, Fernandini, Navarrete y Madalengoitia, se aprobó el acta del día anterior.

Se dio 3ª lectura al proyecto del señor Soffia, sobre insi....de los miembros del Poder Judicial, y se mandó pasar a la Comisión de Legislación.

Se dio 2ª lectura a la adición del sr. Paz-Soldán, a la ley sobre juicios de Comercio. Se dio también 2ª lectura a un proyecto de ley de los señores Inojosa y Álvarez, sobre que si la villa de Urubamba se le denomina Benemérita Ciudad y a la adición del señor Villarán al artículo 31.

Se dio 1ª lectura a esta adición que el señor Cartagena hizo en el artº__ “Por arrogarse el ejercicio de los otros poderes”__. A la siguiente adición del sr. Fuentes Ijurra__ “Y los subprefectos en las Provincias del Departamento que comprende la de su cargo” a la restricción 1ª del artículo 29. A otra del mismo señor, empezando por el de la de Diputados”__ en el artículo 51º. Y a otra del mismo sr. a la atribución 2º del artículo 67 del proyecto de Constitución que dice__ “Para Coroneles del Ejército y Capitanes de Navío en la Armada”__ Diose 1ª lectura a la adición del sr. Pellicer, al artº 52 del proyecto, puesta en estos términos__ “El cargo de Diputado o Senador cesa por ser nombrado consejero de Estado”__ Se dio cuenta del dictamen de la Comisión puesto a consecuencia de la proposición del sr. Fuentes Ijurra, para que se dedicasen los sábados a ver los asuntos ... particulares; puesto en discusión fue desechado. El señor Soffia presentó la proposición siguiente__ “Se dedican los Domingos para ver los asuntos particulares”_ Dispensadas las lecturas y admitida a discusión inmediatamente, se pasó a la Comisión nombrada para dictaminar sobre las adiciones de la Constitución. Por último se dio 2ª lectura a la adición del sr. Vidal a la ley de premios para que a los emigrados y exportados al Extranjero gocen de las mismas gracias que a los Mojos y Chiquitos.

Se pasó a la orden del día, poniéndose en discusión el artículo modificado por la Comisión, que es la que se sigue a la atribución 23 del artículo 53 del proyecto que dice__ “Atribución 24__ “establecer aduanas, y fijar la escala de derechos de importación y exportación”__ puesta en discusión la apoyó el sr. Pellicer impugnándola los Sres. Rodríguez, Paz Soldán y

Zegarra. El señor Pellicer se encargó de contestar las objeciones; y puesta a votación fue aprobada por pluralidad absoluta. Siguió discutiéndose la atribución 25__ “Habilitar o cerrar los puertos mayores para el comercio con el extranjero” _ sujetos a votación fue aprobada. Discutida la 26ª “ __ Determinar si ha de haber fuerza armada, y en qué número, a señaladas distancias del lugar de sus sesiones__” fue aprobada por pluralidad absoluta.

En este estado se pasó a discutir el artículo 67__ de proyecto que dice__ “Para ser Presidente de la República se requiere ser Peruano de nacimiento; Ciudadano en ejercicio; tener quinientos pesos de entrada en procedentes de bienes raíces, o setecientos de renta” __ fue aprobado por partes, en la 1ª y 2ª y en la 3ª, hablaron modificando los señores Cartagena y Rodríguez, y el señor Pellicer contestando a las objeciones; y sujeto a votación fue aprobado lo mismo que los anteriores. Siguió la discusión del artº 68 que dice__ “La elección del Presidente de la República se hará por los Colegios electorales, según el modo y forma que prescriba la ley” __ al tiempo de votarse fue aprobado. Puesto en discusión el artº 69__ “El congreso hará la apertura de las actas, su calificación y escrutinio fue aprobado por pluralidad absoluta. Discutido y puesto a votación el artº 70 que dice:__ “El que reuniere la mayoría absoluta de votos del total de electores de los colegios de Provincia será el Presidente_” fue también aprobado. Sometido a discusión el artº 71 puesto en estos términos__ “Si dos o más individuos obtuvieren dicha mayoría será Presidente el que reúna más votos. Si obtuvieren igual número, el Congreso elegirá a pluralidad absoluta uno de ellos” __ habiéndose votado por partes, se aprobaron las dos por pluralidad absoluta. Después de discutido el artº 72__ “cuando ninguno reúna la mayoría absoluta, el Congreso elegirá Presidente entre los tres que hubieren obtenido mayor número de votos” __ fue asimismo aprobado. Puesto en discusión el artº 73.__ “Si más de dos obtuvieren mayoría relativa con igual número de votos, el Congreso elegirá entre todos ellos” __ fue también aprobado por pluralidad absoluta. Leído y sujeto a discusión el artº 74__ “Si en la votación que en los casos precedentes se haga por el Congreso resultara empate, lo decidirá la suerte” fue también aprobado sin debate. Discutido y puesto a votación el artº 75__ “La elección del Presidente en estos casos debe quedar concluida en una sola sesión” __ fue del mismo modo aprobado. Discutido y votado por partes el artº 76 que dice__ “La duración del cargo de Presidente de la República, es la de seis años; y ningún ciudadano puede ser reelegido sino después de un periodo igual” fue aprobado en ambas. Sujeto a discusión

el artº77__ “El Presidente es responsable de los actos de su administración y la responsabilidad se hará efectiva concluido su periodo”__ se votó por partes y fueron aprobadas ambas; salvando su voto en la 2ª los señores Vidal, Fuentes, Álvarez y Alvarado. Discutido el artº 78__ “La dotación del Presidente se determinará por una ley sin que pueda aumentarse o disminuirse en el tiempo de su mando”: al tiempo de votarse fue aprobada por pluralidad absoluta. Discutido el artº 79__ “La Presidencia de la República vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad o independencia nacional y de derecho por admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física o moral, y término de su periodo constitucional”__ se votó por partes y fue aprobada en ambas. Dado por discutido el artº 80__ “Cuando vacare la Presidencia de la República por muerte, pacto atentatorio, renuncia, o perpetua imposibilidad física o moral, se encargará provisionalmente del Poder Ejecutivo el Presidente del Consejo de Estado, quien en estos casos convocará a los Colegios Electorales dentro de los primeros diez días de su Gobierno para la elección de Presidente”__ se votó por partes y fue aprobado en ambas. Se pasó a discutir el artº 81__ “Si concluido el período constitucional no se hubiese hecho la elección por algún accidente, o verificada ella estuviere el electo fuera de la capital, el Presidente del Consejo de Estado se encargará del Poder Ejecutivo, mientras se practica la elección o llega el electo” se votó, y fue aprobado por pluralidad absoluta. Puesto en discusión, el artº 82__ “Si en alguno de los casos antedichos faltase el Presidente del Consejo, se encargará del Supremo Poder Ejecutivo el que lo haya subrogado accidentalmente en la Presidencia”__ fue aprobado. Púsose en discusión el artº 83__ “El ejercicio de la Presidencia se suspende por mandar la fuerza armada fuera del territorio de la República y por enfermedad temporal. En cualquiera de estos casos le subrogará el Presidente del Consejo de Estado”__ lo impugnaron los señores Vidal y Villarán, apoyándolo el señor Rodríguez, sujeto a votación fue desechado en sus dos primeras partes. El señor Ponce, individuo de la Comisión, sustituyó este artículo en sus partes desechadas con el siguiente__ “El ejercicio de la Presidencia se suspende, por ponerse el Presidente a la cabeza del Ejército, en caso de guerra, y por enfermedad temporal, o por ausentarse voluntariamente del Departamento de Lima__” Dispensadas las lecturas y admitido inmediatamente a discusión, la fundó su autor, y la impugnaron los Sres. Rodríguez, Rosel modificando y Paz-Soldán; y lo apoyó el sr. Villarán en las dos primeras, modificando la 3ª. Habiéndose votado por partes, fueron aprobadas para la primera y segunda y desechada la tercera. Se pasó a votar

la última parte del artículo del proyecto que quedó pendiente y dice __ “En cualquiera de estos casos se subrogará el Presidente del Consejo de Estado” __ y fue aprobado por pluralidad absoluta. Se pasó a discutir el artº 84__ El Presidente para ejercer su cargo prestará ante el Congreso el juramento siguiente= “Yo N. juro por Dios y estos Santos Evangelios que ejerceré fielmente el cargo de Presidente que me ha confiado la República, que protegeré la Religión del Estado, conservaré la integridad, independencia y unidad de la Nación, guardaré y haré guardar su Constitución y leyes” __ fue aprobado por unanimidad. Pasose a discutir el artº 85 que contiene las atribuciones del Presidente de la República, y dice__ “Son atribuciones del Presidente de la República” __ 1ª conservar el orden interior y seguridad exterior de la República” __: Se votó y aprobó. En cuyo estado se levantó la sesión a las cuatro de la tarde== Huancayo octubre 24 de 1839== Aprobada== una rúbrica del S.S. Presidente del Congreso== Azpur== Álvarez.

Ramón Azpur

Gervasio Álvarez

Secretario

Secretario

Otra interpretación que circula con menor intensidad, sostiene que este concepto habría venido del Código Napoleón de 1804 por la figura de la capacidad e incapacidad de las personas -esto es, en el ámbito civilista- y que se ha replicado en otros países europeos. Esta postura confunde los niveles (público y privado) y se olvida que el *impeachment* norteamericano es de 1787 y se inspira en su similar inglés que viene de muy atrás. Además, nuestro primer Código Civil es de 1852 cuando ya había sido aprobada la Constitución de 1839. Y antes de 1852, el Perú se regía por diversas leyes coloniales y constitucionales, sin influencia de la codificación francesa, como lo ha comprobado el historiador Jorge Basadre (cf. **Contribución al estudio del Derecho anterior al Código Civil de 1852** en “Mar del Sur”, marzo-abril de 1952, núm. 20).

EL JUICIO POLÍTICO COMO CONTROL POLÍTICO EN ARGENTINA



*Sergio Díaz Ricci**

Sumario: Introducción. Antecedentes. El juicio político en Argentina. (a.) Dimensión de lo “político”: Causal de mal desempeño. (b) Dimensión procesal del “juicio”: Reglamentación y procedimiento. Control judicial. Panorama histórico del juicio político: a) sobre el Poder Ejecutivo, b) sobre el Poder Judicial: antes y posterior a la Reforma Constitucional de 1994.

INTRODUCCIÓN:

La Constitución federal argentina prevé la institución del “juicio político” a cargo del Congreso nacional como mecanismo institucional para hacer efectiva la responsabilidad política de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial que concluye en el cese de un grupo reducido autoridades investidas de un mandato predefinido: presidente y vicepresidente (de cuatro años), jefe de gabinete y ministros (en correspondencia con el presidente) y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (hasta los setenta y cinco años de edad)¹.

* Doctor en Derecho. Ejerció la presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor de la Universidad de Tucumán - Argentina.

1 Cf. Arts. 90, 99 incs. 7º y 4º CA

Argentina recepta el “juicio político” (en adelante, JP) del modelo norteamericano² por dos razones: por adoptar la forma presidencialista de gobierno y por acoger una judicatura de tipo profesionalista anglosajón³. Respecto de los magistrados judiciales federales, la Reforma constitucional de 1994 restringió el JP a sólo los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN)⁴ con exclusión de los tribunales judiciales de grado inferior.

Desde una perspectiva institucionalista, es una forma de control político que el Parlamento ejerce sobre la cabeza de los otros dos poderes: sobre el Poder Ejecutivo (presidente, vicepresidente, jefe de gabinete y ministros) y sobre la CSJN. Es la única causal de responsabilidad política contenida en la Constitución para las máximas autoridades de los otros dos poderes.

La CA contiene otros dos casos de responsabilidad política que no se canaliza a través de un JP: la moción de destitución del Jefe de Gabinete (art. 101 CA) y la remoción del Defensor del Pueblo (art. 86 CA), por decisión autónoma de ambas cámaras del Congreso, es decir, sin seguir el proceso de juicio político, razón por la cual no nos detendremos en estos casos. El JP tampoco se aplica a la expulsión de parlamentarios integrantes de cualquiera de las Cámaras⁵.

2 Vid. Constitución de EEUU (Art. I, Secc. II, § 5: The House of Representatives... shall have the sole Power of *Impeachment*; y Secc. 3, § 6-7: The Senate shall have the sole Power to try all *Impeachments*... Judgment in Cases of *Impeachment*); Art. II. Secc. 2 y 4; Art. III, Secc. 3. Sobre el sentido de este proceso vid. El Federalista (Hamilton), N^o 77 *in fine* y N^o 79.

3 Los jueces federales permanecen en sus cargos mientras dure su buena conducta (art. 110 CA) siguiendo el modelo federal de la Constitución norteamericana de 1787 (Art. III, Secc. I: “*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour*”) la que, a su vez, proviene del Act of Settlement de 1701 (Art. III, parágrafos 8 y 9: “*That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made quamdiu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them. That no pardon under the Great Seal of England be pleadable to an impeachment by the Commons in Parliament*”). Hamilton lo explica en El Federalista (N^o 78) que “En cuanto al modo de nombrar a los jueces, ha de ser el mismo que para nombrar a los funcionarios de la Unión en general” y, también, para su cese como cualquier otro funcionario público: por juicio político por mala conducta.

4 Vid. DIAZ RICCI, Sergio: “El estrechamiento del juicio político. Una visión comparada” en AA.VV. (Dir. Santiago, A.): LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL Y SUS DIMENSIONES. Tomo I: Dimensiones política y disciplinaria; Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 631-649.

5 Los integrantes de la Cámara de Diputados o de Senadores sólo pueden ser expulsados por decisión del propio cuerpo, es decir, que la responsabilidad política de un

Vamos a centrarnos en el estudio de este procedimiento que engendra este tipo singular de responsabilidad -- el “juicio político” -- en manos del Congreso argentino dirigido a producir la interrupción del mandato y cese de quienes ocupan cargos del máximo rango del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

EL JUICIO POLÍTICO EN ARGENTINA

La responsabilidad política que se canaliza a través de un juicio político es un proceso parlamentario *sui generis*⁶. La expresión “juicio político” contiene en sí misma los dos ideas ejes. Por una parte, el Parlamento examina la responsabilidad “política” de ciertas autoridades y, por la otra, lo hace con la forma de un “juicio” que contenga acusación, defensa, prueba y sentencia fundada.

Como dijimos Argentina adoptó el modelo de juicio político⁷ de la Constitución federal de EEUU⁸ como sistema de remoción a cargo de ambas

parlamentario puede hacerla efectiva el propio cuerpo a que pertenece. La constitución regula estos casos en los arts. 66, 69 y 70. Para expulsarlo por “inhabilidad moral” se requiere una mayoría de dos tercios de votos (con posterioridad a la restauración democrática de 1983: Angel Luque (1991), Hilda Norma Ancarani de Godoy (2002)) y que la causal sea sobreviniente (2007: Caso Bussi Fallos: 330:3160; 2015: Caso Patti Fallos: 338:1284); puede la Cámara suspender alguno de sus miembros por estar acusado por un juicio penal (art. 70 CA: Casos De Vido).

- 6 Vid. MENEM, Eduardo: DERECHO PROCESAL PARLAMENTARIO, Bs.As., Ed. La Ley, 2012, pp.335.
- 7 La Constitución federal de 1787 toma la institución del *impeachment*, de la Constitución de Virginia de 1776 (“The Governour, when he is out of office, and others offending against the state, either by mal-administration, corruption, or other means by which the safety of the state may be endangered, shall be impeachable by the House of Delegates. Such impeachment...” estaba en manos de una Corte de General de Justicia (no de la otra Cámara o Senado) y de la Constitución de Massachusetts de 1780 encomienda al Senado, el juzgamiento. Los XIII Artículos de la Confederación no se ocuparon del asunto. La Constitución EEUU de 1787 incorpora el JP en los Art. I, Secc. 2, § 5 y Secc. 3, § 6 y 7; Art. II, Secc. 2, § 1 y Secc. 4, in fine (“El Presidente y el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, soborno u otros graves crímenes y transgresiones”).
- 8 Tampoco en EEUU es un procedimiento muy aplicado, a la vista que en mas de dos siglos, sólo hubo 21 casos de acusación por Diputados: 15 magistrados judiciales (8 destituidos, 3 absueltos, 3 renunciaron; un miembro de la Corte Suprema absuelto: 1804 Chase) ; cuatro presidentes, un ministro que renunció, y, algo curioso: un senador en 1797). Puede consultarse GARCIA MANSILLA, Manuel: “Historia de los juicios

Cámaras del Congreso. Esta expresión, por un lado, es más completa que el término en inglés *impeachment*⁹ y, por otro lado, exhibe una dificultad intrínseca por la exigencia de un “juicio” (*punctum dolens*), es decir, un proceso con ciertas garantías¹⁰.

La Constitución argentina se ocupa del juicio político en sólo tres artículos de la parte dedicada al Congreso de la Nación: la Cámara de Diputados lo inicia a través de una acusación (art. 53 CA)¹¹ y al Senado le corresponde el juzgamiento y la decisión de cese o rechazo de la acusación (art. 59 CA)¹² por “por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes”¹³. Así, como solamente la Cámara de

políticos a los jueces federales norteamericanos” en AA.VV. (dir. Alfonso Santiago): LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL Y SUS DIMENSIONES, Tomo 1, pp. 569-626,

- 9 Que literalmente significa “acusación” o denuncia, aunque su sentido constitucionales es más amplio porque alude al “proceso de destitución”. Sin embargo, originariamente en Inglaterra la Cámara de los Comunes tenía amplia potestad de establecer la causal de acusación que podía ir desde traición hasta una imputación criminal. De aquí el matiz de acusación penal que conserva la Constitución norteamericana en el Art. II, Sección 4: “The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of *Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*”.
- 10 Lo advierte claramente Alexis de Tocqueville en DEMOCRACY IN AMERICA (1838) que EEUU la decisión del Senado sólo tiene naturaleza administrativa, no penal judicial a diferencia de Europa, vid. p. 125 en <http://seas3.elte.hu/coursematerial/LojkoMiklos/Alexis-de-Tocqueville-Democracy-in-America.pdf>
- 11 Cámara de Diputados: Art. 53 CA: *Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes*
- 12 Senado Federal: Art. 59 CA : *Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.* Art. 60: *Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.*
- 13 En este sentido, la Constitución argentina no incluye la causal de “traición” pero mantiene el mal desempeño y otros delitos (*Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*).

Diputados puede votar una acusación, el Senado sólo puede juzgar a los funcionarios mencionados por la Constitución.

Como se advierte, claramente es un control político¹⁴ porque el contenido concreto de la causal de cese lo determina la voluntad de las dos cámaras del Congreso¹⁵ o, para ser más precisos, lo decide el Senado quien, finalmente, resuelve la existencia de la causa y, consecuentemente, la destitución de los funcionarios sometidos al juicio político.

La finalidad de JP es interrumpir el vínculo institucional con el Estado de ciertos funcionarios de alto rango que gozan de un mandato predefinido. Esto tiene su fundamento tanto en el origen del *impeachment* en Inglaterra¹⁶ como en la práctica de los Estados Unidos, de donde la Constitución argentina tomó este instituto.

El ingrediente político de este tipo de responsabilidad proviene tanto de la naturaleza del órgano parlamentario encargado de llevar a cabo este juicio, como de los perfiles romos de las causales de remoción como analizaremos más adelante. En el fondo, el motivo de destitución es el reproche político al desempeño del magistrado.

La Constitución argentina es más precisa que la norteamericana¹⁷ porque lo circunscribe expresamente al Presidente, Vicepresidente, Jefe

14 Vid. ARAGON REYES, Manuel: CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER. Introducción a una teoría constitucional del control. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, quien formula la distinción entre control político y jurídico (pp. 91-99).

15 Complementariamente la Constitución contempla para los casos de juicio político la prohibición al Poder Ejecutivo de indulto y conmutación (art. 99.5°) y la prohibición de actuación de jurados (art. 118).

16 El *impeachment* es un mecanismo de origen monárquico por el cual el Parlamento imputa un hecho que a su juicio genera responsabilidad política para deponer a cualquier oficial público (en Inglaterra) o sólo a ministros de la Corona (Francia). La conducta reprochada era configurado por la voluntad política de la mayoría parlamentaria. Vid. Tocqueville, ob. cit., p. 126.

17 La Constitución norteamericana no hace mención explícita a los ministros ni a magistrados judiciales federales, que los considera comprendidos dentro de los "funcionarios civiles de los EEUU".

de Gabinete y ministros del Poder Ejecutivo¹⁸ y miembros de la CSJN¹⁹. En suma, actualmente, es un conjunto muy reducido de veintiocho (28) funcionarios del máximo nivel institucional: veintitrés (23) del Poder Ejecutivo y cinco (5) del Poder Judicial²⁰.

Tómese nota que en Argentina los miembros del gabinete²¹ (jefe y ministros) son nombrados por el Presidente sin necesidad del acuerdo del Senado (art 99 inc. 7 CA) a diferencia de EEUU donde sí lo requiere. Esto disminuye notablemente la posibilidad de aplicación de un juicio político a un ministro o al Jefe de Gabinete porque en caso que la Cámara de Diputados diese curso a una acusación, la situación se resuelve con la dimisión o el del ministro dispuesto por el Presidente. Por esta razón no hay antecedentes de juicios políticos a ministros o a jefe de gabinete en Argentina²².

Otra razón del escaso uso del juicio político son las mayorías calificadas de dos tercios de los votos de cada cámara exigidas en ambas cámaras por

18 Actualmente el Poder Ejecutivo cuenta con veinte (20) ministros mas el Jefe de Gabinete (Ley 22.520 de Ministerios, texto ordenado por Decreto N° 438/92, modificado por Decreto 7/2019 del 11/12/2019). En Tómese nota que en Argentina el gabinete (jefe y ministros) son nombrados por el Presidente sin necesidad del acuerdo del Senado como en EEUU. Esto disminuye notablemente la posibilidad de juicio político a los ministros porque en caso de concretarse una acusación por Diputados, puede derivar en la dimisión del Ministro.

19 La CSJ argentina se compone con cinco (5) magistrados (Decreto Ley N° 1285/58, texto según Ley N° 16.895, cf. artículo 21 modificado por Ley 26.183/2006).

20 Recordemos que la Reforma constitucional de 1994 excluyó del JP a los magistrados judiciales federales y nacionales de la Capital Federal, cuya remoción resulta de una Acusación formulada por el Consejo de la Magistratura y un juzgamiento y decisión a cargo de un Jurado de Enjuiciamiento (art. 115 reglamentado por Ley 24.937/1997 arts. 21 a 27)

https://old.pjn.gov.ar/02_Central/Index2.Asp?Nodo=142&Rubro=2

21 Aunque la institución del gabinete de ministros en Argentina no tiene la entidad de otros países presidencialistas (como Perú), sin embargo, la Constitución le otorga ciertas funciones como refrendar los decretos de necesidad y urgencia del Ejecutivo (art. 99 inc. 3 CA) y proyecto de ley de presupuesto (art. 100 inc. 6 CA).

22 Otra vía de responsabilidad política sobre los ministros aunque no conduzca a su destitución, es el derecho de cualquiera de las Cámaras de hacer venir a un ministro para recibir explicaciones e informes (art. 71 CA). El ministro está obligado a asistir cuando el cuerpo resuelve convocarlo para una "interpelación". S bien puede concluir con el rechazo del informe por parte de la Cámara, esto no tiene por efecto provocar el cese.

la Constitución tanto para formalizar una acusación (este es el principal escollo²³) para como para decidir la remoción, o sea, mayorías difíciles de alcanzar sin un amplio consenso de las fuerzas parlamentarias.

El juicio político sólo tiene como efecto la destitución de aquel funcionario con mandato constitucional, o sea, su finalidad es interrumpir por razones políticas (o sea, pérdida de confianza) tal vínculo institucional garantizado por un mandato estable. Esto tiene su fundamento tanto por el origen del *impeachment* en Inglaterra²⁴ como por la práctica de los Estados Unidos, de donde la Constitución argentina tomó este instituto.

Puede catalogarse como una sanción de naturaleza institucional fundada en un juzgamiento político donde el efecto de la sentencia se circunscribe a resolver el vínculo fijo de ciertos altos funcionarios que detentan un cargo con mandato predeterminado, sin inmiscuirse en las responsabilidades penales que deben ser objeto de la jurisdicción penal ordinaria. En suma, en última instancia es un mecanismo de control político que la Constitución pone en manos del Senado.

Por cierto, el Senado no puede juzgar delitos. La propia Constitución se ocupa por aclarar en el art. 60 CA que el fallo sólo tendrá por efecto la destitución del acusado²⁵ porque en sí mismo el hecho delictuoso, como no podría ser de otra manera, sólo puede ser juzgado y castigado por los tribunales judiciales competentes²⁶. No obstante, la conducta ilícita incu-

23 Aquí reside la explicación del escaso uso en Argentina. Mientras que en EEUU la Cámara de Representantes adopta su decisión por mayoría absoluta de votos, o sea, un número menor que el exigido a la Cámara de Diputados en Argentina para presentar una acusación ante el Senado, razón por la cual, es difícil conseguir esa mayoría agravada en Diputados como, asimismo, en el Senado donde se exige igual mayoría de dos tercios de votos para sanciona.

24 El *impeachment* es un mecanismo de origen monárquico por el cual el Parlamento imputa un hecho que tiene relevancia para generar una responsabilidad política que provoque a destitución de cualquier oficial público (en Inglaterra) o sólo a ministros de la Corona (Francia). La conducta reprochada era configurada por la voluntad política de la mayoría parlamentaria. Vid. Tocqueville, ob. cit., p. 126.

25 Idem Constitución EEUU: Art. I, Secc. 3, 7º: "En los casos de responsabilidades oficiales, el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar y disfrutar cualquier empleo honorífico, de confianza o remunerado, de los Estados Unidos; pero el individuo condenado quedará sujeto, no obstante, a que se le acuse, enjuicie, juzgue y castigue con arreglo a derecho".

26 La mención a delitos como causal de remoción induce a confusión por ello el proyecto de constitución de Alberdi (art. 58) era más claro ("Su fallo no tiene más efecto que

rrida por el funcionario, incluso cuando no llegara a configurar un delito o a concluir en una condena penal, podría ser estimada por la Cámara de Diputados como causal o motivo suficiente de acusación (por asimilación) de mal desempeño y ésta imputación termine por ser aceptada, a juicio del Senado, como “mal desempeño”. Valoración que queda librada al criterio y decisión del Senado. Cuestión aparte es la sanción accesoria de inhabilitación para ocupar cargos públicos que por su naturaleza penal ha sido motivo de controversias²⁷.

(A) DIMENSIÓN DE LO “POLÍTICO”. CAUSAL DE MAL DESEMPEÑO

La Constitución fija como motivos que sirven de fundamento al juicio político: “por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes” (art. 53 CA). En realidad, todo pueden subsumirse en la causal genérica de “mal desempeño”, que constituye un juicio ponderativo de naturaleza política en manos de un órgano representativo que, en el fondo, es manifestación o expresión de falta de confianza (*trust*).

En su origen inglés el juicio político estaba concebido para juzgar a altos funcionarios de la Corona por delitos, es decir, se configuraba como una causal de responsabilidad penal de los funcionarios reales e, incluso, del propio monarca²⁸, donde el Parlamento determinaba la incriminación

la remoción del acusado. La justicia ordinaria conoce del resto”), sin embargo, la Constitución de 1853 hizo una transcripción de la versión norteamericana (hoy art. 53 y 60) dejando latente el conflicto el problema de la destitución por delito (que debiera ser previamente juzgado y condenado por un tribunal judicial ordinario). Este sentido es atinada la observación del Juez de la Corte, Zaffaroni, en su voto en el Caso Maza: “La Constitución Nacional incurre desde su origen en una contradicción, pues permite imponer esta pena por algo que no es delito --el mal desempeño-- y en todo caso por actos que aún no puede saberse si constituyen delitos, pues para ello sería menester que los declare tales el Poder Judicial, lo cual impediría todo juicio político” (Voto en Causa Maza, Fallos 332.2208).

27 Precisamente, en los casos de los gobernadores Escobar (Fallos 317:874) y Maza (Fallos 332.2208) se discutió sobre esta sanción accesoria. También por los hechos del 06 de enero de 2021 en el Capitolio, Trump Diputados formuló el 13 de enero un segundo *impeachment*. En dicha ocasión se discutió si la sanción accesoria de inhabilitación era autónoma y podía ser impuesta aún después de concluido su mandato el 20 de enero. Sin embargo, en tanto no se alcanzaron los dos tercios de votos en el Senado el 13 de febrero, se puso fin a la acusación.

28 Tal fue el caso de Carlos I de Inglaterra, decapitado luego de ser juzgado por una Corte especial dispuesta por la Cámara de los Comunes (sin asentimiento de la Cámara de los Lores).

en una suerte de tipo penal abierto. Obviamente, se prescinde del principio de legalidad penal que, tal como lo concebimos actualmente, demanda una legislación penal objetiva y previa. El Parlamento tenía la potestad de establecer el ilícito reprochado y sancionar con la destitución y la aplicación de una pena. Cuando la Cámara de los Comunes consideraba que un funcionario o juez había incurrido en una conducta delictiva formulaba su acusación (*impeachment*) ante la Cámara de los Lores quienes actuaban como tribunal de sentencia y, además, fijaban la sanción a aplicar que iba desde la remoción hasta la pena de muerte²⁹.

Como sabemos a través de un el juicio político no puede juzgarse un delito previsto en el Código Penal vinculado al ejercicio de funciones³⁰ o por crímenes comunes, porque este tipo de ilícito son atribuciones del tribunal judicial competente. Lo que puede llegar a analizarse en un juicio político es si los hechos delictivos imputados configuran motivo suficiente para configurar una causal de “mal desempeño” como tipo genérico³¹. Le corresponderá al Senado arribar a esa conclusión, siempre que la Cámara de Diputados formalice una acusación en ese sentido.

La acusación “política” es formulada por un cuerpo distinto del que juzga y decide. Pero, la propia Constitución establece que el Senado no puede juzgar delitos (art. 60) pues se ocupa de señalar que el fallo sólo

29 Como fueron los casos de Lord Strafford (1641); Lord Sttaford (1680); Lord Lovat (Simon Fraser, 1747).

30 CODIGO PENAL ARGENTINO: DELITOS ESPECIALES: (A) como funcionario público: 1. Violación de fueros (art. 242 CP); 2. Abuso de autoridad (art. 248 CP); 3. Abandono del cargo (art. 252 CP); 4. Admisión de dádivas (art. 259 CP); 5. Malversación de caudales públicos (art. 260, 262 CP); 6. Peculado (art. 261 CP); 7. Negociaciones incompatibles (art. 265 CP); 8. Exacciones ilegales (art. 266, 267, 268 CP); 9. Enriquecimiento ilícito (art. 268.1, 268.2, 268.3 CP); 10. Encubrimiento (art. 277 CP); 11. Favorecimiento de evasión (art. 2281 CP). (B) Otros: 1. Violación de secretos (art. 157 CP); 2. Contra el orden constitucional (art. 277 bis [art. 226], 277 ter CP); 3. Contra la Fe Pública: Falsificación (arts. 288, 289.1, 289.2, 289.3, 290, 292, 293, 294 [art.298]); (C) como jueces: 1. Prevaricato (art. 269 CP) ; 2. Prisión preventiva ilegal (art. 270 CP); 3. Denegación o retardo de justicia (art. 273 CP); 4. Omisión de promover represión (art. 274 CP); 5. Omisión de denuncia (art. 144, quater, inc. 3° CP); 6. Cohecho pasivo agravado (art. 257 CP).

31 Vid. DIAZ RICCI, Sergio: “Vacancia presidencial en Argentina”, en AA.VV. (Coord. García Belanúde, D. y Tupayachi J.): LA VACANCIA POR INCAPACIDAD MORAL. UMA MIRADA A LA EXPERIENCIA PERUANA Y COMPARADA, Lima, Ed. Instituto Pacífico, 2018, pp. 513-533. También en DIAZ RICCI, S.: “El estrechamiento...”, ob.cit., pp. 638 ss.

tendrá por efecto la destitución del acusado aunque podría, como accesorio, inhabilitarlo para ocupar cargo público, pero el delito en sí mismo, como no podría ser de otra manera, sólo podrá ser juzgado y castigado por los tribunales judiciales competentes³². Sin embargo, como lo señalamos mas arriba, tales hechos ilícitos, aunque no den lugar a una condena penal, pueden ser motivo de acusación por Diputados y a juicio del Senado constituir una causal de “mal desempeño” lo que queda librado al criterio y decisión del Senado³³.

La causal de “mal desempeño” prevista para la destitución de presidente y vicepresidente y de ministros, no cuenta con una tipificación o un preciso encuadre normativo³⁴. No se halla definida o desarrollada en el Reglamento de la Cámara de Diputados, ni el Reglamento Interno de la Comisión de Juicio político de la Cámara de Diputados, ni tampoco el Reglamento en el Senado refiere, aclara o perfila esta conducta.

Como vimos, a partir de esta reforma constitucional de 1994, el juicio político quedó circunscripto para el presidente y vicepresidente, jefe de gabinete y ministros, y miembros de la Corte Suprema de Justicia; mientras que para el resto de magistrados judiciales la remoción está en manos de un jurado de enjuiciamiento.

32 Esta acertada distinción, que proviene del Art. I, Secc. 3, 7º de la Constitución norteamericana, fue incorporada como art. 48 del texto constitucional de 1853 (luego art. 52, hoy art. 52) siguiendo la preclara advertencia hecha por Alberdi en su anteproyecto de constitución.

33 En este sentido es atinada la observación del Juez de la Corte, Zaffaroni, en su voto en el Caso Maza: “La Constitución Nacional incurre desde su origen en una contradicción, pues permite imponer esta pena por algo que no es delito ‘el mal desempeño’ y en todo caso por actos que aún no puede saberse si constituyen delitos, pues para ello sería menester que los declare tales el Poder Judicial, lo cual impediría todo juicio político” (Voto en Fallos 332-III.2208).

34 Sigue de algún modo vigente el contrapunto entre Blackstone y Burke sobre el *impeachment* en Inglaterra: para el primero era un instrumento que sólo podía ponerse en funcionamiento ante la violación de una ley bien establecida; mientras para el segundo debía incluir también los casos de abuso de autoridad y abuso de confianza de los funcionarios.

(B) “DIMENSIÓN PROCESAL DEL “JUICIO”: REGLAMENTACIÓN Y PROCEDIMIENTO³⁵:

En Argentina no existe una ley regulatoria del juicio político como, por ejemplo, en Brasil³⁶. Esto puede explicarse porque son atribuciones constitucionales propias de cada una de las Cámaras, por tanto, no podría una cámara resolver sobre funciones propias de la otra ni el Poder Ejecutivo –sujeto del control por juicio político-- intervenir en el proceso de elaboración de un proyecto de ley ni en su observación o promulgación posterior.

El procedimiento de juicio político tiene un formato controversial, como un “juicio” donde, por un lado, hay una parte acusadora (Cámara de Diputados de la Nación) y, por otro lado, un tribunal juzgador (Senado Nacional), y donde la parte acusada tiene el derecho de defensa.

Es decir, el juicio político se desarrolla con una Etapa Instructoria a cargo de Diputados que puede concluir en una Acusación, y otra Etapa Contradictoria ante el Senado. Normalmente es esta etapa del proceso donde se suele enfocar la atención que se haya respetado la garantía del debido proceso³⁷.

La regulación procedimental se encuentra recogida en el Reglamento propio de cada Cámara. El Reglamento de la Cámara de Diputados instituye la Comisión de Juicio Político (art. 90)³⁸, como una de sus 47 comisiones permanentes. Está compuesta por 31 diputados en cuya integración debe

35 Puede ampliarse en GENTILE, Jorge H.: DERECHO PARLAMENTARIO, Bs.As., Ed. Ciudad Argentina, 2008, pp. 389-408. MENEM, Eduardo, ob.cit., pp.335-349. ARMAGNAGUE, Juan F.: JUICIO POLITICO Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO EN LA NUEVA CONSTITUCIONAL NACIONAL, Bs.As., Depalma, 1995, *passim*

36 En Brasil rige la Ley 1.079/50.

37 Tanto el Caso Nicosia (Fallos 316:2941) como el caso Trovato, Francisco (Fallos: 321:2339) el cuestionamiento apuntaba contra la decisión de la Cámara de Senadores de la Nación.

38 Reglamento Cámara de Diputados: Artículo 90: Compete a la Comisión de Juicio Político investigar y dictaminar en las causas de responsabilidad que se intenten contra los funcionarios públicos sometidos a juicio político por la Constitución y los previstos en la ley 24.946 y en las quejas o denuncias que contra ellos se presenten en la Cámara. Cuando el pedido de remoción se dirige contra un funcionario público no sujeto a juicio político, la comisión podrá disponer su archivo o remisión al órgano competente. Esta comisión reglamentará el procedimiento a seguir en las causas sometidas a su dictamen.

respetarse la proporción a la representatividad de los grupos parlamentarios³⁹. A su vez, esta Comisión de Juicio Político cuenta con un Reglamento Interno⁴⁰ (por Resolución de la Cámara del 11/12/1996). A esta comisión se remiten los pedidos de juicio políticos presentados en la Cámara por cualquier persona quien debe cumplimentar los recaudos formales del Reglamento especial (art. 7). Como se advertirá no se trata de una comisión común de asesoramiento legislativo de la Cámara que dictamina sobre los proyectos de ley sino cumple funciones instructorias llevando a cabo un procedimiento (análisis preliminar, sumario de investigación y etapa resolutive). En lo formal, la Comisión formaliza su voluntad en un proyecto de Resolución elaborado por ella misma, el cual es objeto de Dictamen. Ese proyecto de resolución, que contiene el rechazo o la procedencia de la acusación, es remitido al Pleno para su debate y decisión. Lo usual es concluir en el rechazo y, muy rara vez, en un Dictamen acusatorio que se remite al pleno de la Cámara para su decisión final. Una vez que la Comisión ha votado el Dictamen sobre el proyecto de Resolución de rechazo o acusatorio, designa a alguno de sus integrantes para sostener el Dictamen ante el Pleno.

En definitiva, es la Cámara de Diputados en pleno quien en sesión plenaria debe decidir, con el voto de dos tercios de sus miembros, si acepta el Proyecto de Resolución dictaminado por la comisión (de rechazo o de aconsejando una acusación). Se requiere una mayoría calificada para decidir a llevar adelante el proceso acusatorio ante el Senado. En efecto, el art. 53 *in fine* CA, exige a Diputados que sólo puede declarar "*haber lugar a la formación de la causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes*". Por esta razón la Cámara de Diputados no suele dar curso a las acusaciones, aún cuando hubiere dictamen de la comisión que proponga la acusación⁴¹. En caso que se vote llevar adelante la Acusación ante el Senado, la misma Comisión de Juicio Político designa a algunos de sus miembros

39 En la Cámara de Representantes de EEUU esta labor está encomendada al House Committee on the Judiciary, también conocido como the House Judiciary Committee, encargado de tramitar los pedidos de juicio político tanto de magistrados judiciales federales como de presidentes u otros funcionarios federales..

40 Vid. <http://www.profesorgentile.com/n/reglamento-interno-de-la-comision-de-juicio-politico-de-la-h-camara-de-diputados-de-la-nacion.html>

41 Puede ampliarse en SCHINELLI, Guillermo C.: LA CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION Y SU REGLAMENTO COMENTADO: 1983-2021; Buenos Aires, Ed. Dunken, 2021, pp. 358-359.

para integrar una comisión a quien se encomienda la presentación de la Acusación y la participación como acusadora en el proceso en el Senado.

Por su parte, el Reglamento Interno del Senado no prevé una comisión de juicio político, porque todo el cuerpo actúa como tribunal. Para ello, cuenta con un Reglamento de Juicio político⁴² (de 1867, reformado en 1992 y adaptado en 1995 a la Reforma Constitucional de 1994) que regula el procedimiento en el Senado como Tribunal de Juicio Político. Los senadores al constituirse en Tribunal deben prestar, por imperio del art. 59 CA, un juramento especial “*de administrar justicia con imparcialidad y rectitud conforme a la Constitución y a las Leyes de la Nación*». Luego se lleva a cabo un proceso contradictorio⁴³ (acusación por diputados, defensa, pruebas). Una vez concluida la etapa contradictoria, el Senado delibera en una Sesión secreta y luego pasa a una sesión pública para proceder a la votación. El art. 59 constitucional exige que “*Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes*”, es decir, para declarar al acusado incurso en la conducta que conlleva la destitución de su cargo se requiere los dos tercios de votos afirmativos por cada imputación, pudiendo, con la misma mayoría, aplicar, además, una sanción accesoria de inhabilitación declarando al acusado incapaz de ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación (art. 60 CA).

Cuando el acusado es el presidente de la Nación (dado a que el Vicepresidente el presidente natural del cuerpo) el Senado es presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (art. 59 CA).

Aunque son frecuentes presentaciones solicitando juicio político al presidente, a ministros, a miembros de la CSJN, habitualmente son rechazadas por la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados.

42 <http://www.profesorgentile.com/n/reglamento-del-honorable-senado-constituido-en-tribunal-para-el-caso-de-juicio-politico.html>

43 Luego de prestar Juramento cada uno de los senadores, tiene lugar una audiencia pública donde la Comisión enviada por Diputados presenta la acusación. El Senado puede disponer la suspensión del funcionario acusado, a quien se da traslado por quince días. Se abre un período de prueba de 30 días. Finalmente el Senado en pleno tiene una Sesión secreta y, luego, una Sesión pública donde toma la RESOLUCION final con el voto de los dos tercios de los senadores presente. Se vota por “si o no” en cada uno de los cargos También decide sobre la accesoria de inhabilitación. Finalmente, se encarga a tres senadores la redacción de los fundamentos de la resolución.

Con posterioridad a la Reforma de 1994 se registran sólo tres casos de acusación a juicio político de magistrados judiciales integrantes de la CSJN que llegaron a la votación del pleno de la Cámara de Diputados. En el año 2002 una acusación dictaminada favorablemente por la Comisión de Juicio Político contra todos los miembros de la CSJN, no llegó a obtener la mayoría de dos tercios para trasladar la acusación al Senado. Sin embargo, con posterioridad⁴⁴ tuvieron lugar dos juicios políticos contra miembros de la CSJN que concluyeron en su destitución en 2004 (Moliné O'Connor) y 2005 (Boggiano), de los que nos ocuparemos más adelante. Son los dos únicos casos de juicio político que, con posteridad al Reforma de 1994, se llevaron a cabo y concluyeron con la destitución a dos miembros de la CSJN.

CONTROL JUDICIAL Y DEBIDO PROCESO:

Algunos casos de magistrados judiciales llegaron a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia argentina, por destituciones de jueces federales y jueces provinciales (por juicio político o por jurados de enjuiciamiento) y de gobernadores provinciales (por juicios políticos).

En numerosos casos se cuestionó judicialmente la validez constitucional de la Resolución de destitución sea por vicios materiales o por vicios formales, dictada, por los parlamentos en juicios políticos o por jurados de enjuiciamiento de magistrados judiciales. La CSJN ha admitido la posibilidad de un control judicial de este tipo de decisiones pero circunscripta al examen de los aspectos formales, es decir, la observancia de los elementos estructurales del debido proceso legal y del derecho de defensa; pero rehusó ingresar a la cuestión de fondo, o sea, a revisar las motivaciones o fundamentos de la resolución del órgano decisor o sancionador.

La revisión judicial de estas destituciones es un criterio ya aceptado aunque limitado a la observancia del debido proceso. Tengamos en cuenta que las presentaciones judiciales del afectado se inician en los tribunales de primera instancia, provinciales (cuando se trate de jueces provinciales) o tribunales federales (cuando se trate de un magistrado federal). En cualquiera de estos, el asunto sólo por Recurso Extraordinario podrá llegar al conocimiento de la CSJN.

44 Otra acusación el 2003 a cinco miembros de la Corte por Diputados provocó la renuncia de tres (Nazareno, Lopez y Vazquez) pero la causa continuó contra otros dos (Moliné y Boggiano).

La CSJN durante mucho tiempo había sostenido una tradicional posición de no intervención (por considerar que era una cuestión política no justiciable) pero luego de la restauración democrática modificó su criterio. Esta nueva perspectiva comenzó, incluso, con anterioridad a la Reforma de 1994 en casos de destituciones por juicio político o jurado de enjuiciamiento de las provincias⁴⁵. La CSJN en el año 1986 en el precedente «Graffigna Latino» (Fallos: 308:961) fijó como estándar que las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, constituyen un ámbito en el que solo es posible la intervención judicial en la medida que se aduzca y demuestre inequívocamente por el interesado, la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 CA.

En el orden federal, en 1990 se dio el primer caso que la CSJN tomó intervención en una causa contra un magistrado federal destituido por juicio político, es decir, con anterioridad a la Reforma de 1994. La Causa “Nicosia” (Fallos 316:2940) fue un *leading case* federal porque la CSJN va a admitir que las decisiones del Senado son revisables judicialmente cuando se alega una real violación del derecho de defensa o de las garantías del debido proceso⁴⁶. En suma, la decisión del Senado cuando resuelve que tal conducta constituye un mal desempeño no es en sí misma justiciable, porque tal calificación es una cuestión cuya determinación hace a la esencia del ejercicio de control político que la Constitución pone en manos del Senado. La Corte argentina halló Esto tiene su fundamento tanto en el origen del *impeachment* en Inglaterra como en la práctica de los Estados Unidos, de donde la Constitución argentina tomó este instituto. Aunque este es un caso de juicio político a un juez anterior a la reforma de 1994, sus argumentos sirvieron de referencia para todos los casos posteriores en que se cuestionó judicialmente la destitución de magistrados judiciales por jurados de enjuiciamiento tanto a nivel provincial como federal.

Esta posición de la CSJN sobre el control judicial de una destitución por mal desempeño, adquirió valor referencial en dos causas sobre la remoción por juicio político a dos de sus miembros dispuesta por el Senado, por

45 Un remoto precedente se encuentra en 1922 en el Caso Castellano (Fallos 136:147).

46 Siguiendo el precedente de 1986 en el Caso Graffigna Latino (Fallos 308:961 y 308:2609) y de 1987 en el Caso Magín Suárez (Fallos 310:2845).

tanto puede tenerse en cuenta como precedente para cualquier otro caso análogo de un proceso de juicio político. Nos referimos a las causas Moliné O'Connors (2004) y Boggiano (2005) que nos permiten hacer un parangón con la responsabilidad política y deposición por "mal desempeño" de un presidente o algún ministro del Poder Ejecutivo.

El motivo de la acusación fue una decisión de la CSJN dictada en una causa judicial (Caso Meller) firmada por cinco de los nueve magistrados que entonces integraban la Corte: Nazareno, Vázquez, López, Boggiano y Moliné O'Connor. Los tres primeros a raíz renunciaron en 2004 cuando se inició la acusación por la Cámara de Diputados, por esta razón fueron excluidos del juicio político, mientras, en cambio, continuó el proceso contra Moliné O'Connor y Boggiano que no dimitieron. Ambos terminaron destituidos por el Senado por "mal desempeño". Esta decisión senatorial fue cuestionada judicialmente por los ambos afectados, lo que llegó, finalmente, a manos de la propia Corte Suprema de justicia argentina integrada, en este caso, por magistrados de las Cámaras federales de apelaciones como conjuces.

En la causa Moliné (Fallos 327:1914 del 01/05/2004)⁴⁷ la destitución se fundó en la causal de "mal desempeño" en el ejercicio de su función, por entender el Senado que con su voto la Corte había convalidado judicialmente un proceso administrativo fraudulento y desistido de manera arbitraria a su responsabilidad de efectuar el control de constitucionalidad. Se plateaba aquí una delicada cuestión: si puede atribuirse responsabilidad a un juez por una sentencia. Sin embargo, la Corte Suprema *ad hoc* dejó establecido que la revisión judicial del proceso no puede implicar el reexamen de la solución de fondo, o sea, la decisión tomada por el Senado porque tal atribución es exclusiva facultad del cuerpo político.

En análogo sentido se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el asunto "Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo": "...es deber del órgano político que cuando actúa como tribunal de enjuiciamiento, observar las reglas procesales que garanticen el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, si bien no con el rigor que le es exigible a un tribunal del poder judicial con competencia en materia penal, pero sí con la precisión y el cuidado que deje a salvo el derecho de

47 También esa Corte *ad hoc* admitió la validez de la suspensión dispuesta por el Senado en Fallos 327:2205 del 09/06/2004.

defensa del enjuiciado, lo que se entenderá logrado únicamente cuando éste ejercite efectivamente ese derecho”⁴⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha expedido en el mismo sentido en la Opinión Consultiva N° 9/87, del 6 de octubre de 1987, y en sentencias como v.g. en el «Caso Paniagua Morales y otros» del 8 de marzo de 1998 en el Caso «Castillo Petruzzi y otros» (30 de mayo de 1999), en el Caso «Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú» (sentencia del 31 de enero de 2001), en cuanto señala que cualquier órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8.1 de la CADH.

Pasaremos ahora a analizar de manera diferenciada la aplicación del juicio político a integrantes del Poder Ejecutivo y a magistrados judiciales en Argentina.

A) JUICIO POLÍTICO AL PODER EJECUTIVO:

No se registra en Argentina ningún caso de destitución de presidente ni vicepresidente por juicio político, como así tampoco de ministros. Esto nos permite concluir que el procedimiento de juicio político no sirvió como mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad política de un presidente o de un vicepresidente, o de ministros⁴⁹. Tampoco existe ningún caso de acusación a un presidente o a algún ministro que se haya votado por la Cámara de Diputados.

En materia de responsabilidad política corresponde aquí señalar un peculiar instrumento introducido por la Reforma de 1994 respecto del Jefe de Gabinete. Este es un ministro sin cartera que lo designa y remueve el Presidente como a cualquier otro ministro. Como tal se encuentra en una situación análoga a los demás ministros que puede ser destituido por juicio político (art 53). Sin embargo, el propósito de la reforma de 1994

48 También la Corte Europea Derecho Humanos intervino en 2017 en el caso de destitución del primer ministro de Islandia, desestimando el cuestionamiento del afectado (Haarde c. Islande - 66847/12, rechazando violación al art. 6 - Right to a fair trial (Article 6 - Criminal proceedings; Judgment 23.11.2017)

49 Tampoco en EEUU pues ningún presidente fue destituido por *impeachment* aunque hubo cinco casos (1868 Johnson, 1998 Clinton, 1974 Nixon y, recientemente, Trump en dos ocasiones en 2020 y en 2021) fueron absueltos por el Senado. En cambio, Nixon renunció antes de la decisión senatorial.

fue incorporar ciertos ingredientes parlamentarios⁵⁰ a través de la figura del Jefe de Gabinete. La finalidad de este nuevo órgano es, por un lado, descargar al Presidente de ciertas funciones administrativas (art. 100 CA) y, por el otro, trasladar sobre éste cierta responsabilidad política del presidente (art. 101 CA)⁵¹. A este último efecto, la Constitución pone en manos del Congreso dos recursos parlamentarios novedosos: la moción de censura y -la moción de remoción⁵². La primera consiste en que una de las Cámaras puede votar por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros una "moción de censura" que sólo tiene valor de una admonición política, como una señal de desconfianza, sin mayores consecuencias institucionales, pues no conduce a una remoción. Sin embargo, existe una segunda herramienta parlamentaria: la "moción de remoción" con los votos de una mayoría absoluta de los miembros de las dos Cámaras, es decir, requiere la voluntad conjunta de ambas cámaras lo cual, claramente, es un recaudo muy difícil de alcanzar. No podemos decir que sea imposible, pero hasta la actualidad no se dio ningún caso de alguna de estas mociones. Aunque debemos reconocer que se trata de un genuino mecanismo parlamentario de control político. Esta moción de remoción es diferente al juicio político (que exige una causal y un procedimiento especial) sino

50 Conocidas es la posición de O'Donnell, Linz, Nohlen que sostuvieron la tesis que la rigidez del presidencialismo latinoamericano es la causa de las rupturas institucionales y que el remedio era la incorporación de mecanismos de flexibilización de tipo parlamentario (en el marco de rupturas de la institucionalidad democrática). Los hechos refutaron tales afirmaciones a la vista de esas irrupciones militares que perseguían objetivos políticos y económicos y del fracaso de los elementos parlamentarios introducidos en algunas nuevas constituciones latinoamericanas de los años '80. Vid. SERRAFERO, Mario M.: "El 'impeachment' en América Latina: Argentina, Brasil, Venezuela", en REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, N° 92, Abril-Junio 1996, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 137-162. Es muy interesante este análisis de hace un cuarto de siglo a la luz de los sucesos posteriores que recogemos en las conclusiones finales.

51 Art. 101 CA: El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

52 Cf. Art. 101 CA que, además, permite que el Jefe de Gabinete pueda ser interpelado por una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de una de las Cámaras pero que no tiene efectos ejecutorios.

se asimila a un voto de desconfianza o de censura típico en los sistemas parlamentarios que concluye en la destitución del Jefe de Gabinete, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de juicio político.

Por cierto, este intento de cargar sobre el jefe de gabinete la responsabilidad política del Presidente no ha resultado un mecanismo eficaz hasta el presente.

Podemos encontrar algunos supuestos de responsabilidad política a través de juicio político, en casos de destitución de gobernadores de provincia.

El primer atisbo de control por parte de la CSJN respecto de un juicio político llevado a cabo en una legislatura provincial que condujo a la destitución de un gobernador, fue la Causa "Del Val, Ricardo J. s/ H.Cám. de Dip. Pcia. de Sta. Cruz Sala Juzgadora Juicio Polit. a SE. Sr. Gobernador de la Pcia. de Sta. Cruz (inc. de apelación) s/ recurso de inconstitucionalidad" del 03/12/1991 (Fallos: 314:1723) donde la CSJN interpreta que *"el juicio político es una atribución propia de la legislatura para acusar y juzgar a los altos funcionarios por su conducta política, y ello debe ser tenido especialmente en cuenta cuando el poder judicial interviene para controlar si se han afectado derechos constitucionales (§ 12), ...dentro del amplio margen de apreciación política de la conducta que autoriza la norma local considerada aplicable -falta de cumplimiento de los deberes del cargo, art. 136, inc. 3º, de la Constitución de Santa Cruz-, las argumentaciones del apelante no superan el marco de una simple discrepancia con cuestiones de hecho y prueba; circunstancia que permite descartar la tacha de arbitrariedad del pronunciamiento judicial que, en este aspecto, había puesto de relieve tal defecto recursivo"* (§ 13). Tiempo después CSJN había intervenido en la Causa «A.T.E. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/ juicio político - inconstitucionalidad» del 18/08/1994 (Fallos 317:874), donde dejó sentado el siguiente estándar: *"Que esta Corte, a partir del precedente que se registra en Fallos: 308:961, ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual, las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamientos de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, configuran una cuestión justiciable, en la que le compete intervenir a este Tribunal por la vía del recurso extraordinario cuando se acredita la violación del debido proceso"* (§ 4º). Sobre el fondo del asunto el voto particular del ministro Moliné O'Connor señaló: *"...que la facultad conferida a las legislaturas, tanto por la Constitución Nacional como por las provinciales, se traduce en desplazar de sus cargos a determinados funcionarios*

cuya conducta ha suscitado la pérdida de confianza de la comunidad por su 'mal desempeño', 'por delito en el ejercicio de sus funciones' o 'por crímenes comunes' -en el lenguaje de la Constitución Nacional-, o por haber incurrido en las causales análogas previstas en los ordenamientos locales". En un caso análogo razonamiento, en la Causa "Maza Angel Eduardo s/ Amparo - Medida Cautelar" (Fallos: 332:2208) del 06/10/2009, la CSJN dispuso revocar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de La Rioja por no haber tramitado los agravios en relación a la sanción accesoria de inhabilitación impuesta al gobernador destituido por juicio político⁵³.

Estos casos de responsabilidad política por juicio político que conllevaron la destitución del gobernador provincial, son precedentes valiosos para algún futuro caso en el ámbito del Poder Ejecutivo federal.

B) JUICIO POLÍTICO A MAGISTRADOS JUDICIALES:

También la destitución de magistrados judiciales por mal desempeño nos aporta casos de responsabilidad política en mayor medida cuando se efectiviza a través de un juicio político.

Recordemos que Argentina adoptó el modelo de justicia profesionalista⁵⁴ donde el órgano parlamentario participa en la nominación de los magistrados judiciales federales así como la remoción. Los jueces argentinos, siguiendo a EEUU, gozan de la garantía de la inamovilidad absoluta⁵⁵ sobre lo que, precisamente, incide se busca poner fin a través de un proceso causado.

53 La CSJN intervino en la Causa "Avelin, Alfredo C." s/sus Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación (Fallos: 328:3996) del 15/11/2005, sin embargo consideró inoficioso expedirse porque había vencido el mandato del gobernador. Por el mismo motivo en la Causa "Pedido de juicio político del gobernador Mario Jorge Colazo en los términos del art. 114 de la Constitución provincial" de Tierra del Fuego, Fallo del 04/08/2012 (679/2012-P-48-REX).

54 Cf. LOPEZ GUERRA, Luis: "Reflexiones sobre los modelos de gobierno del poder judicial", en *Tribunales y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2002, pp. 247-261; del mismo "Modelos de gobierno de los jueces" en *Parlamento y Constitución*. ANUARIO DE LAS CORTES DE CASTILLA LA MANCHA, N°1, 1999, pp. 11-32.

55 Constitución EEUU, Art. III, Secc. I: "The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour".

Con la Reforma constitucional de 1994 a los magistrados judiciales federales ya no pueden ser destituidos por juicio político⁵⁶. Ahora la responsabilidad del juez que conduzca a su destitución está en manos de dos órganos distintos (del Consejo de la Magistratura el pedido de destitución y del Jurado de Enjuiciamiento la remoción) y en ambos participan como integrantes de éstos, diputados y senadores federales (tres diputados y tres senadores –dos por la mayoría y uno por la minoría– integran el Consejo de la Magistratura; y dos diputados y dos senadores en el Jurado de Enjuiciamiento, cf. arts. 2 y 22 de Ley 24.937/97). Con la incorporación del Jurado de Enjuiciamiento para la destitución de los jueces, prácticamente desapareció la posibilidad que los jueces federales inferiores tengan responsabilidad política⁵⁷, en cambio los integrantes de la CSJN pueden sujetos de juicio político por el Congreso.

En relación al concepto de “mal desempeño” el régimen legal (Ley 24.937/97) regulatorio del Jurado de Enjuiciamiento para magistrados judiciales inferiores establece en el art. 25 que “Entre otras, se considerarán

56 La circunstancia que la Reforma de 1994 haya introducido un mecanismo previo de preselección a cargo del Consejo de la Magistratura para la nominación de los jueces federales inferiores a la Corte Suprema de Justicia, no cambia la matriz del modelo, ya que esta intervención es solamente preliminar, ya que sólo se ocupa de formular una terna que eleva al Poder Ejecutivo. Luego, el procedimiento sigue como antes pues el Presidente selecciona uno de los propuestos en la terna y, luego de recibir el acuerdo del Senado, procede a su designación por Decreto presidencial como ocurría antes de la reforma.

57 Sin embargo, la actuación del Jurado de Enjuiciamiento en el orden federal tampoco es una exhibición de celo fiscalizador a juzgar por los pocos casos habidos. Sólo 18 destituciones con 5 absoluciones, 1.- Brusa, Héctor (2000). Destituido; 2.- Bustos Fierro, Ricardo (2000). Desestimada; 3.- Leiva, Luis Alberto (2000) Destituido; 4.- Torres Nieto, Mirta (2000). Destituido; 5.- Murature, Roberto (2003). Destituido; 6.- Lona, Ricardo (2004). Desestimada; 7.- Marquevich, Roberto (2004). Destituido; 8.- Herrera, Rodolfo (2005). Destituido; 9.- Echazu, Rodolfo (2005). Destituido; 10.- Narizzano, Néstor (2005). Destituido; 11.- Galeano, Juan José (2005). Destituido; 12.- Mahdjoubian, Juan José (2005). Destituido; 13.- Fariz, Eduardo (2006). Destituido; 14.- Inda, Tomas/ Fernandez, Ma. Beatriz (2006). Desestimada; 15.- Caro, Ruben (2006). Desestimada; 16.- Teran, Felipe (2006). Destituido; 17.- Tiscornia Guillermo (2007). Destituido; 18.- Sola Torino (2009). Destituido; 19.- Faggionato Marquez (2010). Destituido; 20.- Miret (2011). Destituido; 21.- Romano (2011). Destituido; 22.- Lopez, Axel (2015) Desestimada; 23.- Freiler, Eduardo R. (2017) Destituido. Con nueve (9) renunciaciones: Morris Dooglatz, Raquel(1999); Torres, Juan Luis (2000); Liporace, Carlos (2006); Garcia, Emilia (2006); Degiorgis, Carlos (2006); Barbarosch, Alfredo (2014); Montezanti, Nestor (2016); Reynoso, Raul Juan (2016); Charlin, José Antonio (2016).

causales de mal desempeño las siguientes: 1. El desconocimiento inexcusable del derecho. 2. El incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional, normas legales o reglamentarias. 3. La negligencia grave en el ejercicio del cargo. 4. La realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones. 5. Los graves desórdenes de conducta personales. 6. El abandono de sus funciones. 7. La aplicación reiterada de sanciones disciplinarias. 8. La incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo”.

Con anterioridad a esa Reforma constitucional de 1994 la responsabilidad de los jueces federales y nacionales que se canalizaba a través de juicio político. Sin embargo, en la historia argentina, considerando sólo los períodos de normalidad constitucional cuando funcionaba el Congreso (o sea, descartando los períodos de gobierno militares⁵⁸) hay un registro muy reducido⁵⁹ de jueces sometidos a juicio político por el Senado⁶⁰.

58 En estos periodos inconstitucionales, no sólo no funcionaba el Congreso sino se habían designado la totalidad de las administraciones de justicia federal y provincial con nuevos jueces afines al régimen. Durante esos períodos para el juzgamiento de esos magistrados se establecieron Tribunales de Enjuiciamiento, por ejemplo, el Tribunal de Enjuiciamiento 1966/1973 destituyó a 6 magistrados; durante el proceso militar de 1973-1976, el Tribunal de Enjuiciamiento destituyó a 3 magistrados.

59 Tampoco en EE.UU el juicio político es un mecanismo eficaz de remoción de magistrados judiciales. En la Cámara de Representantes se registran solo 58 acusaciones a jueces con quince casos que llegaron a decisión del Senado, donde se pueden diferenciar ciclos claramente: (a) 1804-1862: 1804: Pickering (D); 1805: Justice Chase; 1831: Peck; 1862: Humphreys (D); (b) 1862-1936: 1905: Swayne; 1913: Archibald (D); 1933: Louderback; 1936: Ritter (D); (c) 1936 a la fecha: 1986: Clairbone (D); 1988: Hasting (D); 1989: W. Nixon (D), que concluyeron con sólo siete destituciones, cuatro absoluciones, y cuatro renunciaciones (1921: English; 1939: Manton; 1941: Davis Warren; 1969: Justice Fortas) .

60 Siguiendo un orden cronológico, si descontamos los renunciados y absueltos, sólo hubo 18 magistrados destituidos (a.-) 1862-1949: i) absuelto: Palma (1870); ii) destituidos: 1. Aurrecochea (1899); 2. Ponce y Gomez (1911); 3. Arroyo (1919); 4. Allende (1920); 5. De Oro (1925); los integrantes de la CSJN: 6. Nazar Anchorena, 7. Sagarna, 8. Ramos Mejía, junto al Procurador General: Alvarez (1947); iii) renuncio: Repetto (ídem) ; (b.-) 1958-1966: 9. Klappenbach (1960); (c.-) 1983-1999: 7 destituidos, 6 absueltos y 7 renunciaron: i) destituidos (7) 10. Nicosia (1990); 11. Balaguer (1993); 12. Garcia Foucault (1995); 13. Correa (1995); 14. Branca (1997); 15. Trovato (1997); 16. Bernasconi (1999); ii) Absueltos (6) : Rodríguez (1996); Vera Campos (1997); Marino (1999); Oyarbide (2001); Pisarenco (2001); Tiscornia (2001); iii) renunciaciones (7) : Gonzalez Moreno, Zitto Soria, Rogovsky Tapia, Perugini, Tamburrino, Ferreira, Wowe, Ramos.

Actualmente, sólo los integrantes de la CSJN pueden ser sometidos a juicio político por el Congreso. En relación al supremo tribunal federal, debemos señalar dos cuestiones. Primero, es un cuerpo colegiado cuya actividad principal es dictar sentencias, entonces, el juicio político se puede desplazar hacia el contenido de las sentencias dictadas por integrantes de la CSJN. Esto nos lleva a un punto crucial: la irresponsabilidad de los jueces por el contenido de sus sentencias, asunto que no podemos ocuparnos aquí. Segundo, toda sentencia se resuelve por el voto de la mayoría de sus miembros, entonces la responsabilidad política debería comprender a todo el grupo de magistrados que avalaron dicha sentencia.

Este escenario se dio en 2004 y 2005 cuando el Senado destituyó a dos magistrados supremos. En el Caso Boggiano (Fallos 329:3235) una Corte Suprema *ad hoc* abordó este problema: “Para expresarlo sin rodeos, se considera que la destitución del recurrente no estuvo vinculada al contenido de sus pronunciamientos, sino a la configuración de la causal de mal desempeño que el Senado tuvo por acreditada, estimación que no puede ser alcanzada por el poder de revisión conferido a esta Corte. Esta conclusión hace pie en lo expresamente declarado por el Senado de la Nación en la decisión que se impugna en esta instancia, al precisar los hechos que subsumió en la causal constitucional de mal desempeño, que para una mejor comprensión, se transcribe:...” y, por estas razones, “fue destituido e inhabilitado por el órgano en cuyas manos la Constitución Nacional depositó la atribución ejercida, mediante una decisión que cuenta con la mayoría especial también prevista en los textos normativos en juego y que estimó acreditada la causal típicamente reglada del mal desempeño en las funciones”.

Como señalamos mas arriba, la comisión de delitos por un magistrado judicial es independiente de su acusación por mal desempeño por la Cámara de Diputados o por el Consejo de la Magistratura. El juez incurso en delito queda sometido al proceso penal como cualquier ciudadano, sólo deben observarse las medidas previas establecidas por la Ley 25.320. En suma, será otro juez quien juzgará al magistrado si es o no culpable de un delito tipificado en el Código Penal, sea delito común o delito cometido en ocasión del ejercicio de sus funciones (cohecho, prevaricato, etc.). Una vez acreditada la comisión del delito por un juez competente, esta condena podría dar lugar a un proceso de remoción del cargo por ante Jurado de Enjuiciamiento cuando se trate de magistrados judiciales inferiores o por

ante Congreso (o a la Legislatura provincial) si fuera integrante de un Tribunal Superior de Justicia.

Ya señalamos, con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 sólo hubo dos juicios políticos a miembros de la CSJN que concluyeron en destitución ya mencionadas, y que dieron lugar la revisión judicial por la Corte (Causa Moliné Fallos 327:1914y Causa Boggiano Fallos 329:3235). También la CSJN ha intervenido en numerosos casos de destitución de magistrados por el Jurado de Enjuiciamiento nacional (Causa «Brusa» Fallos 326:4816 del 2003), Asimismo por casos de magistrados provinciales removidos: a) por juicio político (el citado precedente Castellano; Fallos 136:147 de 1922), o b) por jurados de enjuiciamiento provinciales (caso «Graffigna Latino»; Fallos: 308:961 y 308:2609 de 1986). Son numerosos los casos provinciales que llegaron a la CSJN quien, luego de fiscalizar la observancia del debido proceso, admite que la calificación y reproche de la conducta del funcionario por los órganos competentes tiene un amplio margen de apreciación: “Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez» (Fallos 310:2845); «Llamosas, Oscar Francisco» (Fallos: 310:2031); «Retondo, María D. de Spaini» (Fallos: 311: 881); Caso Jaef (Fallos 311:2320); «Cantos, José María s/ juicio político c/ Dr. Velloso Colombes» (Fallos: 312:253); Caso “Viola, Carlos” (Fallos 313:114).»Caballero Vidal, Juan Carlos s/solicita enjuiciamiento del titular del Cuarto Juzgado Penal Dr. Carlos Horacio Zavalla» (Fallos: 315:761), «Paredes, Eduardo y Pessoa, Nelson s/ queja e inconstitucionalidad» (19/10/2004); «Acuña, Ramón, Porfirio s/ causa n° 4/99» (Fallos: 328:3148 del 23/08/ 2005). Mas recientemente Caso Catella, Marta (Fallos: 336:562/2013); Caso Saladino, Antonio (Fallos: 340:1927/2017); Caso Samame, Eduardo (Fallos: 341:54/2018), y Caso “Ramirez, Ramón Francisco Tomás s/ acusación por mal desempeño del cargo de juez de instrucción y correccional de la ciudad de Saladas - Pcia. de Corrientes” (Fallos: 341:512 del 08/05/2018) donde la Corte verificó que “el Jurado de Enjuiciamiento expuso un razonamiento coherente y fundado para tener por acreditada la causal de mal desempeño equivalente a mala conducta”⁶¹.

61 Fallos: 341:898: “Recurso de hecho deducido por Carlos Ernesto Vila Llanos en la causa Vila Llanos, Carlos Ernesto s/ a determinar” (07/08/2018) destitución por Consejo de la Magistratura de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro; Fallos: 340:1311: “Gutiérrez, Patricia y otro s/ a determinar” (26/09/2017)Jurado de Enjuiciamiento provincial que había destituido al Fiscal de Estado de la Provincia de Mendoza, doctor Joaquín de Rosas; Fallos: 344:2441 “Recurso de hecho deducido

CONCLUSIONES:

El juicio político es el procedimiento previsto por la Constitución argentina para hacer efectiva la responsabilidad política de las autoridades máximas del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. Es un proceso contradictorio que está en manos del Congreso siguiendo al modelo norteamericano, donde la Cámara de Diputados formula una acusación de “mal desempeño” ante el Senado federal que actúa de tribunal. A través del juicio político el Congreso y, en particular, el Senado se hace efectiva la responsabilidad política, que concluye con la destitución del funcionario.

Esta responsabilidad política, canalizada por el juicio político, ha sido inocua para el Poder Ejecutivo y muy escasamente aplicada para magistrados judiciales. La Reforma Constitucional de 1994 redujo los sujetos pasibles de juicio político al conjunto muy reducido de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo (Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete y Ministros) y del Poder Judicial (integrantes de la Corte Suprema de Justicia nacional).

En suma, podemos afirmar que en Argentina el juicio político no sirvió como un mecanismo parlamentario para hacer efectiva la responsabilidad política. El procedimiento parlamentario del juicio político es sumamente dificultoso porque exige mayorías agravadas de dos tercios de miembros de cada cámara, tanto para dar curso a una acusación en Diputados como para resolver la destitución en el Senado.

Esto evidencia, por un lado, que el presidencialismo argentino sigue siendo altamente inmune a la responsabilidad política y, por otro lado, que las crisis políticas se resolvieron por otras vías. Así, por ejemplo, las crisis de 1989 y 2001 condujeron a la salida anticipada de los presidentes Alfonsín y De la Rúa, mediante renuncia, o a la dimisión de los ministros del Poder Ejecutivo. Muy excepcionalmente, se aplicó el juicio político para la remoción de miembros de la Corte Suprema de Justicia.

En resumen, la responsabilidad política en Argentina no se instrumenta a través del juicio político. Si echamos una mirada al desenlace de los conflictos políticos en Latinoamérica, el panorama es desolador. En la Década de los '90, tenemos tres casos de Destitución por el Parlamento (1992: Brasil: Fernando Collor de Mello; 1993: Venezuela: Carlos Andrés Pérez; 1997: Ecuador: Abdalá

por Ricardo Videla en la causa Videla, Ricardo y otro s/ jurado de enjuiciamiento de la Provincia del Neuquén” (09/09/2021)

Bucarán); dos casos de Autogolpe con Disolución del Parlamento (1992 en Perú por el presidente Alberto Fujimori; y 1993 en Guatemala por Jorge Serrano); y tres renunciaciones (EN 1989 en Argentina del presidente Raúl Alfonsín; en 1999 en Paraguay del presidente Raúl Cubas Grau; y, nuevamente, en 2001 en Argentina del presidente Fernando De la Rúa). Las dos primeras décadas del segundo milenio tampoco ofrece un panorama alentador. Con cuatro presidentes depuestos por movimientos sociales y políticos (2000: Ecuador: Jamil Mahuad; 2003: Bolivia: Gonzalo Sánchez de Losada; 2005: Ecuador: Lucio Gutiérrez Borbúa; 2005: Bolivia: Carlos Mesa). Otros tres por Golpes de Estado de viejo cuño (2002: Venezuela: a Hugo Chavez Frías; 2009: Honduras a José Manuel Zelaya; 2019 en Bolivia: Jeanine Añez). También hubo ceses presidenciales provocados por el Parlamento: Paraguay: Fernando Lugo (2012); Guatemala: renuncia de Otto Pérez Molina desaforado por acusaciones de corrupción (2015); Brasil: Dilma Rousseff (2016); Perú en dos ocasiones: Pedro Pablo Kuczynski (2016) y Martín Vizcarra (2020). El Salvador: derivas autoritarias de Bukele (2020), A estos casos deberíamos sumar otros mecanismos más sofisticados como las *Fake News* generadas por grupos profesionales, el *Law faire*, los golpes de mercado, operaciones mediáticas grupos comunicacionales concentrados, etc. dirigidos a impedir o devaluar a funcionarios de relevancia o a potenciales candidatos contrincantes (Caso Lula en Brasil). La responsabilidad política inexorablemente va a hacerse efectiva de algún modo que, como el agua, se filtra por los poros del Estado constitucional y democrático de derecho.

JUICIO POLÍTICO Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA PERUANA



*José F. Palomino Manchego**

*Dante Paiva Goyburu***

* Abogado, magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Investigador CONCYTEC. Email: palominomanchego@gmail.com

** Abogado, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos así como docente ordinario de la Facultad de Derecho. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sección Peruana. Investigador CONCYTEC. Email: dante.paiva@unmsm.edu.pe

Sumario: I. Introducción. II. Algunos comentarios sobre la organización de la república peruana. III. ¿Cómo se judicializa la política? IV. El juicio político en el Perú. 4.1. Hacia una precisión en sus alcances. 4.2. La regulación normativa actual. 4.3. Funcionarios objeto del juicio político. 4.4. Criterios jurisprudenciales. 4.5. El particular caso del Presidente de la República. V. Conclusiones valorativas. VI. Bibliografía consultada.

Palabras clave: Gobierno, Constitución, política, acusación, infracciones constitucionales.

RESUMEN

El presente ensayo analiza la situación política peruana vigente, partiendo de una revisión de los conflictos suscitados en los años anteriores, en los cuales los poderes Legislativo y Ejecutivo emplearon diversos mecanismos para tratar de imponerse uno sobre el otro.

En este sentido, si bien la política exige diálogos, consensos y acuerdos, en el caso peruano se ha venido recurriendo al ámbito judicial para zanjar conflictos en este ámbito. A partir de ello, los actores gubernamentales han encontrado en la interposición de demandas una alternativa para dirimir sus controversias.

Adicionalmente, frente al contexto actual de suma inestabilidad y zozobra para el Poder Ejecutivo, este ha tenido que afrontar una serie de mociones en su contra, que transitan entre el pedido de la declaratoria de vacancia en el cargo, pero también la acusación por infracción a la Constitución. Este último punto merece una especial atención para diferenciarlo de las otras instituciones, y si acaso merece algún ajuste, ennobrecerla. Estas inquietudes y reflexiones académicas serán desarrolladas a continuación.

I. INTRODUCCIÓN

El Perú ingresó al siglo XXI con particular esperanza. Luego del abrupto final del régimen de Alberto Fujimori (1990 - 2000) la democracia se restauraba, el gobierno de transición encabezado por Valentín Paniagua Corazao (noviembre 2000 - julio 2001) llevó a cabo las elecciones respectivas, resultando ganador del proceso electoral Alejandro Toledo Manrique.

Al gobierno de Alejandro Toledo, que duró el tiempo constitucionalmente previsto (2001 - 2006), le sucedió Alan García Pérez, quien por

segunda ocasión se ceñía la banda presidencial (2006 - 2011), buscando reivindicarse luego de una negativa primera administración (1985 - 1990). A este gobierno siguió la gestión de Ollanta Humala Tasso (2011 - 2016), militar en retiro que, a pesar de las dudas y temores que despertó por sus originales simpatías con el régimen de Hugo Chávez, concluyó su mandato observando el periodo contemplado.

Asumió la presidencia peruana en el año 2016, luego de un ajustado proceso electoral, Pedro Pablo Kuczynski Godard. Si bien inició su mandato con la expectativa de culminar su periodo como sus inmediatos predecesores, este concluyó prematuramente en el año 2018 debido a la renuncia al cargo que presentó, motivado por una serie de enfrentamientos políticos y denuncias sobrevinientes por parte de la oposición en el Congreso, manejada por el grupo parlamentario Fuerza Popular cuya lideresa Keiko Fujimori Higuchi, perdió el balotaje contra Kuczynski.

Ante la renuncia del presidente electo, correspondía asumir el cargo para concluir el periodo presidencial hasta el año 2021 al vicepresidente Martín Vizcarra Cornejo; este último juró al cargo el 23 de marzo de 2018 iniciando su gestión con cierto respaldo y con el anhelo de la población de que cesaran los enfrentamientos entre el Ejecutivo y el Legislativo; no obstante, los buenos deseos fueron defraudados pronto, mostrando Vizcarra una actitud confrontacional e improvisación, lo que terminaría orillando a su anticipado final en noviembre de 2020, luego de haberse declarado su incapacidad moral por parte del Congreso y como tal, su vacancia en el cargo de Presidente de la República.

La vacancia de Martín Vizcarra, la misma que se dio en pleno contexto de la pandemia por la COVID-19, fue el catalizador para un estallido social bastante peculiar, un sector apelaba a la restitución del presidente vacado, otro grupo manifestaba su hartazgo con la clase política en general, así como su descontento por los problemas originados por la pandemia, y así también reclamos en contra de un deficiente desempeño de parte de distintas autoridades a nivel nacional. Las protestas acabaron con el fallecimiento de dos jóvenes que participaban en las mismas, y también con la renuncia de Manuel Merino de Lama, quien en su calidad de presidente del Congreso había asumido la Presidencia de la República.

Bajo estas circunstancias, y por la elección de una nueva Mesa Directiva en el Congreso ante la renuncia de Merino, fue Francisco Sagasti Hochhausler

quien asumió la jefatura del Estado para el tramo final del convulso periodo 2016 – 2021. Su misión natural era garantizar el proceso electoral del año 2021 en el cual se elegiría un nuevo presidente y Congreso, coincidentemente el año del Bicentenario de la proclamación de la independencia peruana (1821-2021), pero también se sumó la urgencia de enfrentar la pandemia con la vacunación a nivel nacional, empezando con los ciudadanos de mayor edad.

Luego de una reñida justa electoral, en segunda vuelta fue electo presidente Pedro Castillo Terrones, profesor de escuela proveniente del sector rural, iniciando su quinquenio presidencial en el mes de julio de 2021. No obstante, los conflictos políticos en los pocos meses que lleva en el cargo son constantes, lo cual no es el mejor de los augurios, más aún cuando su nivel aprobación ha comenzado a descender.

La caótica situación que se describe en torno al Poder Ejecutivo y Legislativo peruanos, en los últimos cinco años, ha originado que, en lugar de buscar el diálogo y el entendimiento como es natural en las democracias, hayan radicalizado sus relaciones, y han sometido sus conflictos a pronunciamientos judiciales, forzando a la jurisdicción constitucional, en el caso específico, a involucrarse en temas políticos que no son propiamente de su quehacer. Asimismo, resulta controversial que a la población se le transmita el equivocado mensaje de que la justicia es el espacio para los entredichos políticos.

Como veremos a lo largo del presente trabajo, en los últimos años, mediante los llamados “procesos constitucionales”, las autoridades del Ejecutivo y Legislativo principalmente han buscado respaldo a sus pretensiones, obviando la legalidad y legitimidad que son propios de sus funciones, optando por forzar a la justicia a dar auspicio a sus actos, y culpando a la misma cuando no han obtenido el favor anhelado.

II. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA REPÚBLICA PERUANA

Previo al análisis de la judicialización de la política peruana, que se ha presentado marcadamente en los últimos años, corresponde hacer una síntesis explicativa de las particularidades del modelo constitucional peruano, y la forma en la cual se han organizado las instituciones políticas.

Con estas coordenadas podrá comprenderse de mejor forma los retos que afrontan los poderes públicos constituidos.

En este sentido, debemos partir señalando que la norma fundamental del Estado peruano, vigente a la fecha, es la Constitución de 1993, la misma que ha sido objeto de una docena de reformas¹, pero que en esencia mantiene sus disposiciones originales en torno a la estructura del Estado.

Ahora bien, la República del Perú se encuentra establecida como un Estado Unitario con tres niveles gobierno:

- Central: De competencia y alcance nacional, que engloba a las principales entidades administrativas y de gestión organizadas en sectores. El responsable principal en este ámbito es la Presidencia de la República (el presidente peruano es elegido por sufragio universal por mayoría absoluta para un periodo de 5 años) y los ministros de Estado, coordinados por la Presidencia del Consejo de Ministros.
- Regional: En el marco del proceso de descentralización, el territorio peruano se encuentra subdividido en 25 regiones (sobre la base de los antiguos departamentos), a cargo de un Gobernador Regional (junto a un Consejo Regional) elegido por sufragio universal por los residentes de la región para una gestión de 4 años. Los gobiernos regionales han asumido funciones en el ámbito de salud, educación y otros con el fin de administrar de forma más cercana y certera los recursos asignados.
- Local: En este ámbito encontramos a las municipalidades, las mismas que pueden ser de provincias (196 a nivel nacional) y distritos (1676 en todo el país). La máxima autoridad es el alcalde, elegido por sufragio universal por los moradores de las provincias y distritos para un periodo de 4 años, acompañado por un cuerpo de regidores con los cuales se integra el Concejo Municipal.

Cabe precisar que, si bien las autoridades de cada nivel de gobierno gozan de autonomía, al tratarse de un Estado Unitario, el sistema jurídico peruano se establece teniendo como norma suprema a la Constitución, no pudiendo contravenirla ni infringirla ninguna norma de rango inferior.

1 El Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ, tiene la versión actualizada de las principales normas vigentes del Perú. La Constitución puede revisarse en el siguiente enlace <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>

En una posición inmediata inferior a la Constitución encontramos a las normas con rango de ley, y debajo de estas a los decretos, normas de carácter reglamentario, así como a las resoluciones administrativas y sentencias judiciales.

Asimismo, desde la primera Constitución peruana, sancionada en 1823, y hasta nuestros días, encontramos a los clásicos tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Conforme se ha indicado, el Ejecutivo se encuentra integrado por el presidente de la República, 2 vicepresidentes, los ministros de Estado y frente a estos el presidente del Consejo de Ministros. Por su parte, el Legislativo tiene su sede en el Congreso de la República, integrado por 130 congresistas (cámara única) electos por sufragio directo y bajo cifra repartidora para un periodo de 5 años. La elección del presidente de la República y congresistas se efectúa de manera simultánea, pero son votos independientes, es decir, se puede votar por un candidato para la presidencia y por un partido distinto para el Congreso (al mes de diciembre de 2021 hay 11 partidos políticos debidamente inscritos en el Perú). Esta situación explica en parte que en los últimos años ningún presidente haya tenido mayoría absoluta en el Congreso.

Por su parte, al Poder Judicial le corresponde la tarea de impartir justicia mediante los juzgados y salas, siendo regido por la Corte Suprema de Justicia. Es autónomo en sus funciones, dividiéndose la competencia mediante 35 cortes superiores, a partir de las cuales se establecen los distintos despachos. Se accede al cargo de juez, principalmente, mediante concurso público de méritos, siendo la Junta Nacional de Justicia el encargado de la selección de jueces y fiscales, así como de expedir el título que acredita el cargo obtenido.

En una condición similar a estos tres poderes clásicos, encontramos a 10 organismos cuya autonomía está prevista por la misma Constitución y son de alcance nacional. En los hechos, estos organismos constitucionales autónomos, como también se les conoce, tienen funciones definidas de amplia importancia, que demandan contar con poderes plenos para poder ejercer adecuadamente los encargos otorgados y cuentan con sus respectivos titulares, aunque en estos la elección no es por sufragio de la población, sino por otras fórmulas. Los principales aspectos, tomando en cuenta lo planteado en la Constitución, son resumidos en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 1
Organismos constitucionales autónomos del Perú

Organismo	Propósito principal	Funcionario titular
Se ha contemplado el antejuicio para sus principales funcionarios		
Tribunal Constitucional.	Es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad de las normas.	Presidente del Tribunal Constitucional.
Junta Nacional de Justicia.	Se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.	Presidente de la Junta Nacional de Justicia.
Ministerio Público.	Promueve de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.	Fiscal de la Nación.
Defensoría del Pueblo.	Defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.	Defensor del Pueblo.
Contraloría General de la República.	Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.	Contralor General de la República.
Los principales funcionarios no cuentan con antejuicio		
Banco Central de Reserva.	Su finalidad es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo.	Presidente del Directorio del Banco Central de Reserva.
Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.	Ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público.	Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
Jurado Nacional de Elecciones.	Impartir justicia electoral y resolver toda controversia en ese ámbito.	Presidente del Jurado Nacional de Elecciones.

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.	Inscribir los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil.	Jefe Nacional.
Oficina Nacional de Procesos Electorales.	Organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular.	Jefe Nacional.

Por otro lado, es muy importante tener en cuenta, conforme a lo establecido en la Constitución y las atribuciones que se han conferido a los tres poderes y otros organismos, que no existe una fórmula que predomine o haga prevalecer constitucionalmente a alguno de ellos. Cabe resaltar que en el Perú se tiene un régimen presidencialista, recayendo en el presidente de la República la función de Jefe de Estado y de Gobierno, así como de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Policiales; no obstante, su accionar está sujeto a distintos pesos y contrapesos por parte del Legislativo. Únicamente el Poder Ejecutivo puede imponer su agenda y propósitos si es que cuenta con mayoría en el Congreso, hecho que no ocurre desde el siglo anterior (la última experiencia la tuvo Alberto Fujimori de 1995 al 2000, aunque con resultados poco alentadores para el orden democrático).

A partir de ello, es pertinente indicar que el esquema político peruano ha establecido un régimen presidencialista, pero con potestades de control y fiscalización por parte del Poder Legislativo, el cual mediante la censura y el voto de confianza ha podido oponerse a aquellas acciones del Ejecutivo que no considera apropiadas. Adicionalmente, con la figura de la insistencia ha logrado oficializar leyes que han sido observadas por el Poder Ejecutivo, estableciendo su propia agenda y objetivos.

III. ¿CÓMO SE JUDICIALIZA LA POLÍTICA?

La expresión “judicialización de la política” viene tomando más atención dentro de las esferas de las democracias constitucionales. En varias latitudes, espacios e intereses se observa un aumento de casos judiciales y sentencias que inciden en el accionar de las autoridades y las políticas que establecen, así como en los procesos que realizan.

En este sentido, es pertinente invocar lo señalado por Feoli, quien afirmar en torno a este fenómeno que:

“La judicialización de la política implica, en resumen, dar a las cortes un determinado papel de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo”².

Para identificar aquellos patrones o rasgos característicos del fenómeno de judicialización de la política, nos remitimos a lo expresado por Ramos, quien precisa lo siguiente:

“(...) se podrían identificar al menos tres elementos presentes en los procesos de judicialización de la política: 1. Activismo judicial expresado en la actividad intensa en materia de reconocimiento de derechos y en la adopción de decisiones de contenido político. 2. Conflictos políticos canalizados a través de los tribunales o resueltos por los jueces. 3. Utilización de los tribunales por parte de ciertos actores políticos y sociales para proteger y/o defender sus intereses. Sin embargo, estos rasgos constituyentes también podrían ser expresión de aquéllos que definen la esencia misma del sistema judicial (...)”³.

Una pregunta inevitable que podemos formularnos respecto de este hecho radica en saber ¿cómo pueden involucrarse los órganos judiciales con el quehacer político? Sobre el particular, el recordado profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio resalta el papel que ocupa la justicia constitucional, refiriendo al respecto:

“Ahora, la justicia constitucional, o la jurisdicción constitucional, como se le quiera llamar, es un gran avance de la judicialización de la política. Aquí hay que recordar una famosa polémica que se generó en los años treinta entre, por un lado, Carl Schmitt en su libro *El protector de la Constitución*, que se tradujo como *La defensa constitucional*, en español, y el artículo de Kelsen “Quién debe ser el protector de la Constitución”; mientras que Schmitt decía debe ser un órgano político, él señalaba las facultades que le daba la Constitución de Weimar al presidente del *Reich* para ser árbitro político, y en cambio Kelsen decía: “ese árbitro debe ser un organismo judicial. Los resultados por supuesto fueron evidentes,

2 Feoli V., M. (2016). Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27(1), p. 85.

3 Ramos Rollón, M. (2021). ¿Jueces en la política o políticos en los tribunales? Reflexiones en torno a la judicialización de la política a partir de casos de América Latina. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (20), p. 92.

mientras las ideas de Schmitt llevaron a la tiranía hitleriana, el ejemplo de la Constitución Austriaca de 1920 y de la Constitución Española de 1931, al finalizar la segunda guerra mundial tuvo una gran repercusión primero en Europa y luego en muchos países del mundo (...)”⁴.

Consideramos oportuno además tener en cuenta que la judicialización de la política alcanza diversos ámbitos en su desarrollo, y como tal, los efectos que surgen de su práctica tienen incidencia con distintos resultados, afirmándose en este sentido que:

“La judicialización de la política es un fenómeno multifacético y que reviste distintas significaciones, dependiendo de la modalidad de la cual se trate, así como del contexto en el que se desarrolla. De hecho, difiere sustancialmente dependiendo de si se produce a propósito de cortes constitucionales que se involucran en el diseño e implementación de políticas públicas (como en Estados Unidos), o a propósito de casos de persecución de la corrupción política (como en Italia). Asimismo, la dinámica de la judicialización varía significativamente dependiendo de si se da en el contexto de democracias consolidadas o en democracias emergentes”⁵.

Es por ello que, en los tiempos actuales, puede dudarse con certeza de la integridad e imparcialidad de ciertos magistrados, quienes podrían imponer a su natural compromiso con la justicia y el derecho, las pretensiones del grupo del cual provienen, lo cual sometería a los casos importantes a ser definidos más por estrategia que por la legalidad, tal como se evalúa en los términos siguientes:

“Las estrategias de judicialización hacen referencia a los comportamientos que, siguiendo ciertos cálculos tendencialmente racionales, siguen los partidos y sus miembros para integrar los casos sustanciados ante los tribunales en sus estrategias políticas generales. Un actor político puede elegir de forma estratégica, por ejemplo, cuándo judicializa un asunto. En ocasiones, los partidos pueden recurrir la judicialización para convertir en actualidad un tema sobre el que les interesa generar debate. En otros casos, enfrentados a asuntos controvertidos, los políticos

4 Fix-Zamudio, H. (2002). Judicialización de la política. *Memoria del IV Congreso Internacional de Derecho Electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales*. Morelia, Michoacán, México, p. 7.

5 Couso, J. (2004). Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política* (Volumen XXIV), p. 30.

pueden recurrir a la judicialización para transferir a los magistrados la responsabilidad de tomar una decisión que saben impopular, evitando posicionarse ellos mismos (...)”⁶.

Y en este punto, finalizando nuestros planteamientos sobre este trascendental tema, encontramos en las palabras de Pedro de Vega ese reparo sobre el riesgo de tener una justicia controlada, pero que justifica sus acciones sobre la base de la necesidad de establecer una judicatura activa y protagónica involucrada con el quehacer político y social que podría poner en riesgo a las bases democráticas del Estado, tal como sostiene:

Planteaba Hegel con visión premonitoria el gran problema que a nosotros nos toca vivir. Por doquier asistimos al protagonismo de los órganos judiciales y de control. No dudan en ocasiones múltiples los gobiernos en acudir a ellos para salvar la legitimidad democrática difuminada y destrorada en el ejercicio cotidiano del poder. Al margen dejamos la cuestión de si esa apelación a la justicia por parte de los gobernantes se realiza efectivamente en nombre de los principios y las creencias democráticas, o desde el entendimiento grotesco y mendaz de que por poder dirigir y controlar sus actuaciones van a encontrar en ella el último y supremo argumento justificativo de sus desmanes⁷.

IV. EL JUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ

4.1. Hacia una precisión en sus alcances

Los temas asociados a un juicio o proceso nos remiten propiamente hacia la función jurisdiccional, la misma que se lleva a cabo por autoridades que cuentan con la competencia respectiva para dirimir en torno a las controversias que se susciten, ejercen de esta forma un poder especial —jurisdicción— para que sus decisiones sean obligatorias, vinculantes y ejecutables. Este aspecto es sustancial al Estado de Derecho, en donde un poder independiente, el Poder Judicial, asume la labor jurisdiccional del Estado, regulando su funcionamiento y alcances mediante el Derecho Procesal.

6 Castillo Ortiz, P. (2015). Judicialización. *El País*, 17-3-2015. Disponible en https://elpais.com/elpais/2015/03/17/opinion/1426620667_811113.html

7 De Vega, P. (1998). Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (100), p. 37.

Tal como hemos expuesto en el segmento anterior, en las últimas décadas el fenómeno de la judicialización de la política ha venido aumentando su presencia, con resultados polémicos toda vez que se advierte una intervención y riesgosa manipulación de las atribuciones políticas de distintas autoridades por parte de jueces que terminan alterando el normal curso de las actividades de la administración, así como el ejercicio de sus competencias.

El fenómeno antes descrito, sin embargo, no debe confundirse con institutos tales como el antejuicio o el juicio político, así como la acusación constitucional, los cuales tienen cierta presencia en los ordenamientos constitucionales tanto en la esfera del *Civil law* como del *Common law*, precisando que para el presente estudio, nos enfocaremos en la experiencia iberoamericana.

En este sentido, en el *Diccionario del Español Jurídico*⁸ se contempla la voz “juicio político”, refiriendo como concepto del mismo lo siguiente:

“1. Const.; Chile y Méx.

Procedimiento de naturaleza jurisdiccional, político-penal, para el enjuiciamiento de violación a la Constitución u otros delitos graves, en el que la Cámara de Representantes o, en su caso, la Junta Departamental, acusa ante la Cámara de Senadores a miembros de ambas Cámaras, ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consejeros de la Judicatura Federal, secretarios de Despacho, Fiscal General de la República, magistrados de Circuito y jueces de Distrito, consejero Presidente, consejeros electorales y secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, magistrados del Tribunal Electoral, integrantes de los órganos constitucionales autónomos, directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a estas y fideicomisos públicos”.

En el mismo *Diccionario* se incluye también el término de “acusación constitucional”, al cual corresponde el significado siguiente:

Procedimiento destinado a indagar y, en su caso, hacer efectiva la responsabilidad de altas autoridades del Estado por actos ilícitos determinados en que hayan incurrido en el ejercicio de su cargo, que contempla la declaración de la Cámara de Diputados sobre si ha o lugar a la acusación y, de haber lugar a ella, el pronunciamiento del Senado, actuando como jurado, acerca de la culpabilidad o no de la autoridad acusada.

8 Disponible en <https://dpej.rae.es/>

Con relación al antejuicio, en el *Diccionario del Español Jurídico*, como expresión a secas, se hace mención que corresponde al “Trámite previo, que se establecía como garantía a favor de jueces y magistrados, en el que se decidía si había lugar o no a proceder criminalmente contra ellos por razón de su cargo”; y por otro lado se tiene a la expresión “autorización previa para procesar a los funcionarios públicos”, dándole el significado siguiente:

“Permiso que debían otorgar los órganos o autoridades superiores jerárquicos determinados por la ley como condición imprescindible para que se pudieran tramitar denuncias o incoar procedimientos penales contra los funcionarios públicos por hechos relativos a sus funciones”.

Conforme a lo que hemos expuesto, claramente se advierte que los términos “juicio político”, “antejuicio” y “acusación constitucional” se encuentran debidamente ubicados en la lengua española y tienen diversos alcances, involucrando a distintas instituciones en su trámite y gestión. En términos directos, las voces acusación constitucional y juicio político se consideran análogas en el ámbito de Iberoamérica, correspondiendo a un proceso de carácter jurisdiccional, pero ejercido por una autoridad política, para sancionar a los funcionarios que hubieran incurrido en infracción en el desempeño de su cargo; mientras que el antejuicio viene a ser una prerrogativa para un grupo específico de funcionarios respecto a las posibles causas penales que pudieran iniciarse contra los mismos.

Advirtiendo las facetas antes descritas sobre el antejuicio y el juicio político, podemos señalar que estamos ante instituciones que corresponden a la esfera del Derecho Constitucional, y como tal, deben ser abordadas desde el enfoque doctrinal propio de la especialidad, asumiendo que de por medio se tienen relaciones de poder y el cumplimiento de facultades otorgadas por la Constitución.

4.2. La regulación normativa actual

Para este acápite, debemos partir considerando que la Constitución Política de 1993, que hasta junio de 2022 se ha mantenido sin alteraciones sobre su redacción original, aborda al juicio político y al antejuicio en sus artículos 99° y 100°. Sobre este punto, podemos señalar para apreciar sus alcances, lo siguiente:

“Interpretando los artículos 99 y 100 de la Constitución, en el Expediente 0006-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que

en el procedimiento de acusación constitucional peruano coexisten tanto la figura del juicio político o *impeachment* como el modelo de antejuicio. De esta manera, la causal de infracción constitucional será apreciada en la forma de un juicio político, y podrá significar la imposición de las sanciones de destitución e inhabilitación política; en tanto que la causal de delito cometido en el ejercicio del cargo será valorada bajo el esquema de un antejuicio que, de aprobarse, podrá determinar la suspensión en el cargo del alto funcionario”⁹.

La recepción del juicio político ha tenido distintos análisis desde la doctrina, donde se ubican tanto críticas como coincidencias sobre su tratamiento constitucional actual. Así, Valentín Paniagua señalaba acerca del juicio político que:

“En suma, el Juicio político sólo procede por «faltas políticas». Se incluye, dentro de ellas, desde luego la comisión de delitos comunes o de función pero sólo en cuanto afectan la dignidad, la autoridad y el decoro de la función. Y es que son materia de él, por tanto, todos los actos reprobables, moral o políticamente que dañen la respetabilidad de la función aún cuando no sean penalmente perseguibles”¹⁰.

Por su parte, Domingo García Belaunde, ante la pregunta sobre si la figura contemplada en la Constitución de 1993 corresponde a un juicio político, afirma:

“Pues claro que sí. Que no haya seguido el modelo histórico, y más aun que haya aislado la facultad de la inhabilitación, abriendo la puerta a eventuales excesos, no nos autoriza a cambiarle de nombre, que es el de siempre. Pretender decir que uno es el antejuicio y otro es el juicio político, es un ingenioso juego de palabras que no se compadece con la naturaleza de la institución, ni con su desarrollo histórico. El *impeachment* se tradujo siempre así, no obstante que existen varios modelos de juicio político. Y no existe ninguna razón valedera para distinguir donde ni la doctrina, ni la legislación, ni la historia, han distinguido”¹¹.

9 Defensoría del Pueblo (2022). *La responsabilidad constitucional del Presidente de la República*. Informe de Adjuntía N° 03-2022-DP/AAC, pp. 7-8.

10 Paniagua Corazao, V. (1999). La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N°. 3, 1999, p. 185.

11 García Belaunde, D. (2020). *Tiempos de constitucionalismo*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 297.

Una cuestión medular para este tema recae en lo que debe entenderse como infracción constitucional, lo cual puede ser un concepto impreciso tal como refiere Quispe Correa en los términos siguientes:

“La Constitución política advierte que determinados funcionarios pueden ser sancionados por infracción de la Constitución. Nadie pone en duda esta prerrogativa del Congreso. La discusión no va por ese punto. El tema central es: ¿existe alguna norma que determine con precisión qué actos constituyen infracción de la Constitución? Esa norma no existe. Sólo doctrina aislada que algunos despistados han confundido con el derecho positivo. Desconocen que la doctrina es diferente a la ley. Lo que falta es la norma. Puedes sobrar la doctrina. Pero nadie puede ser sancionado por la doctrina sino por lo que dice la ley de manera clara e indiscutible ¡Elemental!”¹².

A manera de síntesis entre los conceptos vigentes, Víctor García Toma¹³ sustenta la diferencia entre los institutos actuales bajo los términos siguientes:

Cuadro N° 2 **Diferencias entre juicio político y antejuicio político**

Acusación constitucional en vía de juicio político	Acusación constitucional en vía de antejuicio político
Aquí se trata de valorar políticamente la conducta funcional. Se produce como consecuencia de un acto de rendición de cuenta del acusado, por la supuesta comisión de un “ilícito político”, derivada de excesos en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.	Aquí se trata de efectuar una valoración político-jurisdiccional destinada a permitir que se establezca o se desestime el juzgamiento de un alto funcionario público por la supuesta comisión de un delito en el ejercicio de su función, tipificado como tal en la legislación de la materia.
En puridad, viabiliza la tramitación de una falta de naturaleza política no asociada con la perpetración de un ilícito penal. Ello implica considerar que la falta es lesiva al sistema político e indigna de quien ejerce una función pública en nombre y representación del pueblo, teniendo como texto “sacro” a la Constitución.	El objetivo que se persigue alcanzar es definir el tipo de intencionalidad subyacente en la formulación de una denuncia constitucional (venganza política, conducta funcional, etc.); establecer la razonabilidad de los hechos que originan la denuncia; constatar la existencia de tipicidad penal en la supuesta conducta del imputado; etc.

Elaboración propia.

12 Quispe Correa, A. (2002). *El Estado peruano*. Lima, Gráfica Horizonte, p. 50.

13 García Toma, V. (2011). La acusación constitucional. *Advocatus* N° 25, pp. 253, 255.

4.3. Funcionarios objeto del juicio político

Remitiéndonos al Cuadro N° 1 del presente estudio, en el artículo 99° de la Constitución Política se encuentran precisados los funcionarios a quienes alcanza el antejuicio; además de los señalados en el cuadro, deben añadirse el presidente de la República, los ministros de Estado, los congresistas y los vocales de la Corte Suprema.

Sobre los funcionarios objeto de este mecanismo debemos señalar que de acuerdo a nuestra historia constitucional siempre fueron contempladas las máximas autoridades de los llamados “tres poderes”; fue en 1979 que se incorporaría a este grupo a los magistrados del flamante Tribunal Garantías Constitucionales de aquel entonces, así como a los “altos funcionarios de la República”.

Sin embargo, ya en el debate constituyente de 1993, la expresión “altos funcionarios de la República” sería eliminada del texto constitucional a partir de la iniciativa de Enrique Chirinos Soto¹⁴, y se incorporarían dentro de la prerrogativa del antejuicio a los fiscales supremos, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, así como al Contralor General, funcionarios preexistentes a la Carta de 1993, y también se sumó al Defensor del Pueblo, cargo que recién se incorporaba al texto constitucional.

Las incorporaciones de los nuevos funcionarios se dieron a partir del debate en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, específicamente, por César Fernández Arce (Fiscales supremos), Róger Cáceres Velásquez (Contralor General y miembros del Consejo Nacional de la Magistratura), mientras que en el caso del Defensor del Pueblo, esto se configuró por su extracción del Ministerio Público, donde genuinamente pensaba ubicarse al cargo, pero posteriormente se le terminó extrayendo.

Consideramos apropiado invocar la explicación expuesta por Enrique Chirinos Soto para que se haga una enumeración taxativa de los funcionarios a quienes correspondía este antejuicio, refiriendo textualmente lo siguiente:

Señor Presidente, el punto es éste. El fuero constitucional que establecen esos artículos es un fuero, es una protección. Entonces, debe estar taxativamente considerado en la Constitución, porque, si abrimos esto a la

14 Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático (1993). *Diario de los Debates*, Tomo II, Lima: Congreso de la República, p. 838.

ley, todo el mundo va a entrar al fuero. Que entren al fuero el comandante y el general, que entre al fuero la Contralora, que entre al fuero cualquiera, todos los funcionarios van a querer el fuero; entonces, la moralización y todas las cosas que a usted le preocupan tanto no van a caminar. Esto debe estar en la Constitución, no en la ley.

(...) El juicio político es un honor que le impide actuar al Poder Judicial hasta que el Congreso de la República le dé luz verde. ¿Cómo vamos a estar multiplicando eso? Cuando el señor Cáceres traiga al Arzobispo de Lima, le hacemos, pues, una reforma constitucional¹⁵.

4.4. Criterios jurisprudenciales

Lo dispuesto en los artículos 99° y 100° de la Constitución Política vigente han merecido atención a nivel jurisprudencial. Como precedentes sobre el tema, a manera de resumen, vamos a remitirnos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual tanto mediante procesos de Hábeas Corpus, Amparo e Inconstitucionalidad ha emitido criterios sobre el tema, lo cual resumimos en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 3
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
en torno al antejuicio y juicio político

Expediente	Partes	Criterios
Proceso de Habeas Corpus		
3509-2009-PHC/TC	Walter Gaspar Chacón Málaga contra resolución de la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.	<i>... el procedimiento de acusación constitucional es una institución jurídico-política que se instaura por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones. mas no está diseñado o configurado respecto de la comisión de delitos comunes...</i>
0156-2012-PHC/TC	César Humberto Tineo Cabrera contra sentencia expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.	<i>El incumplimiento del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación o de los motivos de la investigación, pueden constituir una clara vulneración del derecho la defensa...</i>

15 Ibidem, pp. 846-847.

3116-2012-PHC/TC	Elsa Victoria Canchaya Sánchez contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima	<i>Si bien este Colegiado ha señalado que la prescripción constituye un límite a la acción del Estado, también ha establecido que el trámite parlamentario en el antejuicio político suspende la prescripción penal. En efecto, de acuerdo con el artículo 84° de Código Penal, “[S]i el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”...</i>
Proceso de Amparo		
3760-2004-AA/TC	Gastón Ortiz Acha contra resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.	<i>... si bien es cierto constituye un requisito indispensable para ser pasible de la sanción de inhabilitación, prevista en el artículo 100° de la Constitución, el ser uno de los funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, ello no implica, necesariamente, que el funcionario acusado deba encontrarse en ejercicio de sus funciones, sino que los delitos de función y la infracción constitucional que son materia de acusación hayan tenido lugar con ocasión de haber ocupado el cargo público...</i>
3593-2006-PA/TC	Luz Salgado Rubianes de Paredes y otro contra resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.	<i>Precisamente, la Resolución Legislativa del Congreso N.º 003-2001-CR, que inhabilita a las recurrentes, es un acto parlamentario con efectos particulares. Este tipo de fuentes normativas con rango de ley no tienen parte considerativa sino solo resolutoria, como los textos legales, porque la fundamentación de la sanción consta en el Informe Final de la Acusación constitucional...</i>

5312-2006-PA/TC	Carlos Alberto Boloña Behr contra resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.	... el procedimiento de acusación constitucional mediante el cual se realiza el antejuicio político culmina con la expedición de la resolución legislativa en la cual conste el acuerdo del Pleno del Congreso de haber lugar a formación de causa o no. Dicho procedimiento puede ser sometido a revisión si se ha vulnerado alguno de los derechos constitucionales que comprende el debido proceso; sin embargo el supuesto daño se convierte en irreparable si el dignatario denunciado pierde la prerrogativa funcional antes señalada y es sometido a la jurisdicción penal...
Proceso de Inconstitucionalidad		
0006-2003-AI/TC	Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República.	<p>§1. El antejuicio político</p> <ul style="list-style-type: none"> • La prerrogativa funcional de antejuicio político y la inmunidad parlamentaria. • Antejuicio al Presidente de la República. • Potestad del Congreso para aplicar sanciones por los delitos declarados como tales por el Poder Judicial. • El antejuicio político no puede dar lugar a la afectación de la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público. <p>§2. El juicio político</p> <ul style="list-style-type: none"> • Juicio político por infracción constitucional. • Sobre la votación necesaria para acusar y sancionar en los juicios políticos. • Sobre el procedimiento aplicable a los juicios políticos.

Podemos deducir que el tema del antejuicio y juicio político en nuestro país ha sido atendido mediante la jurisdicción constitucional, brindándose criterios asociados a su atención o práctica en aquellos casos en los que se consideró que se incurría en lesión a los derechos fundamentales, invocando para ello tanto el Hábeas Corpus como el Amparo, pero

también analizando desde la esfera del control normativo con el Proceso de Inconstitucionalidad.

Retomando nuestra consideración preliminar, esto es, la judicialización de la política, debemos enfatizar que si bien la jurisdicción constitucional representa un reducto para la correcta tutela de los derechos fundamentales y el principio de supremacía constitucional, es decir, no debe representar una licencia para que los jueces alteren o intervengan en decisiones de carácter político siempre que en su trámite se hayan respetado las disposiciones normativas aplicables.

En este sentido, involucrarse injustificadamente en las decisiones políticas adoptadas conforme a las atribuciones que le resultan inherentes a las diversas autoridades ponen en serio riesgo la seguridad jurídica y el principio de separación de poderes (funciones), menoscabando así la institucionalidad de un correcto Estado de Derecho.

4.5. El particular caso del Presidente de la República

Tal como hemos precisado, nuestro sistema de gobierno es presidencialista, pero con una serie de pesos y contrapesos que permite atenuar algunas medidas que se adopten desde el Poder Ejecutivo. En la práctica, en los últimos años, el mayor enfrentamiento ha surgido desde el Poder Legislativo empleando excesivamente y con un total desconocimiento, los mecanismos previstos constitucionalmente para controlar su labor.

Ahora bien, respecto del antejuicio y el juicio político para el Presidente de la República, prevalece lo dispuesto en el artículo 117° de la Constitución, en el cual se expresa textualmente que sólo puede ser acusado durante su período por:

- 1) Traición a la Patria;
- 2) Impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales;
- 3) Disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución,
- 4) Impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Lo antes señalado se contempla como una excepción sobre la inmunidad que le asiste al Presidente de la República durante el ejercicio de sus funciones; sin embargo, esto no implica que existan otras vías para poder hacer frente ante una situación que haga insostenible la presencia del primer mandatario en el cargo, como es el caso de la vacancia, específicamente en el caso de incapacidad moral, lo cual se asume como una herramienta de control ante una circunstancia contundente e inobjetable que requiere la deliberación en sede parlamentaria, pero que ya ha sido materia de otros amplios estudios¹⁶.

En este acápite, sin embargo, bien merece un pequeño comentario en torno a la reciente propuesta contenida en el proyecto de ley N° 2418/2021-PE, presentada el 23 de junio de 2022 por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, planteando una reforma constitucional sobre los artículos 99° y 100° de la Constitución. En perspectiva general, no varían los funcionarios comprendidos en el antejuicio, se plantea incorporar medidas para garantizar el debido proceso en los trámites de esta naturaleza, y además retira el carácter vinculante de la acusación congresal para juicios políticos, otorgando a la Fiscalía la potestad de acusar a los funcionarios, evaluándose por parte de una comisión especial de jueces supremos si hay mérito a formación de causa penal. Queda ahora en manos del Congreso de la República definir el futuro de esta propuesta del Ejecutivo, la cual, como en iniciativas anteriores, va a tener un desafío crucial en la Comisión de Constitución y Reglamento.

V. CONCLUSIONES

- La judicialización de la política es un problema ineludible de nuestro tiempo. Tiene diversos efectos, presentándose en las democracias, las cuales, si bien se fundan en el principio de separación de poderes, afrontan desafíos sobre el debido ejercicio de las atribuciones políticas que les confiere la ley a sus principales órganos de gobierno, los cuales pueden encontrar un veto en los fallos judiciales.

16 García Belaunde, D. y Tupayachi Sotomayor, J. (Coords.) (2018). *La vacancia por Incapacidad Moral*. 2ª. ed., Lima: Instituto Pacífico.

García Belaunde, D. (Dir.) (2020). *Revista Peruana de Derecho Público N° 41. Especial La vacancia por incapacidad moral*. Lima.

- Las premisas del Estado Constitucional implican que no hay prerrogativas absolutas, y que los pesos y contrapesos favorecen a un adecuado balance de los órganos con poder político del país. No obstante ello, en el particular caso de la judicialización de la política, encontramos experiencias que demuestran un peligroso empleo del sistema de justicia para bloquear el normal ejercicio de la actividad de los órganos de gobierno, resultando ello una amenaza al principio de separación de poderes.
- Durante los últimos años el Perú ha vivido una constante inestabilidad política, marcada por diversos enfrentamientos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, quienes exhiben un continuo interés por imponerse uno frente al otro. Los conflictos partidarios y los intereses de ciertos sectores se han vuelto la prioridad en el quehacer del gobierno, en desmedro de las funciones constitucionales que le asisten, perjudicando a la población, que desapruueba masivamente esta conducta.
- La política peruana del presente siglo mostraba en sus primeros años cierta vocación por la estabilidad, enfocando los esfuerzos por la modernización del país; no obstante, en los últimos años los enfrentamientos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo han llegado a tensiones permanentes.
- Las instituciones del antejuicio y el juicio político constituyen una esfera donde hay una determinante capacidad de decisión del lado del Poder Legislativo. Si bien la Constitución de 1993 introdujo novedades, la posibilidad de efectuar cambios deben precisarse en aspectos muy puntuales, como en este caso, en mérito del proyecto de ley N° 2418/2021-PE, se otorga la participación del Fiscal de la Nación para la acusación por los delitos que se cometan en el ejercicio de las funciones.
- No debe confundirse al antejuicio y el juicio político como una politización de la justicia, toda vez que en el ejercicio de cargos de amplia responsabilidad, contar con prerrogativas favorece a que se legitimen ciertas acciones donde la razón de Estado fue el interés central para decidir ante circunstancias difíciles, pero esto jamás debe ser una herramienta para la impunidad y mucho menos para la venganza política.

- Consideramos que la permanente crisis política que se vive en el Perú, parte de un deficiente entendimiento de las instituciones propias de la democracia, así como de las pretensiones de imponer puntos de vista sin contraste alguno. Para ello no se ha tenido escrúpulo en recurrir a algunos mecanismos constitucionales: la cuestión de confianza, la disolución del Congreso, la presentación de iniciativas legislativas, la expedición de decretos de urgencia y por supuesto, la interposición de demandas judiciales.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Castillo Ortiz, P. (2015). Judicialización. *El País*, 17-3-2015. Disponible en https://elpais.com/elpais/2015/03/17/opinion/1426620667_811113.html
- Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático (1993). *Diario de los Debates*, Tomo II, Lima: Congreso de la República.
- Couso, J. (2004). Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política* (Volumen XXIV), 29 – 48.
- Real Academia Española. *Diccionario del Español Jurídico*. Disponible en <https://dpej.rae.es/>
- De Vega, P. (1998). Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (100), 13 – 56.
- Defensoría del Pueblo (2022). *La responsabilidad constitucional del Presidente de la República*. Informe de Adjuntía N° 03-2022-DP/AAC.
- Feoli V., M. (2016). Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27(1), 75-98.
- Fix Zamudio, H. (2002). Judicialización de la política. *Memoria del IV Congreso Internacional de Derecho Electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales*. Morelia, Michoacán, México. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6140/2.pdf>
- García Belaunde, D. y Tupayachi Sotomayor, J. (Coords.) (2018). *La vacancia por Incapacidad Moral*. 2ª. ed., Lima: Instituto Pacífico.

- García Belaunde, D. (2020). *Tiempos de constitucionalismo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García Belaunde, D. (Dir.) (2020). *Revista Peruana de Derecho Público* N° 41. *Especial La vacancia por incapacidad moral*, Lima.
- García Toma, V. (2011). La acusación constitucional. *Advocatus* N° 25, p. 245 – 262.
- Paniagua Corazao, V. (1999). La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 3, 1999, págs. 181-204.
- Quispe Correa, A. (2002). *El Estado peruano*. Lima, Gráfica Horizonte.
- Ramos Rollón, M. (2021). ¿Jueces en la política o políticos en los tribunales? Reflexiones en torno a la judicialización de la política a partir de casos de América Latina. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (20), 86-103.

LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE



*Humberto Nogueira Alcalá**

Sumario: A) Nociones básicas sobre la acusación constitucional. B. Los antecedentes históricos de la acusación constitucional. La acusación constitucional en el texto constitucional vigente. a) El procedimiento de acusación constitucional en la Cámara de Diputados. I. Las personas que pueden ser objeto de la acusación constitucional. II. Quórum para aprobar la acusación constitucional. III. Tramitación de la acusación constitucional en la Cámara de Diputados de acuerdo con la L.O.C. del Congreso Nacional. A. La tramitación de la acusación constitucional en el Senado. B. Consideraciones finales.

A) Nociones básicas sobre la acusación constitucional

La acusación constitucional es aquel juicio jurídico político que se concreta contra autoridades o altos funcionarios del Estado por actos propios del cargo que desempeñan por las conductas antijurídicas. La acusación constitucional hace efectiva una responsabilidad constitucional que tiene rasgos jurídicos y políticos por los ilícitos constitucionales establecidos taxativamente por las respectivas Cartas Fundamentales, los cuales pueden estar constituidos por infracciones a la Constitución o las leyes, abusos de poder o delitos, dependiendo de las causales específicas de cada caso¹.

* Ex Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

La acusación constitucional hace efectiva una responsabilidad constitucional propia de un Estado de Derecho, en el cual quién ejerce una potestad pública es responsable de encausarla dentro del marco constitucional y legal, respondiendo de las infracciones jurídicas, abusos o desviaciones de poder ocasionadas en el ejercicio de su cargo en los términos precisados por cada Constitución Política del Estado respectivo.

La finalidad de la acusación constitucional, en cuanto garantía propia del Estado de derecho y mecanismo de control interorgánico de base constitucional, es contener el abuso o desviación de poder de las personas o autoridades acusables, resguardar y garantizar el orden institucional de la República Democrática y los derechos esenciales de las personas.

La sanción básica que recibe el funcionario o autoridad considerada culpable en una acusación constitucional es la destitución del cargo, a la cual puede agregarse en algunos ordenamientos constitucionales específicos la inhabilitación del derecho político a ocupar cargos públicos, sean o no de elección popular.

La acusación constitucional constituye una especie de justicia política por ser un órgano de naturaleza política quién conoce y resuelve, determinando la eventual responsabilidad de la persona acusada, como asimismo por el carácter abierto de algunas causales que conforman los ilícitos contrarios a la Carta Fundamental expresados taxativamente en ella.

En virtud de las características de la acusación constitucional es que la competencia se le otorga al Congreso Nacional y no a la jurisdicción ordinaria o a un Tribunal Constitucional. Como ya señalaba el profesor Jorge Tapia Valdés “dichos asuntos son sustraídos de la competencia de los tribunales ordinarios debido a que el proceso de conocer y fallar la causa abarca no sólo aspectos jurídicos, sino otros de carácter político superior, sea en relación con el orden constitucional, sea respecto de la conducción superior del Estado”².

1 Ver Bronfman, Alan. 1993. “Funciones y atribuciones del Congreso Nacional”. En Bronfman, Alan; De La Fuente Hulaud, Felipe y Parada Espinoza, Fernando. 1993. *El Congreso Nacional, estudio constitucional*. Ed. CEAL, Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, pp. 105-202. Schweitzer, Daniel. 1972. *Acusación Constitucional, regímenes de emergencia y otros estudios*. Ed. Andrés Bello, Santiago.

2 Tapia Valdés, Jorge. 1993. “Funciones y atribuciones del Parlamento entre 1960 y 1990”, en *Diagnóstico Histórico Jurídico del Poder Legislativo en Chile 1960-1990*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 128.

La acusación constitucional denominada en ciertos casos juicio político, tiene rasgos básicos comunes en Chile y diversos países latinoamericanos, como ocurre, entre otros, con los casos de Argentina, México y Uruguay.

Germán Bidart Campos, uno de los constitucionalistas argentinos de mayor relieve de la segunda mitad del siglo XX, precisaba que, en su país la acusación constitucional recibía la denominación de juicio político “(...) porque no es un juicio penal; en el que se persigue castigar sino separar del cargo; no busca juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado”³.

Los destacados académicos mexicanos Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona precisan que el juicio político se caracteriza por su desarrollo en sede parlamentaria y ser un procedimiento de enjuiciamiento de altos funcionarios públicos con “la consecuencia, de que el fallo condenatorio únicamente implica la destitución e inhabilitación del responsable, el cual posteriormente, si su conducta esta tipificada penalmente, puede ser sometido a un proceso ante los tribunales ordinarios”⁴.

A su vez, el profesor José Korseniak en Uruguay considera que las consecuencias de la acusación constitucional, cuando la decisión es condenatoria son dos: “separar del cargo al gobernante enjuiciado, que queda sujeto a juicio conforme a la ley, lo que significa su pase a la justicia ordinaria. El primero de los efectos tiene el contenido de una destitución”⁵.

B) Los antecedentes históricos de la acusación constitucional

Los antecedentes de la acusación constitucional se encuentran en parte en el juicio de residencia español y, en otra parte, en el “*impeachment*” de origen inglés, de donde pasó a la Constitución Norteamericana y luego a los países latinoamericanos.

La institución británica se originó en 1376, practicándose contra los funcionarios de la Corona y luego fue asumida por la Constitución de los

3 Bidart Campos, Germán. 1986. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Editorial EDIAR, Buenos Aires, p. 612.

4 Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. 2005. *Derecho constitucional Mexicano y comparado*. Editorial Porrúa, México, D.F. pp. 728-729.

5 Korseniak, José. 2008. *Primer curso de derecho público. Derecho Constitucional*. Cuarta edición. Edición Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p.508.

Estados Unidos de Norteamérica de 1787, sección III, párrafo 7, de donde la institución con adaptaciones pasa a los estados latinoamericanos durante la primera mitad del siglo.

En el *impeachment* inglés, se juzga con un equívoco carácter político como señala Salgado Pesantes, el “desempeño de las funciones, en cuyo ejercicio puede atentarse al interés público o puede incurrirse en violaciones normativas – sea a la Constitución o a las leyes – o cometer delitos políticos o incluso comunes”⁶.

Los autores de la Constitución Federal norteamericana tenían un amplio conocimiento acerca de la institución del *impeachment* utilizado en Inglaterra, por la que la tomaron y adecuaron a su nuevo ordenamiento constitucional. La sección cuarta del artículo 2º de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica determina que “*El Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves*”.

La Constitución norteamericana en su artículo tercero, sección tercera, clausula primera, determina que “La traición contra los Estados unidos sólo consistirá en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, impartiendoles ayuda y protección. A ninguna persona se le condenará por traición si no es sobre la base de la declaración de los testigos que hayan presenciado el mismo acto perpetrado abiertamente o de una confesión en sesión pública de un tribunal”.

Respecto de la causal de cohecho o soborno (bribery), se encuentra configurada por el derecho común, sobre la base de lo establecido por la jurisprudencia, por lo que no se consideró relevante detallarlo en el texto constitucional de 1787⁷.

6 Salgado Pesantes, Hernán. 2003. “Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana”, en VV.AA. 2003. *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo Piza Escalante*. Tomo I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José. P. 172.

7 Story, Joseph. 1833. *Commentaries of the Constitution of the United States, with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and States, before the adoption of the Constitution*. Volumen II, capítulo X. Hilliard, Gray and company – Cambridge: Brown, Shattuck, and Co Boston. p. 263.

Respecto de las expresiones “*Other high crimes and misdemeanors*” pese a sostenerse que se refiere únicamente a los delitos previstos en la ley penal, en la práctica norteamericana, el senado conoce y juzga “aquellos delitos que proceden de la conducta indebida de los hombres públicos o, en otras palabras, del abuso o violación de un cargo público”⁸.

Es necesario precisar que, a diferencia del sistema británico en su desarrollo institucional hasta hace poco tiempo en que la Cámara de los Lores desarrollaba funciones judiciales, el Senado Norteamericano no funciona como alta Corte de Justicia, por lo cual únicamente puede pronunciarse sobre la destitución y o inhabilitación del funcionario público, pero sin capacidad de imponer sanciones de naturaleza penal. Si hubiere hechos susceptibles de responsabilidad penal en el funcionario destituido por la acusación constitucional, dicha responsabilidad debe ser dilucidada en los tribunales ordinarios con arreglo al debido proceso, de acuerdo a lo que dispone el artículo primero, sección tercera, clausula séptima de la Constitución Federal.

El segundo antecedente es el *juicio de residencia español*, aplicado por los reyes españoles a los funcionarios y autoridades dependientes de la Corona durante la etapa colonialista en América Latina, personas que ejercían tanto funciones gubernamentales y administrativas, como judiciales y municipales. Este juzgamiento político tenía por objeto defender los derechos de los nacidos en las colonias americanas y castigar a autoridades y funcionarios reales que hubieren cometido abusos o excesos respecto de dichas poblaciones. Tal juicio de residencia estuvo regulado en distintas leyes y luego recogido en la compilación de Leyes de Indias (Libro V, tomo XV). Dicho juicio de residencia podía terminar con sanciones de multas, confiscación de bienes, prisión, inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, e incluso el destierro. Diversos Virreyes, Capitanes Generales, príncipes, condes y caballeros fueron objeto de juicios de residencia y sufrieron sus sanciones durante el período colonial.

La acusación constitucional se diferencia del juicio de residencia por el hecho de que no evalúa todas las acciones desarrolladas por la autoridad o funcionarios en el ejercicio del cargo, sino que tiene causales

8 Hamilton, Alexander. “El Federalista, LXV”, en Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John. 2001. El Federalista (1780). Ed. Fondo de Cultura Económica, segunda edición en español, México D. F. p. 277.

jurídicas específicamente señaladas en la Carta Fundamental para cada persona acusable y ellas son las únicas que pueden dar lugar a la acusación constitucional.

Señalemos que las acusaciones constitucionales en América Latina tienen diferencias significativas en las causales, los órganos acusadores y juzgadores y, obviamente, el procedimiento mismo y sus efectos antes, durante y después de dictarse la sentencia, por lo que no es posible generalizar sobre la materia.

La evolución de la acusación constitucional en Chile

La acusación constitucional establecida en nuestro ordenamiento jurídico y que hunde sus raíces en las primeras constituciones chilenas, adquiere cierta forma ya en la Constitución de 1822, que es la primera en establecer el bicameralismo chileno que se mantiene hasta nuestros días. La Constitución de 1823 determinaba la función del Senado como órgano acusador y la Corte Suprema como juzgador. La Constitución de 1828 se acerca más a los rasgos de la acusación constitucional como se desarrolla en la Constitución de 1833, determinando en su artículo 48 la atribución exclusiva del Senado para abrir juicio a los acusados por la Cámara de Diputados y pronunciar sentencia, con la concurrencia de, al menos, las dos terceras partes de los votos, siendo acusables el Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros, los miembros de la Corte Suprema y los de ambas cámaras. Será la Constitución de 1833 la que da forma definitiva a la acusación constitucional y de ella pasará con algunos retoques a las Constituciones de 1925 y de 1980⁹.

Las características propias de la acusación constitucional en Chile están dadas por las propias normas constitucionales que rigen este proceso o juicio constitucional, jurídico y político simultáneamente, como en las normas complementarias de la ley N° 18.818 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en particular, su título IV, como asimismo los Reglamentos de la Cámara de Diputados y el Senado.

9 Ver Silva Bascuñan, Alejandro. 1985. "El juicio político y la Constitución de 1980", en *XV Jornadas chilenas de derecho público*. Universidad de Valparaíso. Ed. Edeval, Valparaíso, Chile, pp. 231-240. Bronfman V. Alan; De la Fuente Hulaud, Felipe; y Parada Espinoza, Fernando. 1993. *El Congreso Nacional. Estudio constitucional, legal y reglamentario*. Ed. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso. Pp. 170 - 175.

La acusación constitucional en el texto constitucional vigente

La acusación constitucional en la Carta Fundamental se encuentra entregada como atribución exclusiva de la Cámara de Diputados y del Senado, en las etapas procedimentales respectivas, como determinan los artículos 52 N° 2 y 53 N°1 de la Constitución, materia que analizaremos a continuación.

La Cámara de Diputados, de acuerdo al artículo 52 N° 2 de la Constitución, esta investida de la atribución de determinar si debe o no concretarse una acusación constitucional contra determinadas personas taxativamente señaladas en el texto de la disposición constitucional precisada ante el Senado.

En efecto, el artículo 52 N° 2 de la Carta Fundamental determina que es atribución exclusiva de la Cámara de Diputados:

“2) declarar si ha o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:...”

a) El procedimiento de acusación constitucional en la Cámara de Diputados

La acusación constitucional es así una atribución exclusiva que se plantea por la Cámara de Diputados y es resuelta por el Senado. En nuestro ordenamiento jurídico la acusación constitucional debe ser formulada únicamente por *“no menos de diez ni más de veinte diputados”* como establece el numeral 2° del artículo 52 de la Constitución. Ninguna otra autoridad, funcionario o persona puede plantear una acusación constitucional.

La fijación de un número mínimo de parlamentarios tiene por objeto evitar las acusaciones temerarias y sin un mínimo de representatividad que le otorga el número mínimo de diez diputados exigido por la disposición constitucional. Asimismo, el número máximo de veinte diputados que pueden formular la acusación constitucional evita que la acusación, al momento de su formulación, cuente ya con el acuerdo de la mayoría de la Cámara de Diputados, lo que impediría un análisis serio en el debate y apreciación de los hechos y la determinación de si ellos son fundamento suficiente para plantear la acusación ante el Senado de la República.

En el inciso primero del art. 52 N° 2 de la Carta de 1980, el aspecto nuevo en relación a la Constitución de 1925 viene establecido por el número mínimo y máximo de diputados que pueden presentar la acusación, *no*

menos de diez ni más de veinte. Además, cambia la expresión “*funcionarios*” empleados por la Carta de 1925, a la de “*personas*”, expresión esta última más amplia, con la que se califica a los potenciales acusables o sujetos pasivos de acusación constitucional.

I. Las personas que pueden ser objeto de la acusación constitucional

Las personas que pueden ser objeto de acusación constitucional en nuestro ordenamiento constitucional son:

- 1) El *Presidente de la República* (art. 52 N°2 letra a),
- 2) Los *Ministros de Estado* (art. 52 N°2 letra b),
- 3) Los *Magistrados de los tribunales superiores de justicia* (art. 52 N° 2 c) y el *Contralor General de la República* (art. 52 N° 2 letra d).
- 4) Los *Generales y Almirantes de las Fuerzas de la Defensa Nacional* (art.52 N°2, letra e), y
- 5) Los delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales y la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a que se refiere el artículo 126 bis.

Las causales por las cuales las personas pueden ser acusadas y el periodo o lapso para ello

La acusación constitucional del Presidente de la República (art. 52 N° 2 letra a), debe ser por *actos de su administración que haya comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes.*

Esta acusación puede interponerse mientras el Presidente está en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara de Diputados.

El constituyente de 1980 establece que para hacerse efectiva la responsabilidad del Jefe de Estado, éste debe haber “*comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación*”.

El verbo *comprometer* implica poner en riesgo o exponer a la nación en una acción aventurada. Basta, por tanto, que se estime creado el peligro en virtud del acto, para que se haya comprometido a la nación.

El calificativo de la acción, *gravemente*, equivale a compromiso grande, de mucha importancia. Debe haber por tanto un criterio de proporcionalidad lógica respecto de la intensidad del compromiso en relación a la pérdida del bien jurídico protegido.

Honor es la “gloria o buena reputación”, la que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, a las personas y sus acciones.

Seguridad, es decir, libre de peligro, daño o riesgo; está firme sin riesgo de desmoronarse o caerse.

El *Honor y Seguridad nacionales* son así el prestigio, buena reputación de la comunidad nacional, el legado recibido de las generaciones anteriores, el desarrollo de las actuales potencialidades y el robustecimiento de ellas con las acciones hacia el futuro de los bienes que se poseen. El haber comprometido el honor o seguridad de la nación puede llegar a constituir el delito de sedición o traición configurado y penado por la legislación criminal (Código Penal, Código de Justicia Militar y Ley de Seguridad Interior del Estado). Hay así una relación de género a especie entre los primeros y los segundos.

El honor de la nación desde un punto de vista objetivo se afecta cuando se pone en tela de juicio o se disminuye la reputación, la imagen y el buen nombre de la nación ante la comunidad internacional por acciones u omisiones culpables que afecten el respeto y cumplimiento de nuestras obligaciones jurídicas internacionales, entre ellas, el respeto y promoción de los derechos humanos. Desde un *punto de vista subjetivo* dice relación con la autoestima, la valoración que tenemos de nosotros mismos en cuanto nación respecto del respeto de nuestro propio ordenamiento jurídico político y los valores y principios en que esta se basa, en la medida que los respetemos o irrespetemos, mejora o empeora nuestra propia autoimagen como sociedad civilizada y como Estado de Derecho Constitucional, en cuanto república democrática, en cuanto a respeto, garantía y promoción de los derechos humanos y dignidad de las personas (art. 1º, 4º, 5º, 6º y 7º de las bases de la institucionalidad)

A su vez, *la seguridad de la nación* es aquel estado de vida de la sociedad política nacional, en el que se respeta, garantiza y promueven los derechos de todas las personas y cuerpos intermedios en la concreción del bien común, la garantía de la integridad territorial y el normal funcionamiento de las

autoridades constituidas dentro del sistema republicano democrático y de acuerdo con las normas del Estado de Derecho Constitucional, respetando el derecho de autodeterminación del cuerpo político de la sociedad.

Las *amenazas contra el Estado de Derecho*, el irrespeto de los derechos humanos y las presiones al margen de las instituciones y mecanismos institucionales establecidos, dependiendo de su gravedad practicadas por una autoridad a funcionario acusable por tal causal, *pueden constituir una grave vulneración de la seguridad nacional* en cuanto amenaza inminente de su posible trasgresión y *afectar el honor de la nación*, en cuanto república democrática respetuosa de sus compromisos jurídicos y políticos internacionales y de su propio sistema institucional.

También puede ser acusado el Presidente por *“haber infringido abiertamente la Constitución y las leyes”*. Es decir, haber quebrantado o violado francamente la Constitución y las leyes.

La acusación constitucional contra el Presidente de la República normalmente se efectuará en casos extremadamente graves o calificados, por lo que implica la crisis institucional y política que produce dicha acusación y eventual destitución del Presidente de la República, figura central de un régimen democrático con tipo de gobierno presidencialista, en el que reúne las calidades de Jefe de Estado, de Gobierno y de la administración. Si la actuación no constituye un caso especialmente grave y calificado en que se haya infringido la Constitución o las leyes operará la acusación constitucional respecto del o de los ministros de Estado que hayan firmado junto al Presidente de la República el acto administrativo (reglamento o decreto supremo) considerado inconstitucional o ilegal.. Ya sabemos que todos los reglamentos y decretos del Presidente de la República deben firmarse por el Ministro de la cartera respectiva, sin lo cual ellos no serán obedecidos, como determina el artículo 35 inciso 1° de la Constitución. Asimismo, los Ministros son responsables individualmente de los actos que firmaren y solidariamente responsables de los que suscribieren o acordaren con los otros Ministros como precisa el artículo 36 de la Carta Fundamental.

En el caso chileno hay diversas acusaciones constitucionales contra presidentes de la República tanto en el ejercicio del cargo como después de haberlo ejercido, así bajo el imperio de la Constitución de 1928, se planteó una acusación contra el Presidente Francisco Ramón Vicuña que no prosperó. Asimismo, bajo la Constitución de 1925, se formuló

acusación constitucional contra el Presidente Carlos Ibáñez del Campo en 1931, cuando ya se encontraba fuera del país, la cual fue aprobada por el Senado por abuso de poder por 32 votos contra 1, en sesión de 26 de octubre de 1931 como recuerda Silba Bascuñán¹⁰; Ibanéz del Campo fue nuevamente acusado en su segundo mandato presidencial, durante el ejercicio del cargo, siendo dicha acusación rechazada por la Cámara de Diputados. También existe registro de la acusación constitucional del ex Presidente de la República Arturo Alessandri Palma en 1939 que tampoco prosperó. La última acusación constitucional es durante la vigencia de la actual Constitución¹¹ contra el Presidente de la República Sebastián Piñera en el ejercicio del cargo en 2019, no prospero por haberse acogido a cuestión previa. La segunda acusación constitucional en 2021 fue formulada por la Cámara de Diputados ante el Senado, pero no alcanzó el quorum requerido para su destitución de 29 senadores; el primer capítulo referido a que el Mandatario habría infringido la Constitución y las leyes, contó con 24 votos a favor, 18 en contra y 1 abstención, mientras que el segundo capítulo relativo a haber comprometido gravemente el honor de la nación, obtuvo 22 votos a favor, 20 en contra y 1 abstención.

En la región, en otros países, a diferencia de Chile, las acusaciones constitucionales contra los presidentes de la república han prosperado e implicado la destitución de ellos, entre los cuales pueden contarse los casos de Collor de Melo en 1992 en Brasil; Abdala Bucaram, en 1997 y Lucio Gutiérrez, en 2005, en Ecuador; Carlos Pérez en 1993 en Venezuela, Alberto Fujimori en 2001 en Perú; Manuel Zelaya en 2009 en Honduras; y de Fernando Lugo en 2012 en Paraguay.

La *acusación constitucional en contra de los Ministros de Estado*, puede formularse por haber comprometido *gravemente el honor y la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado estos sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno* (art. 52 N° 2 letra b).

10 Silba Bascuñán, Alejandro. 2000. *Tratado de Derecho Constitucional*. Segunda edición, Tomo VI, p. 148.

11 Debemos señalar que en Chile estamos en el proceso en que una Convención Constitucional ha elaborado un nuevo proyecto de Constitución el que será sometido a referéndum el 4 de septiembre próximo.

La acusación constitucional contra los Ministros de Estado fuera de las causales ya analizadas y que son comunes con las del Presidente de la República, está la “*haber dejado sin ejecución las leyes*” y los delitos de “*Traición*”, “*concusión*”, *malversación de fondos públicos y soborno*”.

Ejecución es acción y efecto de ejecutar, forma de hacer una cosa. *Dejar sin ejecución* es no realizar las acciones o dejar sin efectos los mandatos de la ley.

Traición es el delito de no guardar lealtad y fidelidad a la nación o la patria, actuar contra el honor, la seguridad e independencia de la nación. Delito penado en el Código Penal.

Concusión es la “acción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio”. Exacción es la acción o efecto de exigir prestaciones, cobro injusto y violento. Estas acciones están penadas por los arts. 157 y 241 Código Penal.

Malversación de fondos públicos, es la inversión ilícita de caudales públicos o equiparados a ellos en usos distintos de aquellos para que está destinados” art. 233 al 238 del Código Penal.

Soborno, es la corrupción con dádivas para conseguir de una persona alguna cosa. El soborno se tipifica cuando se da tanto para cumplir con el deber como para dejar de cumplirlo. Es sinónimo de cohecho, sancionado en los artículos 248 al 250 del Código Penal.

Bajo el imperio de la Constitución de 1925 el Senado tuvo que pronunciarse sobre una gran cantidad de acusaciones constitucionales, entre 1925 y 1940, período tomó conocimiento de 20 libelos presentados en contra de 42 autoridades, varias de las cuales fueron objeto de repetidas acusaciones. El año 1931 se presentaron 14 acusaciones constitucionales, 14, el ex Presidente de la República, Carlos Ibáñez del Campo, fue encontrado culpable del delito de abuso de poder el 26 de octubre de 1931; y el ex ministro de Hacienda, Carlos Castro Ruiz, fue destituido el 3 de noviembre de ese año. Diversas acusaciones constitucionales contra los ministros y ex ministros Carlos Vergara, Guillermo Edwards, Julio Philippi, Carlos Frödden, Manuel Barros, Alberto Edwards, Luis Matte, Edecio Torreblanca, Humberto Arce, Ricardo Puelma, Edgardo Von Schroeders, Bartolomé Blanche, Aquiles Vergara, Enrique Balmaceda, Pablo Ramírez, Alejandro

Lazo, Luis Salas Romo, Luis Cabrera Negrete, Matías Silva, Pedro Enrique Alfonso Barrios, Abraham Ortega, Arturo Bianchi, no fueron acogidas.

En el periodo entre 1941 y 1950, se interpusieron y no fueron acogidas las acusaciones constitucionales contra el ministro del Trabajo don Juan Pradenas; el ministro de Tierras y Colonización, don Rolando Merino; el ministro del Interior, don Arturo Olavaria, en 1941; el ministro del Interior Raúl Morales Beltrami; el ex ministro de Educación Pública, don Oscar Bustos Aburto; y la del ministro de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, don Sótero del Río.

En el periodo 1951 y 1960 se acogió la acusación constitucional presentada en contra del ministro de Relaciones Exteriores, Osvaldo Saint-Marie Soruco y el ministro de Justicia, Arturo Zuñiga Latorre, quienes fueron destituidos el 26 octubre 1957, por haber dejado sin ejecución las leyes y haber comprometido gravemente el honor de la nación

Entre 1960 y 1970 la Cámara de Diputados realizó seis acusaciones constitucionales ante el Senado, este último no acogió ninguna de ellas. Entre los ministros acusados se encontraban el ministro de Defensa; Carlos Vial Infante; el ministro de Hacienda, Sergio Molina Silva; el ministro de Economía, Domingo Santa María Santa Cruz; el ministro de Educación, Juan Gómez Millas; el ministro del Interior, Edmundo Pérez Zujovic y el ministro de Hacienda, Andrés Zaldívar Larraín.

El período con mayor cantidad de acusaciones constitucionales es el que transcurre entre 1971 y 1973, en el cual el Senado destituyó 7 ministros de Estado; el Ministro de Interior, don José Tohá González, el 22 de enero de 1972; su sucesor, don Hernán Del Canto Riquelme el 27 julio 1972; el Ministro de Hacienda, don Orlando Millas Correa, el 10 de enero de 1973; el Ministro de Minería, don Sergio Bitar y el Ministro de Trabajo, don Luis Figueroa, el 20 de julio de 1973; el Ministro de Economía, Orlando Millas Correa el 5 julio de 1973 y el Ministro de Interior Gerardo Espinoza el 19 julio de 1973.

Durante el imperio de la Constitución de 1980, sólo se ha destituido por acusación constitucional a una sola persona como Ministro de Estado, es el caso de la ex Ministra de Educación Yasna Provoste Campillay, durante el Gobierno de la Presidenta Bachelet, cuya acusación fue aprobada en la Cámara de Diputados por 59 votos contra 55 y dos abstenciones en la Cámara de Diputados y aprobada la destitución en el Senado por 20

votos de la Alianza e independientes y 18 en contra de la Concertación por la Democracia por el capítulo de la acusación constitucional referido a la “corrección de las graves infracciones e irregularidades cometidas por la Secretaría Regional Ministerial de la Región Metropolitana en materia de recursos públicos” Los restantes capítulos de la acusación constitucional fueron rechazados, por empate a 19 votos fue rechazado el capítulo segundo sobre “no aplicación de sanciones en los casos de infracción grave a la Ley de Subvenciones”; por cuatro votos a favor y 30 en contra se rechazó el tercer capítulo referido a la “No destitución del SEREMI de la Región Metropolitana por la responsabilidad administrativa que le cabe en las infracciones e irregularidades graves”; y por 14 votos a favor y 24 en contra también fue rechazado el capítulo cuarto “Ignorar los resultados y recomendaciones de las auditorías que dan cuenta de gravísimas irregularidades cometidas en distintos programas y regiones del país” y por 3 votos a favor y 34 en contra se rechazó el quinto capítulo “Entregar informaciones inexactas o intencionalmente incompletas a la opinión pública y a la Cámara de Diputados, infringiendo el principio de la probidad administrativa”.

Es necesario señalar, que el ejercicio de la acusación constitucional contra ministros de Estado es el que puede prestarse para una mayor discrecionalidad por parte del Congreso Nacional en el ejercicio de sus funciones, por causales demasiado amplias de acusación y poco configuradas legalmente, lo que alienta en diversos casos traspasar el ámbito estricto de una acusación constitucional por causales jurídicas a una forma de ejercicio simplemente de la responsabilidad por desacuerdo político propio de la censura en regímenes parlamentarios, semipresidenciales o presidencialismos atenuados o con algunos rasgos parlamentarios como son Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En esta perspectiva, puede señalarse que las últimas dos acusaciones constitucionales contra Ministros de Estado con distintos resultados, las concretadas contra Yasna Provoste en 2008 y contra el Ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter en 2012, constituyen muestras de una elasticidad de las causales de acusación contra Ministros de Estado que pueden rayar en una práctica de ejercicio de responsabilidad política por desacuerdo político y no por ilícitos inconstitucionales adecuadamente configurados.

Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y el Contralor General de la República (art. 52 N° 2, letra c), por la causal de notable abandono de sus deberes

Por Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia deben entenderse los integrantes de las Cortes de Apelaciones de jurisdicción ordinaria y las cortes especializadas (Corte Marcial, arts. 48, 49 y 54 del Código de Justicia Militar, los auditores y oficiales vocales que los integran por ser jueces permanentes), como asimismo, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

En la misma situación se encuentra el *Contralor General de la República*".

¿Qué implica la causal "notable abandono de sus deberes"?

Notable implica "digno de atención y cuidado"

Abandono es "desamparar a una persona o cosa" de sus deberes.

Deber es aquello a lo que se está obligado por la ley.

Así, la causal en análisis significa dejar, en grado digno de atención o cuidado, las obligaciones provenientes del cargo o función que se desempeña.

Luego, el aspecto central del análisis es determinar cuáles son los deberes de los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República.

En el caso de los magistrados es punto pacífico en la doctrina y la jurisprudencia que parte de esos deberes son los que contiene el Código Orgánico de Tribunales, pero *ellos no son todos los deberes*. En efecto, la Constitución de 1980 reformada en 1989, establece como deber de todos los órganos del Estado, incluido los tribunales superiores de justicia, el *deber de respeto y de promoción de los derechos esenciales de las personas asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes*, de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

En virtud de esta norma constitucional incorporada en 1989, *los deberes de los magistrados dejan de ser solamente los de carácter formal o adjetivo*, pasando a formar parte de tales deberes aspectos tan sustantivos como *respetar y promover los derechos esenciales de las personas*. Queda atrás así el debate sobre el sentido y alcance de los deberes de los magistrados en el texto original de la Constitución.

Perspectiva similar asume Alejandro Silva Bascuñán en su tratado, cuando considera que la acusación constitucional contra Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia o el Contralor General de la República no puede limitarse “al incumplimiento de deberes simplemente adjetivos, importa, a nuestro juicio, una interpretación tan fuera del propósito constitucional, como lo está, por otra parte, descargar, por su intermedio, sanción a quién haya satisfecho rectamente, dentro de mínimas y razonables aptitudes y conocimiento, sus tareas de alto magistrado o de Contralor”¹².

Silva Bascuñán ya en su primera edición del tratado de Derecho Constitucional, en su tomo III, determinaba: “No se afecta la independencia del poder judicial si se admite que no solo por infracción de obligaciones adjetivas, sino por graves delitos indicados en el artículo 84 (actual artículo 79), pueden ser removidos por el Senado de sus altas funciones. Si ello ocurre serán juzgados por la magistratura ordinaria competente”¹³.

Asimismo, es necesario considerar que el artículo 79 de la Constitución determina que “Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que regulan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”.

“Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esa responsabilidad”.

Sin lugar a dudas, consideramos que si la Carta Fundamental ha establecido específicamente las conductas de los magistrados que son contrarias al ordenamiento jurídico y que deben ser sancionadas como delitos. No se entiende por tanto, que no pudiera realizarse una acusación constitucional por la infracción de los más importantes deberes de los magistrados, ya que aún condenados por la acusación constitucional, igualmente debieran ser sancionados por iguales tribunales y procedimientos que los demás magistrados del Poder Judicial.

Podemos concluir así que no hay afectación alguna de la independencia del Poder judicial si se asume que los magistrados pueden ser

12 Silva Bascuñán, Alejandro. 2000. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI. Congreso Nacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 174.

13 Silva Bascuñán, Alejandro. 1963. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III, primera edición*, p. 108. Cita reiterada en la segunda edición de 2000. *Tratado de Derecho Constitucional Tomo VI*, p. 175.

sancionados por incumplimiento de sus deberes adjetivos y sustantivos tanto constitucionales como los establecidos en el artículo 79 de la Carta Fundamental, como los legales considerados en el código Orgánico de Tribunales, pudiendo ser removidos por el Senado de sus altas funciones y luego, juzgados por la magistratura ordinaria competente. Cabe recordar el principio básico de todo Estado de Derecho, de que todo aquel que ejerce poder es responsable por las decisiones adoptadas. En el estado constitucional democrático no existe la visión que en su momento señalara un magistrado de la Corte Suprema, de que “después de la Corte Suprema estaba sólo la Corte Celestial”. Por lo demás, esta es la perspectiva contemplada en prácticamente todos los regímenes presidencialistas latinoamericanos.

Así hay *notable abandono de deberes*, cuando de modo digno de reparo, por su forma excesiva o desproporcionada, los magistrados de los tribunales superiores de justicia han hecho abandono de sus deberes sustantivos y formales establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales y las leyes, que incluyen el respeto y promoción de los derechos esenciales y la correcta utilización de los fuentes del derecho, entre ellas los tratados internacionales. Así la denegación de justicia, la torcida administración de ella y la omisión grave de la consideración de las normas jurídicas aplicables al caso concreto, constituyen en nuestra opinión notable abandono de deberes¹⁴.

De acuerdo con esta interpretación, se aprobó la única acusación constitucional mediante la cual se destituyó un Ministro de Corte Suprema en la historia constitucional chilena, el Ministro Hernán Cereceda Bravo,

14 Sobre la materia existen diversos estudios específicos, entre ellos, Canales Nettle, Patricia y Edmundo Serán. 1992. Procedencia de la acusación constitucional en contra de los magistrados de los tribunales superiores de justicia. Serie Estudios / Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (Santiago, Chile) Año II, no. 54, dic.1992. Evans Espiñeira, Eugenio. (1994). *El notable abandono de deberes como causal de acusación en juicio político*. Santiago. García Barzelatto, Ana María. “El notable abandono de deberes como causal de acusación constitucional de los jueces”. *Revista de derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Año LXV, no. 202, jul./dic.1997, Concepción, p.175-186. Martínez Ocamica, Gutemberg y Rivero Hurtado, Renée. (2004). *Acusaciones constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Saenger Gianoni, Fernando. (1994). “Comentarios doctrinales e históricos relacionados con la acusación constitucional contra ministros de la E. Corte Suprema deducida en diciembre de 1992”. *Revista de derecho / Universidad Católica de la Santísima Concepción*. Vol.II, no.1, p.103-116; Vol.III, no.3 Talcahuano, p.57- 69.

a la época, diciembre de 1992, Presidente de la Tercera Sala de la Corte Suprema, bajo el imperio de la actual Constitución, por vulnerar el derecho al debido proceso en su dimensión concreta de dilación indebida o no dictar los fallos dentro de un plazo razonable, como se fundamentó por gran cantidad de senadores al emitir el voto, como lo determinan la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. El Ministro Cereceda fue destituido en las sesiones del 26 y 27 de enero de 2003, realizándose la votación nominal de los capítulos de acusación, por haber retenido personalmente un proceso más de cinco meses, habiendo persona privada de libertad.

Los fundamentos señalados no solo son aplicables a los magistrados de los tribunales superiores de justicia, sino que ellos son también aplicables al Contralor General de la República.

Consideramos, además, que en el caso de la omisión de aplicación de las normas obligatorias de los tratados internacionales ratificados y vigentes afecta, además, el honor del Estado y debilita la seguridad de la nación, con todo lo que ello significa, lo que tiene *reconocimiento jurisprudencial por parte de la misma Corte Suprema de Justicia*.

En efecto, la Corte Suprema ha determinado: “ *Que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuere procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente, de producirse debilitaría el Estado de Derecho*”¹⁵.

Asimismo, la Corte Suprema ha señalado que:

“...El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena

15 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia de 26 de octubre de 1995, considerando 14.

fe. Y, en cuanto al Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tienen aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias lo ha reconocido”.

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5° inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos. (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, p. 2066, considerando 4°)”¹⁶.

Los Generales y Almirantes de las instituciones de la defensa nacional (art. 52 N° 2 letra d) pueden se acusado por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión

Las causales de acusación ya fueron analizadas con anterioridad en relación al Presidente de la República. y Ministros de Estado. *El delito de sedición*, única causal nueva de esta letra d) del artículo 52 N° 2, está tipificado por el alzamiento contra la Constitución, siendo eliminado tal especificación en la Constitución de 1980, aún cuando permanece su tipicidad en el código penal. Ella constituye una reminiscencia del siglo XIX, donde los alzamientos contra el gobierno central de la república provenían de las provincias del norte y del sur del país, generalmente de Concepción y Coquimbo.

En esta materia, cabe señalar que durante la vigencia de la actual Carta Fundamental, se inició en 1998 acusación constitucional contra el ex Comandante en Jefe del Ejército, Augusto Pinochet Ugarte por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, procedimiento que no alcanzó el quórum requerido para poder ser presentada la acusación por la Cámara de Diputados ante el Senado de la República, en sesión de la Cámara de diputados de 9 de abril de 1998.

16 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I, Ed Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002. p. 236

De los delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a que se refiere el artículo 126 bis, s, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión

Las causales de acusación ya han sido analizadas en el caso de los Ministros de Estado y de los generales y almirantes de las instituciones de la Defensa Nacional.

Durante la Constitución de 1833, se concretaron cinco acusaciones constitucionales contra intendentes: en 1850, respecto del Intendente de Aconcagua, José Manuel Novoa; en 1858 respecto del Intendente de Concepción Adolfo Larenas, en 1864 respecto del Intendente de Aconcagua José Pérez Mascayano; en 1864 se acusó al Intendente de Colchagua, Ángel Prieto y Grez; y en 1876 se acusó al Intendente de Valparaíso Francisco Echaurren Huidobro.

Los intendentes como órganos de gobierno interior en el ámbito regional que precedieron a los actuales Delegados

Durante la Constitución de 1925, se presentaron ocho acusaciones constitucionales contra intendentes, las que se concentraron en los últimos dos años de operación regular de la Carta Fundamental: la acusación contra el intendente del Bío Bío, Federico Wolf Álvarez, se acogió el 26 de octubre de 1972; la del intendente de Santiago, Alfredo Joignat Muñoz se aceptó el 2 de noviembre de 1972; la del nuevo intendente de Santiago de la época, Jaime Faivovich, se aceptó el 25 de abril de 1973; la del intendente del Ñuble, Luis Quezada, se acogió el 10 de julio de 1973; la del intendente de Talca, Francisco Reyes, el 12 julio de 1973; y la del intendente de Valparaíso, Carlos González Márquez el 14 de junio de 1973.

Durante la vigencia de la Constitución de 1980, se han presentado cuatro acusaciones contra intendentes. El año 2002, contra el Intendente de la Región Metropolitana, don Marcelo Trivelli; en el año 2004, contra el Intendente subrogante de la V Región, don Iván de la Maza; en el año 2010, contra doña Ximena Matas Quilodrán como Intendenta de la Región de Atacama y en 2011, contra la Intendente de la VIII Región del Bio-Bio, doña Jacqueline Van Rysselberghe, la que renunció al cargo, ante la inminente aprobación de la acusación constitucional.

Salvo el caso del Presidente, todas las demás personas acusables por la Cámara de Diputados pueden serlo durante el ejercicio del cargo o hasta 3 meses después de hacer dejación de sus funciones (artículo 52 N° 2 inciso segundo). Interpuesta la acusación el afectado no puede ausentarse del país sino con autorización de la Cámara de Diputados, y no puede abandonar el país en caso alguno si ya está aprobada la acusación.

II. Quórum para aprobar la acusación constitucional

El quórum por el cual la Cámara de Diputados para determinar que hay lugar a la acusación constitucional contra el Presidente es el del voto de la mayoría de los diputados en ejercicio, en los demás casos de requiere la mayoría de los diputados presentes, quedando el funcionario suspendido de sus funciones.

III. Tramitación de la acusación constitucional en la Cámara de Diputados de acuerdo con la L.O.C. del Congreso Nacional

La tramitación de las acusaciones constitucionales en la Cámara de Diputados se encuentra regulada por la ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional en su título IV, artículo 37 a 46.

De acuerdo a las disposiciones mencionadas, las acusaciones constitucionales deben formularse siempre por escrito y se tendrán por presentadas desde el momento que se da cuenta de ellas en la Cámara de Diputados, lo que deberá hacerse en la sesión más próxima que esta celebre, conforme determina el artículo 37 de la LOC del Congreso Nacional.

El artículo 38 de la misma ley, señala que en dicha sesión se procederá a elegir, a la suerte y con exclusión de los acusadores y de los miembros de la mesa, una comisión de cinco diputados para que informe si procede o no la acusación.

El afectado por la acusación debe ser notificado personalmente o por cédula por el secretario de la Cámara de Diputados o por el funcionario que éste designe, dentro de tercero día contado desde que se da cuenta de la acusación. En todo caso, se debe entregar al afectado o a una persona adulta de su domicilio o residencia copia íntegra de la acusación, como señala el artículo 39 de la ley en análisis.

El acusado tiene la facultad, dentro del décimo día de notificado, de concurrir a la comisión realizar su defensa personalmente o presentarla por escrito.

Si el afectado no asistiere a la sesión a que se le cita o no enviarte defensa escrita se procederá sin su defensa, conforme dispone el artículo 40 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

En todo caso, conforme al artículo 41 de la LOC del Congreso Nacional, la comisión tendrá un plazo de seis días, contados desde la fecha de la comparecencia del afectado o desde que se hubiere acordado proceder sin su defensa, para estudiar la acusación y pronunciarse sobre ella. Este es un ámbito importante del derecho a la defensa de la persona afectada por la acusación y forma parte de las garantías constitucionales del debido proceso o racional y justo procedimiento. Esta materia debiera ser regulada en forma adecuada por el Reglamento de la Cámara de Diputados. Sin perjuicio de ello, consideramos que el plazo de seis días es absolutamente insuficiente para que la Comisión de acusación constitucional pueda hacer un trabajo serio y adecuado, lo que requiere que dicho plazo sea ampliado.

El informe preparado por la comisión deberá contener, según prevé el artículo 41 inciso segundo de la ley considerada, a lo menos, los siguientes aspectos: una relación de las actuaciones y diligencias practicadas por la comisión; una síntesis de la acusación, de los hechos que le sirven de base y de los delitos, infracciones o abusos de poder que se imputen en ella; una relación de la defensa del o de los acusados; un examen de los hechos y de las consideraciones de derecho, y la o las resoluciones adoptadas por la comisión.

Transcurrido el plazo de seis días antes señalado, y aunque dentro de él no se haya presentado el informe por la comisión, la Cámara de Diputados sesionará diariamente para ocuparse de la acusación, de conformidad con el artículo 42. Para este efecto, el afectado se entenderá citado de pleno derecho, por la sola circunstancia de la notificación que se le hubiere practicado de acuerdo al artículo 39, a todas las sesiones que celebre la Cámara.

Antes de que la Cámara de Diputados inicie el debate, el afectado podrá deducir, de palabra o por escrito la cuestión de que la acusación no cumple con los requisitos que la Constitución Política señala, conforme al artículo 43 de la LOC del Congreso Nacional. Si la cuestión previa se

planteare, la Cámara de Diputados deberá resolverla por mayoría de los diputados presentes, después de oír a los diputados de la comisión informante, los cuales entregarán su opinión sobre la materia. Esta cuestión previa debe resolverla la Cámara previamente al análisis del fondo de la acusación.

Si la Cámara acogiere la cuestión previa, la acusación se tendrá por no interpuesta. Si la desechare, no podrá renovarse la discusión sobre la improcedencia de la acusación y nadie podrá insistir en ella.

La cuestión previa puede ser acogida solamente si la acusación constitucional no cumple los requisitos: de ser presentada por no menos de diez ni más de veinte diputados en ejercicio; de presentarse contra una persona o autoridad acusable constitucionalmente de acuerdo al artículo 48 de la Constitución, que la acusación verse sobre una de las causales taxativamente señalada en el texto constitucional, que ella sea formulada dentro del plazo fijado por la Carta Fundamental, y que la acusación sea formulada por escrito. Tal es la perspectiva asumida por la Cámara de Diputados desde 1992 hasta la actualidad.

Si la cuestión previa fuese desechada o si ella no se hubiere deducido, la Sala de la Cámara de Diputados procederá de la siguiente forma, conforme al artículo 44 de la LOC del Congreso Nacional:

- a) si el informe de la Comisión recomendara aprobar la acusación se dará la palabra al diputado que la mayoría de la comisión haya designado para sostenerla, y después se oír al afectado, si se encontrara presente, o se leerá la defensa escrita que haya enviado, y
- b) si el informe de la Comisión recomendara rechazar la acusación, se dará la palabra a un diputado que la sostenga y después podrá contestar al afectado o, si éste no lo hiciere, un diputado partidario de que se deseche la acusación.

El afectado por la acusación podrá rectificar hechos antes del término del debate. El mismo derecho tendrá el diputado informante de la comisión cuando ésta recomendara acoger la acusación, o un diputado que la sostenga, cuando la acusación hubiere sido rechazada por la comisión. Todo ello conforme al artículo 45 de la ley analizada.

De acuerdo con el artículo 46 de la LOC del Congreso Nacional, en la última sesión que celebre la Cámara para conocer de la acusación se

votará su admisibilidad. Dicha sesión sólo puede levantarse si se desecha la acusación o si ésta se acepta. En este último caso se nombrará una comisión de tres diputados para que la formalice y prosiga antes el Senado. Aprobada la acusación, la Cámara de Diputados deberá comunicar este hecho al Senado y al afectado, dentro de las veinticuatro horas siguientes de concluida la sesión antes señalada.

La persona o autoridad cuya acusación sea aprobada por la Cámara de Diputados para ser planteada ante el Senado de la República, queda suspendido de todas las funciones públicas que se encuentra ejerciendo, sean estas o no las que hayan motivado la acusación, ella se desprende del análisis sistemático y finalista del artículo 48 N° 2 inciso final y el artículo 49 N° 1 de la Constitución, en virtud del compromiso de la fe pública, a excepción del Presidente de la República.

Las atribuciones exclusivas del Senado. Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior (art. 53 N° 1)

Tal disposición estaba contenida en el artículo 42 N° 1 de la Constitución de 1925, estableciendo, a diferencia de la norma actual, que el conocimiento de la acusación se producía *previa audiencia del acusado*, sólo si éste no asistiere a la sesión, en que se le citaba, o no enviaba defensa escrita, podrá el Senado renovar la citación o proceder sin su defensa.

El Senado, dice el artículo 53 N° 1 inciso 2° de la actual Constitución, debe resolver como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.

El ilícito constitucional puede ser así un delito, una infracción o un abuso de poder. La expresión abuso de poder debe entenderse en un sentido amplio, vale decir, como abuso de poder propiamente tal, en cuanto ejercicio de un poder o competencia que no se tiene, o en el sentido de desviación de poder, ejercicio de una potestad que se tiene con fines diferentes de aquella con que la función y competencia fue establecida.

Cuando el Senado conoce de la acusación contra el Presidente de la República, la declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio; en los demás casos se requiere solo de la mayoría de los senadores en ejercicio.

La decisión del Senado debe pronunciarse dentro de los treinta días siguientes desde que la Cámara de Diputados concreta la acusación ante el Senado. La suspensión cesará si el Senado no se pronuncia dentro del plazo de 30 días y también si éste desestima la acusación.

El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. La resolución dictada por el Senado genera la destitución de la persona de sus funciones y adicionalmente la inhabilitación para el desempeño de funciones públicas por el lapso de cinco años.

El inciso final del artículo 53 N° 1 se refiere a la destitución de “*sus funciones*”, vale decir a toda función pública que se encuentre desarrollando, así por ejemplo el Ministro de la Corte Suprema, Sr. Cereceda, al ser destituido, le significó hacer dejación de las otras funciones públicas que desarrollaba, la de Ministro del Tribunal Constitucional y la de profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La última parte de este inciso que establece la inhabilitación para desempeñar cargos públicos por el lapso de cinco años es nueva, no existía en la Constitución de 1925, este precepto constitucional de la Carta Fundamental vigente recoge la experiencia práctica de la Constitución de 1925, en lo referente a enroques ministeriales desarrollados primero por el gobierno de Ibáñez, y luego por el gobierno de Salvador Allende. Los Ministros destituidos por el Congreso Nacional por acusación constitucional eran simplemente cambiados de cartera ministerial, con lo que se burlaba la decisión parlamentaria. Con la nueva disposición constitucional la persona destituida no puede ejercer *función pública* alguna durante el lapso de cinco años. Esta última disposición nos parece excesiva y desproporcionada, sería suficiente que la norma estableciera la inhabilitación de funciones públicas no electivas por el lapso de cinco años. No concordamos con la parte de la disposición que establece la inhabilitación para cargos públicos electivos, ya que en ellos debe ser el voto ciudadano el que determine si ellos deben o no asumir funciones electivas, en la medida que el cuerpo político de la sociedad es la autoridad máxima en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

En nuestra opinión, el constituyente de 1980 al establecer la inhabilitación para todo tipo de función pública por el lapso de cinco años, incluidas las funciones electivas, generó en este último caso una norma

contraria al artículo 23 de la CADH, constituyendo una vulneración del mismo, materia que debe ser necesariamente revisada, debiendo restringirse la inhabilitación constitucional al sólo desempeño de funciones no electivas. Consideramos que un Ministro de Estado destituido por acusación constitucional no debiera tener impedimento jurídico para poder ser electo por la ciudadanía para el ejercicio de los cargos de Presidente de la República, de parlamentarios, de alcalde, concejal o consejero regional de acuerdo con las normas constitucionales vigentes, en la medida en que, en una *república democrática*, la ciudadanía constituye la última palabra al determinar quiénes son sus representantes, salvo que la persona destituida por acusación constitucional lo sea por sentencia firme de un tribunal de justicia competente, independiente e imparcial, de acuerdo con el respeto a las normas del debido proceso, en un proceso penal.

En tal sentido deben tenerse presente las normas sobre garantías de los derechos políticos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 23, que es parte de los derechos fundamentales o humanos que como estándar mínimo que nos hemos obligado como Estado a cumplir de buena fe y sin poner obstáculos de derecho interno, sobre lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ya ha emitido algunas sentencias. Es necesario considerar que dicha disposición convencional de derechos humanos dispone en su numeral 2º, que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades de acceso a las funciones públicas, *“exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”*.

Es necesario en esta materia no olvidar que la Corte IDH ha sostenido reiteradamente en sus fallos que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de *“oportunidades;”* término este último que implica, como señala la Corte IDH, *“la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”*¹⁷.

17 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, de fecha 1 de septiembre de 2011. (Fondo, Reparaciones y Costas).

Como ha señalado la Corte IDH en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, “*Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos*”¹⁸. Asimismo, se ha establecido el estándar de que “*en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal*”¹⁹.

Así el procedimiento de acusación constitucional debe respetar escrupulosamente las garantías del debido proceso y las garantías judiciales del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: comunicación previa de la acusación (art. 8.2.b), los inculpados deben tener el conocimiento oportuno y completo de los cargos; derecho a la presunción de inocencia (art. 8.2); derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (art. 8.2.c), el acceso amplio y oportuno al acervo probatorio; defensa personal o a través de un defensor elegido libremente y con quien el acusado se pueda comunicar en forma libre y privada (art. 8.2.d.); derecho a interrogar a los testigos y obtener que comparezcan otras personas que colaboren en el esclarecimiento de los hechos (art. 8.2.f); controvertir los elementos probatorios y obtener decisiones fundadas y notificaciones oportunas y conforme a la ley. En el ejercicio de la potestad discrecional del Senado como órgano del Estado para resolver la acusación constitucional debe actuar conforme al debido proceso y a la legalidad, siguiendo los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad²⁰.

Es necesario considerar que la CIDH ha establecido “*que los actos del proceso de destitución (...) seguido ante el Congreso, que se hallan sometidos a normas legales que deben ser puntualmente observadas, pueden, por eso mismo,*

18 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párrafo 69.

19 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párrafo 70.

20 Así se ha precisado en la práctica judicial argentina, por ejemplo, el 29 de diciembre de 1987, en el caso “Magin Suárez”, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina dejó sentado el criterio de la justiciabilidad del juicio político ante los casos de violación del derecho a un debido proceso. Cf. Bidart Campos, Germán J. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, Buenos Aires, p. 320.

ser objeto de una acción o recurso judiciales en lo que concierne al debido proceso legal. Este control no implica valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo”²¹.

A. La tramitación de la acusación constitucional en el Senado

Dicha tramitación se encuentra regulada en los artículos 46 inciso final al artículo 52 de la L.O.C. del Congreso Nacional.

El oficio de la Cámara de Diputados da cuenta de haber entablado la acusación constitucional de acuerdo al artículo 52 N^o2 de la Constitución, el cual es dirigido al Senado, el presidente de éste deberá dar cuenta en la sesión más próxima de la Corporación, en ella se fijará el día en que comenzará a tratar de ella. La fijación de dicho día se realizará en la misma sesión en que se dé cuenta de la acusación. Si el Congreso estuviera en receso, dicha determinación la adoptará el presidente del Senado. Todo ello conforme al artículo 47 de la LOC del Congreso Nacional.

El Senado o su presidente, según corresponda, conforme al artículo 48 de la ley en comento, deberá fijar como día inicial para comenzar a tratar de la acusación alguna de los comprendidos entre el cuarto y el sexto, ambos inclusive, que sigan a aquél en que se ha dado cuenta de la acusación o en que la haya recibido el presidente. El Senado quedará citado por el sólo ministerio de la ley a sesiones especiales diarias, a partir del día fijado y hasta que se pronuncie sobre la acusación.

El Senado al actuar en la materia como tribunal que ejerce jurisdicción y afecta derechos políticos de las personas afectadas mediante su sentencia de declaración de culpabilidad, debe cumplir con los requisitos esenciales de todo tribunal, actuando con plena independencia, como asimismo, los senadores como integrantes del tribunal deben actuar en forma imparcial, lo que puede implicar la recusación de senadores que hayan prejuzgado permitido pronunciamientos previos sobre la materia específica del caso que deben resolver. A su vez, el procedimiento desarrollado ante el Senado debe reconocer al acusado su presunción de inocencia, su derecho a defensa letrada eficaz, la bilateralidad de la audiencia, la igualdad de armas, la producción de prueba, la dictación de la resolución o sentencia dentro de un plazo razonable, la que debe ser adecuadamente fundada,

21 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N^o 71, párrafo 94.

basada en las fuentes del derecho vigente y congruente. Sobre esta materia debe tenerse presente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso del Tribunal Constitucional del Perú*, de fecha 31 de enero de 2001, que determinó la responsabilidad del Estado peruano por vulneración del derecho al debido proceso, especialmente el artículo 8.1 de la CADH, en la acusación constitucional contra tres magistrados del Tribunal constitucional Peruano, ordenando su restablecimiento en el cargo por el resto de tiempo que tenían al momento de su destitución para cumplir el respectivo periodo.

El Senado debe citar al acusado y a la comisión de diputados designada para formalizar y proseguir la acusación a cada una de las sesiones que celebre para tratarla, según determina el artículo 49 de la LOC del Congreso Nacional.

EL artículo 50 de la misma ley, señala que corresponde formalizar la acusación a los diputados miembros de la comisión especial. Si ellos no concurren, se tendrá por formalizada la acusación con el oficio de la Cámara de Diputados.

A continuación hablará el acusado o se leerá su defensa escrita. El acusado podrá estar representado por un abogado,

Los diputados miembros de la comisión especial tendrán derecho a réplica, el acusado a duplica. Cumplida esta etapa, el presidente del Senado anunciará que la acusación se votará en la sesión especial siguiente.

En la sesión especial antes aludida, se votará cada capítulo de la acusación por separado, conforme determina el artículo 51 de la LOC del Congreso Nacional. Se entenderá por capítulo el conjunto de los hechos específicos que, a juicio de la Cámara de Diputados, y según constituyan cada uno de los delitos, infracciones o abusos del poder que, según la Constitución, autorizan para interponerla.

El resultado de la votación se comunicará al acusado, a la Cámara de Diputados, y según corresponda, al Presidente de la República, a la Corte Suprema o al Contralor General de la República, conforme determina el artículo 52. Sin perjuicio de lo anterior, y para los efectos del proceso a que haya lugar, se remitirán todos los antecedentes al tribunal ordinario competente.

La separación del cargo del culpable es la consecuencia ineludible de la condenación del Senado, además la persona encontrada culpable del ilícito constitucional no puede ocupar ninguna función pública sea o no de elección popular por el lapso de cinco años.

Tal prohibición constitucional impide que la autoridad destituida puede ocupar otro cargo público sea similar o de otra índole dentro de la administración del Estado, en la judicatura y otros organismos públicos que establece la Constitución y las leyes, como, asimismo, no puede desempeñar el cargo de Presidente de la República, parlamentario, gobernador regional, consejero regional, alcalde o concejal municipal.

El inculpado que ha sido destituido por el Senado, a diferencia de lo que ocurrirá bajo la Carta de 1925, tiene como sanción adicional la inhabilidad considerada, ello le impide de volver de inmediato a ejercer una función pública como ocurría con los Ministros y los enroques ministeriales o el nombramiento en otros cargos públicos que compensaban la pérdida de la función pública de la que habían sido destituidos de acuerdo a la práctica desarrollada durante la vigencia de la Constitución de 1925.

Cabe precisar que si bien la resolución del Senado que destituye es una resolución política, ella es de naturaleza diferente a la responsabilidad política que puede hacer efectiva el Congreso en otros sistemas constitucionales respecto de los Ministros de Estado como ocurre en tipos de gobierno parlamentarios, en los tipos de gobiernos semipresidenciales y en algunos presidencialismos parlamentarizados de América Latina.

La diferencia fundamental entre la responsabilidad política que se expresa en un voto de censura o desconfianza y el acuerdo parlamentario que hace efectiva la responsabilidad de los Ministros de Estado, es que el primero es producto del simple desacuerdo político o de apreciación sobre el rumbo de la acción gubernamental, mientras que la resolución del Senado en nuestro sistema constitucional solo puede basarse en las *causales jurídicas expresamente establecidas en la Constitución*, que hacen efectiva una responsabilidad jurídico-política respecto de los ilícitos constitucionales²²,

22 Esta perspectiva es adoptada también por el profesor Francisco Zúñiga. 1993. "Acusación en Juicio Político: notas sobre la justicia constitucional", en revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, números 2 y 3, p. 718. En el mismo sentido, Martínez Ocamica, Gutemberg y Rivero H, Renée. 2004. Acusaciones constitucionales. Análisis de un caso. Una visión parlamentaria. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 62.

que pueden constituir delitos, infracciones del ordenamiento jurídico o abusos de poder y la decisión del Senado tiene el carácter de sentencia definitiva sobre la materia.

En perspectiva similar, el profesor Francisco Zúñiga señalará que “esta responsabilidad constitucional, distinta de las responsabilidades de derecho común, se hace efectiva a través de un instituto de “justicia política”, que por su deficitaria racionalización no permite en rigor designar a los órganos camarales como ministerio público y tribunal respectivamente, ni tampoco permite homologar el procedimiento, a un proceso (entendido éste como el iter formalizado, finalístico y garantista en que se despliega la potestad jurisdiccional). La justicia política es un mixtum conceptual, que por su fuerte carga política, refleja una forma larvada de racionalización garantista en la persecución de una responsabilidad constitucional”²³.

Luego de esta primera etapa político-jurídica viene una segunda etapa, que tiene por objeto el juzgamiento del acusado considerado culpable por el Senado. Dicho juzgamiento queda entregado a los tribunales de justicia, este no lo puede realizar el Congreso, ya que de acuerdo, al artículo 76, inciso primero de la Constitución: “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar(los) fundamentos o contenidos de las resoluciones (judiciales) o hacer revivir procesos fenecidos”.

El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si la hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al estado o a particulares.

En esta segunda etapa, la autoridad o funcionario destituido por el Senado debe ser juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente. Tal juzgamiento tiene por objeto la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, como también hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.

Esta etapa de la acusación constitucional le entrega al juez del proceso la responsabilidad de determinar la condena o la absolución o decretar

23 Zúñiga Urbina, Francisco. (2006). “Responsabilidad Constitucional del Gobierno”, en Revista *Ius et Praxis*, Volumen 12 N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, universidad de Talca, Talca, p. 52.

el sobreseimiento de la causa, ya sea porque la causal que determinó el Senado para resolver la culpabilidad y destitución del acusado no está constituido como delito o no está expresamente descrito en la ley, como establece la Constitución en su artículo 19 N° 3 inciso final. Asimismo, el juez podrá absolver o sobreseer la causa cuando no se haya comprobado completamente el delito o no exista la convicción de la participación dolosa del inculpado. En dicho caso el juez no podrá aplicar pena alguna. No olvidemos al respecto, que *“ningún delito se puede castigar con otra pena que la que señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”* (artículo 19 N° 3 de la Constitución).

Tal situación no tiene incidencia alguna en la decisión adoptada por el Senado.

Así la etapa judicial sigue a la etapa político-jurídica, pero ambas son independientes, y las resoluciones de una no afectan ni condicionan las resoluciones que haya adoptado la otra.

Ello, a su vez, lleva a señalar la necesidad de considerar la regulación legal y descripción esencial de las conductas consideradas ilícitas por la Constitución en la ley. Si ello no acontece en todos los casos, habrá algunos en que no podrá hacerse efectiva la responsabilidad penal o civil de los culpables destituidos por el Senado, reduciéndose su responsabilidad a una de naturaleza sólo jurídico política.

B. Consideraciones finales

El modelo de acusación constitucional o *impeachment* ha estado en permanente evolución y situaciones de cambio, desde la institución inglesa, pasando por el juicio político norteamericano, el juicio de residencia español y la acusación constitucional o juicio político en el derecho constitucional latinoamericano en sus diversas variantes.

El núcleo fundamental de la acusación constitucional que se ha mantenido en el tiempo es contener el abuso o desviación de poder de las diversas personas o autoridades acusables, resguardar y garantizar el orden institucional de la República Democrática y los derechos esenciales de las personas, sancionando con la destitución del cargo al funcionario o autoridad considerado culpable.

En el caso chileno, la modificación más significativa en materia de acusación constitucional ha sido introducida por la Constitución vigente, la cual agregó a la decisión del Senado que determina la destitución de la persona o autoridad afectada, la inhabilitación para el desempeño de funciones públicas sean o no de elección popular por un lapso de cinco años.

Consideramos que es necesario revisar esta inhabilitación para reducirla al desempeño de cargos no electivos, ya que consideramos que la ciudadanía tiene el derecho de elegir como sus autoridades como Presidente de la República, parlamentarios, Alcalde, concejales y consejeros regionales a personas que sean de su confianza política y que puedan haber sido afectadas por un juicio político, sin que ello implicara responsabilidad penal determinada por los tribunales competentes.

La obligación jurídica adquirida por el Estado al ratificar libre y voluntariamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y obligarse al respeto y garantía de los derechos asegurados a las personas convencionalmente, como asimismo a adecuar el ordenamiento jurídico interno a las obligaciones convencionales, requiere revisar la suspensión del cargo a las personas acusados por la Cámara de Diputados sin que exista aún resolución definitiva del Senado, ya que ello vulnera la presunción de inocencia del artículo 8º de la CADH y el ejercicio de derechos políticos del artículo 23 de la misma convención, como asimismo las reglas taxativas del mismo artículo en su párrafo 3º para restringir o limitar el ejercicio de derechos políticos de los ciudadanos, lo que cuenta con jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La acusación constitucional debe concretarse dentro del derecho a un debido proceso, el cual es predicable en todo procedimiento en el que se ejerza autoridad y se afecten derechos fundamentales. Su ámbito de aplicación comprende el campo judicial, los procedimientos administrativos y parlamentarios. Asimismo, las pautas y los derechos que componen las dimensiones sustantiva y procesal del debido proceso deben ser observados durante todo el desarrollo de la acusación constitucional. Es preciso incluir dentro del debido proceso sustantivo aplicado a la acusación constitucional, la debida motivación de las decisiones parlamentarias en esta materia.

Los elementos que integran la dimensión procesal del derecho a un debido proceso deben ser convenientemente adecuados al diseño de la

acusación constitucional. En virtud de ello, las garantías del respeto a las formalidades de una buena notificación y audiencia, el derecho a un juzgador imparcial, el principio de publicidad, el derecho a ser asistido por un abogado, una adecuada defensa, la posibilidad de ofrecer y actuar medios probatorios, la prohibición de las dilaciones indebidas, la resolución dentro de un plazo razonable, la obligación de motivar lo resuelto.

El respeto y garantía efectiva de los aspectos del debido proceso pueden ser revisados por la instancia jurisdiccional competente, como asimismo, el afectado puede recurrir al amparo interamericano que puede concluir con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ocurrió en el caso del Tribunal Constitucional del Perú y de los Jueces de la Corte Suprema y Constitucional del Ecuador.

Finalmente, la acusación constitucional debiera estar prevista únicamente para los ilícitos constitucionales suficientemente configurados cometidos en el ejercicio de las funciones públicas, evitando acusaciones que se encuentren fuera de los parámetros de un Estado Constitucional democrático que se rige por la interdicción de la arbitrariedad.

EL IMPEACHMENT EN EL CONTEXTO DE LA ACTUAL CRISIS CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA



Jorge Madrazo Cuéllar*

Sumario: 1. Advertencia. 2. Orígenes del *Impeachment* norteamericano. 3. El debate en la Convención Constitucional. 4. Fundamentos constitucionales. 5. El Federalista sesenta y cinco. 6. Los sujetos del *Impeachment*. 7. Las causas del *impeachment*. 8. Casos de *Impeachment* en la historia constitucional de los Estados Unidos. 9. Los casos de *Impeachment* respecto del presidente # 45. 10. Los expedientes de Nueva York, Georgia y la investigación sobre los hechos del 6 de enero de 2021 por el comité de la casa de representantes. 11. A modo de epílogo.

1. Advertencia

Dentro de los muchos desafíos que tiene el escribir sobre este tema, sobresale el riesgo de que estas anotaciones pierdan actualidad antes de que puedan incluso ser leídas. Escribo esto a mediados de 2022 y muy probablemente en los próximos días o semanas las causas abiertas contra el (ex)presidente #45 de los Estados Unidos hayan tenido una solución de continuidad, lo que necesariamente deberá tomarse en

* Profesor de Derecho Constitucional. Fue director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. Ejerció la presidencia de la federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo.

cuenta en el análisis sobre el futuro del estado de derecho y el constitucionalismo estadounidense.

Por mucho tiempo juristas y politólogos norteamericanos han invertido sus reflexiones desde la academia debatiendo el tema sobre los riesgos de la democracia en el mundo a diferencia de la solidez democrática estadounidense. Hoy por hoy, como dicen Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, debe incorporarse a los Estados Unidos dentro del conjunto de países que se encuentran en riesgo de despedirse de la democracia o que de plano se han olvidado de ella(1).

Efectivamente, El estado de derecho en su versión de que en una nación nadie puede estar por encima de la Ley, corre el riesgo de cambiar su enunciado para acotarlo diciendo que en Estados Unidos nadie está por encima de la Ley, con la salvedad del (ex) presidente #45.

En el pasado, he mencionado que la fortaleza de Estados Unidos radica, preponderantemente, en la creencia popular que se hizo cultura nacional de que nadie está por encima de la Ley. Este paradigma hoy en día está a prueba como nunca antes en la historia de este país.

2. Orígenes

Los orígenes del *Impeachment* se encuentran, como el de muchas otras figuras constitucionales norteamericanas, en el derecho común británico. No puede descuidarse el hecho de que de los 55 delegados a la Convención de Filadelfia 33 eran abogados y algunos miembros de la Barra Londinense (2), es decir, conocían la institución del *impeachment* e influyeron en la redacción del proyecto de 1787.

También las constituciones de los Estados que se promulgaron después de la independencia ofrecieron un modelo a los constituyentes de Filadelfia.

Es muy probable que la palabra inglesa *Impeachment* venga del latín *impedicare*, que significa sujetar por un pie o encadenar por los pies.

Los historiadores ubican el surgimiento de esta institución del Common law inglés en el siglo XIV, cuando se sujetó a *impeachment* a William Cuarto Barón de Latimer y dentro de la corte uno de los mas allegados al Rey Eduardo III. Ciertamente prevalecía el principio de que el Rey no se equivoca, pero sus ministros sí.

En su intento de acabar con la corrupción, Latimer fue acusado en 1386 de vender un castillo al enemigo, aceptar sobornos y descuidar sus obligaciones de carácter marítimo. Finalmente, el “Buen Parlamento” lo condenó y pasó 4 años preso. Como se verá más tarde, estas causas del *impeachment* de Latimer se reflejan en la Constitución de 1787 cuando afirma que este procedimiento extraordinario procede por traición, cohecho y por haber cometido delitos graves y felonías.

Los dos siglos siguientes no parecen haber presenciado un *impeachment* sino hasta el siglo XVII cuando el parlamento usó esta arma poderosa para deshacerse de ministros poco populares y especialmente leales a la Corona, entre ellos el Primer Duque de Buckingham (1626), el Conde de Strafford (1640) el Arzobispo William Laud (1642), el Conde de Clarendon (1667), entre otros.

Cuando en el siglo XIX el gobierno inglés perfeccionó su sistema hasta llegar al parlamentarismo bajo el cobijo de la monarquía constitucional, el *impeachment* se volvió inútil dado que el primer ministro y todos los altos ministros del gobierno pasaron a ser miembros del parlamento y responsables por su conducta ante el propio parlamento.

3. El debate en la Convención Constitucional

El Constituyente de Filadelfia invirtió un tiempo muy considerable entre mayo y septiembre de 1787 en diseñar el sistema de frenos y contrapesos (checks and balances) que asegurara que ninguno de los órganos abusara de su poder en detrimento del pueblo y de los otros poderes constituidos. El *impeachment* se convirtió así en una herramienta de control del congreso ante los poderes ejecutivo y judicial.

El texto constitucional que prevé y desarrolla el *impeachment* en seis ocasiones diversas, es producto del debate entre los llamados proyecto de Virginia y el de Nueva Jersey, que en este caso no prevalecieron.

El primer proyecto proponía que el *impeachment* quedara en manos de la judicatura y el de Nueva Jersey que la remoción fuese una facultad de los gobernadores de los estados.

Hamilton propuso un plan alternativo basado en la versión inglesa, en donde por mala conducta y corrupción, la cámara baja actuaba como órgano de acusación y la alta como jurado de sentencia.

Decidir si el presidente debía ser sujeto de *impeachment* tomó a los redactores (Framers) un largo tiempo de debate.

Madison consideró al *impeachment* como absolutamente indispensable y dijo que las causas de remoción debían ser la incapacidad, la negligencia y la perfidia en lo que podía caer el presidente.

Franklin con su madurez y creatividad, expresó que con todo y lo cuestionable que pudiera parecer, el *impeachment* era mucho mejor fórmula que la europea, que se deshacía de los monarcas, por su muerte anticipada.

Los constituyentes finalmente rechazaron la idea de que fuese la corte Suprema la encargada de tramitar este procedimiento constitucional, pero en la Ley Fundamental quedó el requisito de que sería el chief justice (presidente de la corte) quien condujera el debate respectivo en el Senado, cuando del *impeachment* del presidente se tratara. En realidad, se trataba de que no fuese el vicepresidente quien dirigiera el debate senatorial dada su muy probable inclinación por favorecer al titular del ejecutivo.

Más adelante me refiero a otro tema que entretuvo a los constituyentes en relación con la expresión “high crimes and misdemeanors” (delitos y faltas graves) como causa de procedencia de este remedio constitucional.

Como quiera que el debate del *impeachment*, a pesar de la influencia inglesa, concluyó con una fórmula americanizada, como bien lo explica el Profesor Michel J. Gerhart(3).

4. Los Fundamentos Constitucionales

Seis disposiciones constitucionales regulan el *impeachment*.

El artículo I, sección 2, último párrafo, establece que la cámara de representantes elegirá a su voceo (Speaker) y demás funcionarios y **tendrá de manera exclusiva la facultad de *impeachment***.

Es importante destacar que el concepto *impeachment* en sentido estricto se refiere solamente a la facultad de la cámara de representantes de acusar en el juicio político, es decir, asumir un rol parecido al fiscal en un juicio penal ordinario. Es importante apuntar, sin embargo, que el *impeachment* no es un procedimiento punitivo sino un remedio constitucional, es decir, que La Cámara de Representantes no estaría acusando necesariamente por un delito sino por un acto de responsabilidad oficial o político, ante

un ejercicio abusivo y grave del poder. En estricto derecho la función de resolver sobre la responsabilidad, le toca al Senado, ya no está dentro del estrecho concepto de *impeachment*. El Senado como órgano de sentencia recibe y procesa todos los *impeachment* federales.

Igualmente debe advertirse que esta decisión de la cámara actuando como fiscal no es susceptible de apelación o revisión judicial, ya que los redactores de la Constitución fueron muy claros al establecer que esta facultad **solo** correspondía a la cámara de representantes y su resolución exclusivamente al senado. Esto lo aclaró la corte suprema al resolver el *certiorari* en el caso de *Nixon vs United States*, en enero de 1993 (418 U.S. 683), única ocasión en que la corte suprema analizó este remedio constitucional(4).

La Sección 3 del mismo Artículo I prevé que **el senado tendrá la facultad exclusiva de juzgar sobre todos los casos de *impeachment***, es decir, de juicio político, precisando que cuando se trate del presidente de los Estados Unidos será el presidente de la suprema corte quien presida las sesiones del senado cuyos miembros deben antes jurar o protestar el conducirse rectamente durante el procedimiento. El quorum de votación en la casa de representantes para formular artículos de *impeachment* es de la mayoría de los presentes, mientras que en el senado debe ser de las dos terceras partes de los presentes, es decir, un quorum de votación calificado. El número mágico para encontrar al sujeto del *impeachment* como responsable es, por lo general, de 67., de 65.

Esta misma cláusula constitucional establece que la sanción como resultado del *impeachment* y decisión del senado no puede ir más lejos de la remoción del cargo y la inhabilitación para ocupar otro en el gobierno federal, sea incluso como voluntario y sin remuneración.

El anterior dispositivo establece igualmente que **la parte que haya resultado convicta puede ser también responsable civil o penalmente de acuerdo con la ley, independientemente del *impeachment***. Esta clausula confirma que el *impeachment* no es un caso criminal sino una responsabilidad política, y la sanción es la destitución y la inhabilitación.

La sección 2 del artículo II establece que el ejecutivo tiene la facultad de suspender la ejecución de sentencias y de conceder indultos por delitos cometidos en contra de los Estados Unidos, excepto en los casos de *impeachment*.

El artículo II sección 4, establece expresamente que el presidente, el vicepresidente, y todos los servidores públicos de los Estados Unidos podrían ser removidos a través del *impeachment* y solo por traición, cohecho y por otros delitos y faltas graves.

La expresión en inglés es “**treason, bribery and other high crimes and misdemeanors**”, y su falta de precisión en el texto original de la Constitución ha originado importantes debates políticos y jurídicos, como se verá más adelante.

Finalmente, el artículo III, sección 2, cláusula 3, prevé que el enjuiciamiento de todos los delitos, **excepto en los casos de *impeachment*, será mediante jurado.**

5. El Federalista 65

Alexander Hamilton, uno de los grandes juristas del Constituyente, publicó el 7 de marzo de 1788, bajo Plubius, el Federalista 65, con el título *The Power of the Senate Continue*, (5) en el que aclara algunas de las ideas que se debatieron y que estaban detrás de las decisiones constitucionales sobre el *impeachment*. Este ensayo dirigido al pueblo de Nueva York le sigue a lo publicado por John Jay y antecede a las afirmaciones de Madison sobre el senado y sus características principales.

De la lectura del Federalista 65 queda clara la razón de darle al senado la responsabilidad de fungir como instancia de sentencia, que no fue otra que la consideración de la mayor madurez y experiencia de sus miembros, en relación con la casa de representantes. También se consideró lo costoso que resultaría crear un órgano expreso para procesar el *impeachment* y la consideración de que los senadores tenían la verdadera representación del pueblo. Aclara que no se dio esa facultad a la corte suprema por el reducido número de integrantes y porque podría darse el caso de que después del *impeachment* se abriera alguna causa penal o civil contra quienes hubiesen estado sujetos al mismo y la misma judicatura tendría que conocer de un caso que ya había sido resuelto con anterioridad, lo que traería aparejada una suerte de parcialidad. Los representantes y senadores finalmente serían electos popularmente y al electorado tendrían que rendirle cuentas, mientras que los justicias de la corte se nombrarían con intervención del presidente lo que, para algunos, los pondría en el predicamento de la parcialidad en favor de quien los habría nombrado.

Aquí Hamilton subraya que el modelo del *impeachment* es tomado de la experiencia inglesa y explica las dificultades que implica el procesar una causa política por un órgano político, como el senado, y entonces advirtió:

“y rara vez fallará en agitar las pasiones de la comunidad entera y la dividirá en partes más o menos amistosa o adversa al acusado. En muchos casos se conectará con las facciones preexistentes y enlistará animosidades, parcialidades, influencias e intereses en un lado o en otro y en tales casos siempre existirá el más grande riesgo de que la decisión será más regida por la fortaleza competitiva de las partes que por la real demostración de inocencia o culpabilidad(6).

Hamilton también define a las causas de procedencia no como delitos necesariamente sino como faltas de naturaleza política(7).

6. Los sujetos del *impeachment*

La Constitución es muy clara al declarar en el artículo II sección 4, que son sujetos del *impeachment* el presidente y el vicepresidente de los Estados Unidos, pero luego utiliza la expresión “and all civil officers of the United States”, sin que la propia Ley Fundamental defina lo que debe entenderse por ello.

Por lo que hace al poder ejecutivo, la conclusión a la que se ha llegado es que opera para los funcionarios civiles federales nombrados por el presidente, incluyendo los directores de agencias en la calidad de secretario, administrador o comisionado, es decir, que deben tener una autoridad significativa.

El senado, por su parte, ha concluido que ni sus miembros ni los de la casa de representantes caen en el supuesto de sujetos del *impeachment* ya que los congresistas son políticamente responsables ante su respectiva cámara quienes ostentan ese poder disciplinario interno.

En cambio, a los jueces federales si se la ha considerado dentro de esta categoría y de hecho de los casos de *impeachment* que se han procesado y concluido con una resolución condenatoria del senado todos (ocho) han sido de jueces federales. Este es el más importante control interorgánico del legislativo respecto del judicial

De los 21 casos de *impeachment* que desde 1797 a la fecha se han registrado, 15 han sido de jueces federales.

Es de hacerse notar que en 1797 la cámara de representantes sometió a *impeachment* al Senador por Tennessee William Blount, pero el senado decidió que un senador no es un funcionario civil federal para los efectos del *impeachment* y concluyó el proceso por falta de jurisdicción y desde entonces ningún congresista ha sido sujeto de *impeachment*.

Las dos cámaras del congreso han determinado que es posible someter a *impeachment* a un funcionario que ya haya sido separado del cargo en virtud de que las resoluciones del *impeachment* pueden abarcar la inhabilitación para ocupar otro cargo.

Hasta el día de hoy, la cámara de representantes ha aprobado artículos de *impeachment* en 21 ocasiones respecto de 20 personas. Como se dijo, 15 han sido jueces federales, 13 de distrito, uno de apelaciones y otro más juez de la corte suprema. Tres presidentes han sido sujetos de *impeachment*, un secretario de estado (guerra) y un senador federal.

Como se verá más adelante, una sola persona ha sido sujeto de *impeachment* en dos ocasiones; se trata del presidente #45.

En la dimensión de los Estados, es oportuno aclarar que los gobernadores de los estados y sus altos funcionarios son sujetos de un *impeachment* estatal recogido en las constituciones locales incluso antes que apareciera en el ámbito federal. Hoy en día, todos los Estados, salvo Oregon, contienen cláusulas de *impeachment* que regulan con distintas especificidades. El último gobernador procesado bajo *impeachment* fue Rod Blagojevich, de Illinois, removido el 29 de enero de 2009 e inhabilitado para ocupar otro cargo en ese Estado.

7. Las Causas del *Impeachment*

El artículo II, sección 4, de la Constitución prevé como causas para la procedencia de este remedio, la traición, el cohecho, y “other high crimes and misdemeanors”.

Por lo que se refiere a la traición, la propia Constitución precisa lo que debe entenderse por ello. En el artículo III, sección 3, determina que “La traición en contra de los Estados Unidos consistirá únicamente en declararles la guerra o en unirse a sus enemigos, brindándoles ayuda y protección. Nadie podrá ser condenado por traición si no es con el testimonio

de dos personas sobre el mismo acto perpetrado abiertamente o mediante confesión judicial en audiencia pública.

Por su parte, el soborno o cohecho está muy bien definido en 18 U. S. Code 201 y no ofrece mayores problemas de interpretación.

Sin embargo, la expresión “other high crimes and misdemeanors”, si representa problemas de comprensión. ¿Cuáles son esos delitos u ofensas que caen en el supuesto? Pareciera que aquí caben una variedad de conductas que el congreso ha agrupado en tres categorías: Indebido ejercicio de funciones o abuso de poder; conducta incompatible con el propósito del cargo, y mal ejercicio del cargo para propósitos impropios o ganancias personales.

En la historia se registra que ningún funcionario ha sido acusado por traición, tres por soborno y los demás han caído precisamente en la categoría de high crimes and misdemeanors.

En la Convención Constitucional se discutió ampliamente este tema. George Mason, delegado por Virginia, propuso agregar a la traición y al soborno la expresión maladministration, (mala administración) pero entre otros a Madison le pareció que el vocablo era muy impreciso y entonces el propio Masson lo cambió por la vieja fórmula inglesa de High Crimes and Misdemeanors que recogía el common law británico. Con ello se quiso decir que se trataría de faltas u ofensas graves, tanto o más que la traición y el soborno, cometidos por los servidores públicos en contra del gobierno, del interés público. Aun con esto, la expresión es vaga y ha dado lugar a distintas interpretaciones sin que la corte suprema haya conocido de ellas dado que desde U.S vs. Nixon, del año 1992, se resolvió que el poder judicial no tenía competencia para conocer de esos casos, que además eran netamente políticos y por tanto alejados de su jurisdicción.

Cuando Gerald Ford era el líder de la minoría en la Cámara de Representantes sostuvo que: “An Impeachable offense is whatever a majority of the House of Representatives considers it to be at a given moment in history”. (8)

Es importante destacar que las causas del *impeachment* pueden o pueden no ser delitos, de hecho, lo primero ha sucedido solo en una tercera parte de los casos, mientras que otras acusaciones han sido por embriaguez, decisiones no neutrales, inducir a las partes a realizar transacciones

financieras, incluso por utilizar un tono y un lenguaje impropio en el desarrollo de sus funciones.

Dice Laurence Tribe que no es la función del impeachment el perseguir y castigar delitos, sino impedir que un servidor público haga daño al gobierno y a la nación por su irregular conducta, por intentar subvertir el orden constitucional y que constituya también un riesgo cierto de ocasionar un daño futuro. No se trata de un procedimiento penal sino de un elemento de control del órgano legislativo respecto de los otros constituidos(9).

Definir si el *impeachment* es un procedimiento de naturaleza penal o si es civil, resulta importante para definir, sobre todo en el senado, el standard de la prueba que se requiere. Si lo es penal, entonces la regla es que la responsabilidad exista más allá de cualquier duda razonable, pero si la naturaleza es más de carácter civil, entonces el nivel es solo de la preponderancia de la evidencia.

El profesor Gerhart concluye que el standard es híbrido y que el problema se ha resuelto adoptando la práctica de permitir a los senadores que cada uno adopte la carga de la prueba que cada uno piense es la mejor(10).

La propia Constitución es clara al señalar que después de resuelto un *impeachment* con la separación del cargo y la inhabilitación del sujeto, este puede ser procesado civil y penalmente por la justicia ordinaria en caso de que su conducta política o administrativa haya sido también un delito o un caso de tort, y sin que esto signifique que el sujeto ha sido acusado dos veces por el mismo delito(11).

Hablando de la conducta de la persona sujeta a *impeachment*, el Profesor Tribe destaca que lo que puede ser grave para uno, puede no serlo tanto para otro, como en el caso del perjurio, sumamente grave para un juez que toma el juramento o protesta en un procedimiento judicial a quienes intervienen en ella, que a un funcionario de la administración(12).

Casos de *impeachment* en la historia constitucional de los Estados Unidos

En 235 años de vigencia, solo en 21 ocasiones respecto de 20 personas distintas se ha ejercido este remedio constitucional, lo que por un lado demuestra que se trata de un procedimiento extraordinario que procede realmente por causas muy extraordinarias y graves, pero por el otro lado,

habla de lo difícil que resulta su diligencia para constituirse en instancia de defensa de la Constitución y de la constitucionalidad, cuando es requerido.

Como ya se indicó arriba(13), durante la vigencia de la constitución, el primer caso de *impeachment* se presentó en julio de 1797, una década después de la Convención Constitucional, cuando se formularon artículos de *impeachment* contra el Senador por Tennessee William Blount acusado de conspiración para favorecer a Inglaterra en la guerra contra España, que concluyó con la resolución del senado en el sentido de que un senador no podía ser sujeto de *Impeachment*. Lo que sí hizo el senado el 7 de julio de 1797 fue remover directamente al tal senador. Debe recordarse que constitucionalmente cada cámara tiene directamente la facultad de disciplinar las faltas de sus miembros sin necesidad de un *impeachment*.

En marzo de 1803 se diligenció el *impeachment* contra el Juez de Distrito de New Hampshire John Pickering, a quien se declaró culpable por embriaguez y por dictar resoluciones contrarias a la Ley.

En marzo de 1804 se conoció del *impeachment* contra Samuel Chase, Justicia de la Corte Suprema, habiéndole absuelto el senado de haber promovido una agenda partidista en la corte suprema.

En agosto de 1830 tocó a James Peck, Juez de Distrito de Missouri, el procesamiento por *impeachment* del que lo acusó la casa de representantes con artículos de abuso de poder. El senado lo encontró culpable.

En mayo de 1862 West Hughes, Juez de Distrito en distritos de Tennessee fue acusado de apoyar a la confederación y encontrado culpable por el senado fue removido del cargo e inhabilitado para ocupar otro.

En febrero de 1868 se tramitó el *impeachment* contra Andrew Jackson, Presidente de los Estados Unidos. De este caso particular nos ocupamos adelante(14).

En febrero de 1873 fue sometido a *impeachment* el Juez de Distrito en Kansas Mark Delahay, bajo cargos de embriaguez. Renunció en diciembre de 1873.

En marzo de 1876 se tramitó *impeachment* contra William W. Belknap, Secretario de Estado en el ramo de Guerra, acusado de corrupción. Renunció a su cargo, pero el senado lo absolvió en agosto del mismo año.

Ya en el siglo XX, en 1904, Robert Archbald, Juez de Apelaciones del Tercer Circuito, fue sujeto de *impeachment* bajo artículos de haber recibido regalos por parte de los litigantes y abogados. El senado lo removió e inhabilitó en enero de 1913.

En abril de 1926 toco a George W. English enfrentar el *impeachment* en su calidad de Juez del Distrito Este de Illinois, bajo el cargo de abuso de poder. Renunció en noviembre y en diciembre el senado dejó desierto el procedimiento.

En febrero de 1836 El Juez por el Distrito Norte de California Hasted L. Ritter, fue acusado de corrupción, haber ejercido como abogado siendo juez y por evasión de impuestos. El senado lo removió del cargo.

El 22 de julio de 1986 Harry E Claiborne, Juez de Distrito de Nevada, fue sujeto a *impeachment* por evasión fiscal y se le declaró convicto y se le removió del cargo.

En agosto de 1988 por aceptar sobornos y perjurio, la cámara de representaste acusó ante el senado a Alcee Hastings, Juez de Distrito En Florida, y lo removió del cargo.

En mayo de 1989 Walter Nixon, Juez de Distrito Sur de Mississippi recibió artículos de *impeachment* por perjurio y fue removido por el senado el 3 de noviembre. Walter Nixon acudió en certiorari a la corte suprema dado que consideraba inconstitucional la resolución senatorial porque algunos procedimientos se habían llevado a cabo por un comité senatorial y no por el senado en pleno. Este recurso originó la única resolución de la corte en casos de *impeachment* en el que no aceptó la competencia por tratarse de un asunto de naturaleza política y por que el *impeachment* es una facultad exclusiva de la cámara de representantes en donde solo el senado tiene facultad para resolver.

De diciembre de 1988 a febrero de 1999 se formularon artículos de *impeachment* contra Bill Clinton, Presidente de los Estados Unidos, bajo artículos de perjurio y obstrucción de la justicia. Más adelante(15) me ocupo de este caso en particular.

En junio de 2009, Samuel Kent, Juez del Distrito Sur de Texas fue acusado de delitos sexuales y obstrucción de la justicia, pero renunció al cargo y el procedimiento se declaró cerrado.

En marzo de 2010 fue sometido a *impeachment* el Juez de Distrito e Luisiana Thomas Porteous, bajo artículos de corrupción y a hacer falsas declaraciones financieras.

Finalmente, el presidente #45 de los Estados Unidos fue sujeto a *impeachment* en dos ocasiones y por diferentes faltas y ofensas. En febrero de 2020 y febrero de 2021 el senado lo absolvió. Este caso ocupa la parte final de este trabajo.

De lo anterior resulta en resumen que durante la vigencia de la constitución de 1787 la Cámara de Representantes ha iniciado más de 60 casos de *impeachment*, de los cuales solo 21 han concluido con la presentación de artículos ante el senado, y solo en 8 casos se ha determinado la responsabilidad y aplicado la destitución, todos ellos de jueces federales. Además de que 3 presidentes, un secretario de estado y un senador también han sido sujetos de *impeachment*.

Resulta importante detenerse un poco en los casos de *impeachment* de los presidentes Andrew Jackson, Richard Nixon, Bill Clinton y, al final, de los dos *impeachment* enderezados en contra del expresidente #45.

Andrew Johnson fue el presidente #17 de los Estados Unidos, es decir, siguió a Abraham Lincoln después de su asesinato, ya que entonces era el vicepresidente. A Johnson le tocó precisamente la era de la Reconstrucción y los esfuerzos por integrar a los estados secesionistas a la Unión Americana.

Johnson estuvo en grande conflicto con los miembros del partido republicano que controlaba el congreso. Esta rivalidad condujo a que el comité judicial de la cámara de representantes iniciara la investigación de *impeachment* en contra del presidente en 1867 que, sin embargo, fue rechazada por el pleno por un margen de 108 a 57(16).

Más tarde ese mismo año, la cámara insistió con el argumento de que el presidente Johnson había violado la ley de duración en el cargo al haber exigido la renuncia del Secretario de Guerra Edwin Stanton, ya que no podía hacerlo sin el voto del senado. Por esta razón, cuyo fundamento legal no era del todo claro, con la agravante de que la ley era inconstitucional, se presentaron artículos de *impeachment*. El senado absolvió al presidente por el estrechísimo margen de un voto. La motivación partidista de este *impeachment* fue muy clara y no sentó un precedente positivo.

El caso de Richard Nixon no concluyó con la presentación de artículos de *impeachment* ya que antes de su inminente presentación al senado Nixon renunció por el escándalo del muy conocido caso del Watergate, cuyo nombre deviene del edificio en donde se perpetró el espionaje a las oficinas del Partido Demócrata, acciones conducidas por el presidente. En este caso el comité judicial de la cámara tenía una fuerte y fundada evidencia de los abusos de poder del presidente. Esta creencia suponía que, de formalizarse los artículos, el senado lo encontraría responsable y lo destituiría. Por ello, el Presidente Nixon decidió renunciar el 9 de agosto de 1974.

Como bien dice Laurence Tribe (17) la naturaleza de los tres artículos que aprobó el comité judicial para someterlos al pleno constituía precisamente lo que se denominó como *high crimes and misdemeanors*, como causa de procedencia.

El primer artículo fue de obstrucción de la justicia al limitar e impedir la investigación sobre Watergate. El segundo artículo tuvo que ver con el ejercicio indebido de sus funciones al utilizar malintencionadamente los servicios de la CIA, el FBI, el IRS y el departamento de justicia.

El tercer artículo tuvo que ver con la negativa del presidente para entregar a la investigación evidencia para la que había sido legalmente emplazado.

Ciertamente la cámara pudo haber presentado los artículos al senado, pero la decisión de Gerard Ford en el sentido de que, si se presentaban cargos penales o civiles contra Nixon, él le daría el perdón, hizo perder motivación a la cámara. Fue una suerte de conformidad ante el espectáculo de la renuncia de Richard Nixon. Cuando la literatura jurídica y política refiere los casos de *impeachment* no recoge este caso como uno de *impeachment*, ya que en sentido estricto éste nunca se concluyó.

En el caso del presidente William Clinton, éste fue sujeto de *impeachment* el 19 de diciembre de 1998, por hechos que se iniciaron en 1994 cuando Paula Jones, una empleada estatal, denunció penalmente a Clinton por acoso sexual cuando era Gobernador de Arkansas. En 1998 una empleada del pentágono contactó al Fiscal Independiente Kenneth Starr y le entregó una grabación que tenía de su amiga Mónica Lewinsky, quien era pasante en la Casa Blanca, en la que dijo que había tenido relaciones sexuales con el Presidente Clinton, no obstante que ella había declarado cosa distinta en el juicio que se origino por la denuncia de Paula Jones. Starr acusó entonces

al Presidente Clinton de haber obstruido la justicia al haber convencido a Mónica Lewinsky de declarar falsamente en un affidavit en el caso de Paula Jones.

Ante esto, el Presidente Clinton testificó bajo juramento que nunca había tenido relaciones sexuales con Mónica Lewinsky y que dudaba que alguna vez hubiera estado a solas con ella y afirmando que lo declarado por ella en el juicio de Paula Jones era cierto. Ante las grabaciones que subrepticamente hizo Jones de Lewinsky, Clinton apareció en la TV en cobertura nacional afirmando que nunca había tenido relaciones sexuales “con esa mujer”. Starr entonces investigó al presente por un posible perjurio y por obstrucción de la justicia. Ante la comprobación de las relaciones sexuales con Lewinsky gracias a pruebas de ADN, Clinton no tuvo más que reconocer tales contactos, así como haber logrado que Lewinsky evadiera algunas respuestas en el affidavit del caso Jones.

El Fiscal Especial Starr presentó al comité judicial de la cámara de representantes 11 cargos contra el Presidente Clinton de los cuales tal comité solo formuló 4 artículos de *impeachment* solicitando la destitución e inhabilitación.

El primer artículo fue por testimonio falso y perjurio en actuaciones del gran jurado en agosto 17 de 1998. El artículo segundo también fue por perjurio y testimonio falso en el juicio de Paula Jones, por acoso sexual, en diciembre 23 de 1997. El artículo tercero fue por obstrucción de la justicia en el mismo caso Jones en actuaciones del gran jurado y el cuarto, por testimonio falso, en actuaciones del comité judicial de la cámara de representantes.

Explica el Profesor Tribe(18) que la base de las cuatro acusaciones era el haber actuado en detrimento de la justicia y del estado de derecho.

La votación del pleno de la cámara en el caso de los artículos 1 y 3, fue de 226 a favor y 208 en contra y por lo que hace a los artículos 2 y 4 fueron desechados por el margen de 229 a 205. Esto mostraba ya una división clara en la cámara con representantes con republicanos votando en contra de los artículos propuestos por el comité judicial que igualmente mostró una seria división.

El 12 de febrero de 1999 el senado absolvió a William Clinton con una votación de 55 a 45 en el caso de primer artículo y de 50 a 50 en el caso del

artículo 3. Varios diputados republicanos votaron en ambos casos por la absolución, es decir, no actuaron como bloque partidista sino buscando la verdad en un caso extraordinario y entendiendo que si bien ilícitas las conductas alegadas éstas no ponían a la sociedad en grande peligro o conflicto ni era una ofensa al interés público y del Estado. Todo esto reitera la naturaleza del *impeachment* como un instrumento extraordinario de defensa de la Constitución y del país cuando se compromete seriamente su independencia, soberanía, su dignidad y su futuro.

9. Los casos de *impeachment* respecto del presidente #45

Este personaje, nominado por el partido republicano, ganó las elecciones de 2016 frente a la candidata del partido demócrata y ex secretaria de estado Hillary Clinton.

La administración del presidente # 45 entre 2017 y 2021 resultó muy polémica y muchos la han calificado como racista, nacionalista, populista, proteccionista. En todo caso habría que calificarla como absolutamente heterogénea. Es el primer presidente que asume el cargo sin una experiencia política - electoral previa, ya que llegó directamente de los negocios privados, además de haber realizado programas de “reality show” por la televisión abierta.

Los graves cuestionamientos acerca de su conducta incluso antes y durante de la elección fueron muy graves, incluyendo vínculos oscuros con Rusia, que se dijo intervino para apoyarlo en la elección y que de alguna manera probó un fiscal especial, aunque no lo procesó penalmente a él directamente pero sí a los líderes de su campaña, señaladamente a quien fue el jefe de su campaña John Manafort, quien finalmente recibió un perdón del presidente, lo que ciertamente representa un acto de una gran pobreza moral del (ex) presidente #45.

La política internacional del presidente 45 fue totalmente errática y la doméstica se caracterizó por excesos que uno pensaría no se acompañan con la historia norteamericana y pone en duda diversos valores morales.

Relata Michael Gerhardt que hay muchas causas aun pendientes contra el presidente # 45 y que desde que asumió más de cien juicios se iniciaron en su contra. (20) Algunas de las causas más significativas fueron por difamación, fraude y acoso sexual, todo ello conectado principalmente con su vida privada.

En la tercera edición del magnífico libro “*The Federal Impeachment Process. A Constitutional and Historical Analysis*”, el Profesor Michel Gerhardt sistematiza en seis apartados los cargos que se han enderezado en contra del entonces titular del Ejecutivo, a saber, a) Cargos relacionados con las finanzas personales y familiares b) Colusión con empleados del gobierno ruso; c) obstrucción de la justicia, d) acoso sexual; e) abuso de poder y e) una conducta que degrada la dignidad de la oficina del presidente.

En cuanto a los casos del primer grupo, los posibles delitos y faltas cometidas por el entonces presidente destacan las de posibles fraudes y las violaciones a la ley de Emolumentos, ya que al parecer nunca se desligó de sus negocios mientras ocupó la casa blanca. El hecho de que se haya sistemáticamente negado a dar a conocer sus declaraciones fiscales, por un lado, vuelve su conducta más sospechosa, pero por otra parte dificulta conocer a ciencia cierta los ilícitos en que pudo haber incurrido.

Los cargos dentro del segundo grupo, dice Gerhardt(21) habría que discurrir si esa coordinación entre la gente de su campaña y los oficiales rusos sucedieron antes o después de la elección. Si lo fueron antes, entonces se trata de la violación a una ley federal, pero en la segunda hipótesis estriamos frente a casos de traición, soborno y fraude.

El tercer grupo de cargos está en la órbita de la obstrucción de la justicia, que tiene que ver con sus intentos de impedir una investigación conectada con la destitución de director del FBI y con el torpedeo sobre el Fiscal Especial Robert Müller, quien precisamente investigó a su equipo de campaña por sus relaciones con empleados de los aparatos de inteligencia rusos.

El sector de acusaciones por abuso de poder está conectado con su facultad de destitución de funcionarios y los perdones tramitados.

En cuanto a la forma con la que su conducta degradó a la oficina del presidente, se cuentan los casos de difamación, fraude y acoso sexual. En esta última causa debe recordarse que su abogado privado antes de llegar a la presidencia se declaró culpable de cargos en los que dijo dio dinero a dos mujeres para que no denunciaran al sujeto cuando el hoy expresidente estaba en campaña, por situaciones de orden sexual.

Finalmente, el presidente #45 fue sujeto de *impeachment* en dos ocasiones. **Es la única persona que ha sido sujeto a más de un *impeachment* en la historia de los Estados Unidos.**

El primer *impeachment* ocurrió en diciembre de 2019 cuando se presentaron dos artículos en su contra. El primero por obstrucción al congreso y abuso de poder en relación con sus acciones con el gobierno de Ucrania para que investigaran a Joseph Biden, a cambio de apoyos como ayuda extranjera. En este caso el senado absolvió al presidente con una votación de 53 a 47 en el primer artículo y por 52 a 48 en el segundo. Esta votación revela que solo tres y luego solo dos senadores republicanos votaron por destituir al presidente.

El segundo *impeachment* se presentó en enero de 2021 cuando la cámara formuló artículo de *impeachment* por haber incitado a la insurrección que llevó a los hechos del 6 de enero en el Capitolio de Washington D.C. a fin de que este órgano legislativo no cumpliera con la certificación de los resultados electorales, en una calculada maniobra para que el congreso lo pudiera declarar a él como presidente. En febrero de 2021 el senado lo absolvió con una votación de 57 a favor, lo que quedaba corto por 10 votos para la resolución de dos terceras partes, que es de 67.

Cuando comparamos la gravedad de los cargos que se hicieron contra los presidentes Johnson, Clinton e incluso Nixon, no queda duda que los del presidente #45 resultaban mucho más graves y aun así no se le destituyó y menos inhabilitó.

De lo dicho hasta aquí resultan dos conclusiones claras

La una, en que de la manera como está regulado el *impeachment* éste no se ha convertido en un instrumento para que el presidente quede como un títere a merced del congreso, como se llegó a temer en la Convención Constitucional; pero la segunda, es que tampoco ha sido un recurso efectivo para impedir que se dañe gravemente a la democracia y al estado de derecho y se comprometa el futuro en los Estados Unidos.

El dilema que tiene el país es como con un alineamiento partidista tan tajante como el que se vive hoy en día, y con votaciones prácticamente en bloque, pueda hacerse funcionar al sistema, sin llegar al extremo de convertir al presidente en una figura que se mueve al ritmo que el congreso dispone.

No podemos concluir este acápite sin hacer referencia a las opiniones que en el congreso se expresaron hacia el final del periodo del presidente # 45 en el entiendo de que debía separársele de su cargo por su falta de capacidad o sus problemas mentales, invocando la enmienda 25. Esta enmienda entró en vigor en 1967 con la intención de prever los casos en los que por diversos motivos llegara a faltar el presidente y como se daría su sustitución temporal o definitiva por el vicepresidente.

La cuarta cláusula de esta enmienda se refiere a cuando el presidente está incapacitado y no disponible para mandar un escrito requiriéndolo. En estos casos, dice la reforma constitucional de mérito, que el vicepresidente en conjunto con la mayoría de los principales oficiales del ejecutivo, puedan declarar que el presidente está incapacitado para cumplir con las obligaciones del cargo. Esta declaración escrita debe someterse al speaker of the house y al presidente pro tempore del senado.

Desde luego que el procedimiento no se verificó ya que la hipótesis de la enmienda es de una incapacidad física o daño mental del presidente y no de ser incompetente para desarrollar las funciones. Representantes demócratas llegaron a mencionar que esa conducta más o menos locuaz del presidente representaba un grande peligro para la humanidad entera dada la disponibilidad de uso de armamento nuclear en manos del ejecutivo.

10. Los expedientes de Nueva York, Georgia, la investigación del comité especial de la cámara de representantes y la investigación del departamento de justicia relacionado con la denuncia de los archivos nacionales por violación a la ley sobre los registros del presidente de los Estados Unidos

A pesar de todo lo anterior, todavía quedan esperanzas de que los hechos en los que incurrió el presidente #45 no que impunes. Hoy en día hay cuatro avenidas abiertas.

La primera es la investigación criminal en curso del Fiscal de Nueva York por el probable uso fraudulento de declaraciones financieras a fin de obtener un beneficio económico. Se sospecha que la corporación dirigida por el investigado infló el valor de distintos bienes buscando préstamos y cobertura de seguro, pero después hizo malintencionadamente bajar los precios para reducir la responsabilidad tributaria.

El expresidente llegó a pagar diez mil dólares al día por no haber presentado al juez de la causa los documentos y evidencias que le fueron legalmente requeridos, A la fecha debió haber pagado más de cien mil dólares por este concepto.

La segunda mecha encendida es la investigación que se hace en el Estado de Georgia por las amenazas e intimidación que directamente hizo el expresidente al Secretario de Estado Brad Raffensperger y empleados de la oficina de elecciones de ese Estado, exigiendo que se encontraran 11, 748 votos con lo que obtendría la victoria y los miembros del colegio electoral por Georgia. Raffensperger ha publicado en noviembre un libro en el que cuenta con detalle como el susodicho expresidente lo amenazó con enviarlo a la cárcel y las amenazas que ha recibido de distintas personas después de los señalamientos públicos(22).

La tercera avenida abierta es la investigación que lleva a cabo un comité especial de la Cámara de Representantes que investiga todo lo sucedido en el ataque al Capitolio el 6 de enero de 2021. Este comité integrado por 7 representantes demócratas y 2 republicanos, que por cierto votaron a favor del *impeachment*, ha escuchado el testimonio de más de mil personas y estudiando 120 mil documentos diversos.

Durante el mes de junio de 2022 este comité realizó seis audiencias públicas en la que entrevistó a personajes centrales de la investigación, que han depuesto bajo juramento, y que han expresado de forma inequívoca las maniobras del presidente #45 para desconocer los resultados electorales, y frenar la certificación de la elección por parte del congreso, bajo el argumento de que la elección se había corrompido y había sido robada, y con esta teoría conspiratoria abrir la puerta para que el congreso lo designara nuevamente presidente de los Estados Unidos en aplicación de la enmienda 20(23).

Los acontecimientos del 6 de enero de 2021 en el Capitolio fueron la última medida que desde la casa blanca intentó el ejecutivo para desconocer los resultados electorales.

Las audiencias del comité de la cámara de representantes dejaron en evidencia nacional todas las maniobras y embustes del presidente para retener el cargo, a pesar de que había perdido la elección.

El 6 de enero perdieron la vida cinco personas, pero solo una por disparo de arma de fuego, otra murió por una sobredosis y tres por infartos cardíacos. Muchos otros resultaron lesionados incluyendo 138 policías federales y locales. La vida del Vicepresidente Mike Pence estuvo igualmente en peligro cuando las hordas convocadas por el hoy expresidente penetraron al interior del edificio legislativo. Hasta hoy se ha ejercitado acción penal en contra de 865 personas que participaron en el asalto, entre ellos miembros de grupos extremistas como los Proud Boys, Oath Keepers, Three Percenters, Super Happy Fun America, Patriot Front y Texas Freedom Force. Todos estos grupos de extrema derecha se vieron acompañados por seguidores del presidente #45 que no militaban necesariamente en estos grupos radicales.

Aunque estos hechos demuestran que no ha habido impunidad por los hechos del 6 de enero de 2001, sin duda que, sin la presentación de cargos civiles y criminales en contra del susodicho presidente y sus consejeros más cercanos, como John Eastman, Profesor de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad Chapman, California, y el exalcalde Nueva York Rudy Juliani, la sombra de la impunidad cubrirá en adelante la historia de los Estados Unidos.

En su comparecencia en la Tercera sesión de audiencias, el Juez federal Michael Lutting declaró que el presidente #45 "and his allies and supporters are a clear and present danger to American democracy. They would attempt to overturn that 2024 election in the same way that they attempted to overturn the 2020 election, but succeed in 2024 where they failed in 2020. I don't speak those words lightly. I would have never spoken those words ever in my life, except that that's what the former president and his allies are telling us... [that they] are executing that blueprint for 2024 in the open, in plain view of the American public(24).

Apenas el pasado 8 de agosto de 2022, el Bureau Federal de Investigaciones (FBI) llevó a cabo un cateo ordenado por un juez federal a la casa particular del susodicho expresidente, todo parece indicar que relacionado con la investigación abierta por la denuncia de los archivos nacionales, ya que se sospecha que el expresidente se llevó consigo documentos sensibles de su administración que debió entregar a esos archivos en acatamiento de la ley federal de registros presidenciales (Presidential Records Act) Con anterioridad, este individuo entregó fuera de tiempo 15 cajas con documentos de su administración y que originalmente se había llevado a su casa en Palm Beach,

Florida. El código penal en su sección 2071 del título 18 señala como sanción, si se llega a comprobar esa violación a la ley, e la inhabilitación para ocupar cargos en la esfera federal de gobierno.

El mismo día del cateo judicial radicales de derecha se manifestaron violentamente en defensa del expresidente, quien declaró que todo esto se hacía para impedir su nueva candidatura a la presidencia el país. Algún representante federal republicano amenazó con iniciar una investigación contra el procurador federal por haber ordenado el cateo.

11. A modo de epílogo

Para diversos analistas norteamericanos a estas alturas todavía resulta complicado saber cual puede ser el final de las investigaciones llevadas a cabo en contra del presidente #45 y de algunos de sus colaboradores y asesores. Desde luego que la profundidad de la probanza en materia penal debe exhibir la responsabilidad del posible indiciado como más allá de toda duda razonable, y esto es algo que tiene que evaluar el Departamento de Justicia. Sin embargo, **resulta aún más difícil el convencer a una opinión pública objetiva e independiente que lo que vio el 6 de enero de 2001, realmente no lo miró y lo que oyó en realidad no lo escuchó.**

Hay quienes opinan que el llevar hasta sus últimas consecuencias los procedimientos judiciales en contra del presidente #45 puede hacer a la atmósfera política del país francamente explosiva, pero a mi juicio es más explosivo el degradar de esa manera la democracia norteamericana y asestar un golpe tremendo al estado de derecho con efectos de corto, mediano y muy largo plazo. Cómo responderá ante este dilema una corte suprema dominada ampliamente por las ideas conservadoras integrada por 3 jueces que deben su nombramiento al presidente 45, es algo que valdrá la pena presenciar para saber si todavía queda algo en este tribunal originalista de la corte de Marshal. En esta línea de reflexión no podemos pasar por alto el señalamiento que dentro de los principales agitadores de los hechos del 6 de enero en el Capitolio se encuentra la esposa de uno de los Jueces de la suprema corte.

Por cuanto al *impeachment* propiamente dicho, desafortunadamente las palabras de Hamilton resultaron proféticas. Sobre este recurso siempre existirá, dijo, el grande peligro de que la decisión sea regulada más por

la fuerza comparativa de los partidos que por la demostración real de inocencia o culpabilidad.(25)

Ejecutivos como el presidente #45 han existido en muchos países en distintas etapas de sus historias. No extraña pues la existencia de este tipo de personajes populistas. Lo que verdaderamente sorprende en el caso de los Estados Unidos es la incapacidad de la inmensa mayoría de los grupos republicanos y conservadores de darse cabal cuenta de lo que pretende este sujeto. Hoy en día parece que el liderazgo republicano está sometido a sus caprichos. Eso es lo mas preocupante de todo. La participación del expresidente en algunas de las elecciones primarias que recién han pasado, apoyando a los contrarios de los funcionarios que no lo apoyaron en su intentona golpista, da cuenta de esta mortificación. Este sujeto ya anuncio su intención de contender por tercera ocasión en los comicios presidenciales de 2024.

Ciertamente no solo el congreso está muy dividido, sino la sociedad norteamericana entera. Temas centrales como el aborto, el control de armas, la protección al medio ambiente y la política fiscal son, entre otras, las líneas que separan a unos de otros, a pesar de que la realidad sea mucho más compleja que eso. Tristemente hoy la división también abarca las simpatías o antipatías respecto del individuo de mérito.

La regulación del *impeachment* debe revisarse para que efectivamente sea un mecanismo de defensa del orden constitucional, resolviendo la ecuación de no postrar el ejecutivo a los pies del congreso, pero de forma que efectivamente funcione contra aquellos que seriamente comprometen el futuro de la nación.

Modificar la cláusula constitucional de las dos terceras partes de votos en el senado, que hasta ahora ha sido el principal obstáculo para que el *impeachment* funcione para los presidentes, parece algo muy complejo y lejano.

Ciertamente se han formulado propuestas para que el procedimiento sea más ágil en la cámara de representantes y especialmente del comité judicial que realiza la investigación y propone al pleno los artículos de *impeachment*.

El Profesor Gerhardt ha escrito que varias medidas pueden tomarse en la reglamentación de la cámara de representantes para agilizar los

procedimientos de *impeachment*, entre otros el formar un consejo especial que asista al comité de la cámara y con personal con experiencia en procedimientos de *impeachment* e involucrar en los pasos iniciales a representantes con alguna experiencia, así como declarar en su momento una litispendencia(26).

Gerhardt propone también para el senado la declaración de litispendencia (preclusión) cuando los hechos constitutivos de *impeachment* sean también delitos, en cuyo caso el esperar la sentencia definitiva del órgano jurisdiccional daría bases al senado para condenar o absolver(27).

Gerhardt explica también las iniciativas de enmienda constitucional sobre el *impeachment* que se han presentado en años recientes en el senado(28). Es interesante destacar que las cinco que refiere este autor se centran en casos que involucran jueces federales. Ninguna de ellas toca el *impeachment* hacia el ejecutivo y los altos oficiales designados de distinta forma por él.

Estas cinco iniciativas, que huelga decir no han prosperado, versan sobre la eliminación de nombramiento vitalicio de los jueces, la remoción automática de jueces sentenciados por la comisión de ciertos delitos y felonías, la creación de un órgano especial para disciplinar y remover a los jueces, como una suerte de consejo de la judicatura, autorizar al congreso para determinar procedimientos y prácticas para la remoción judicial, y finalmente involucrar a la corte suprema para remover o de otra forma disciplinar a los juzgadores(29).

Desde luego el *impeachment* fue considerado por los redactores de la Constitución como un instrumento de control y equilibrio, en este caso del congreso respecto de actos del ejecutivo y del judicial, y fue solo una de varias piezas de toda la ingeniería normativa para impedir que un órgano del gobierno abusara de su poder, Cualquier reforma que se propusiera al *impeachment*, en mi concepto, debe conservar este principio constitucional.

El hecho de que el *impeachment* haya concluido exitosamente solo en un puñado de casos en más de 230 años, se debe a que es un instrumento extraordinario para situaciones extraordinarias por su gravedad.

El problema radica que el alineamiento partidista con su votación en bloque en el senado hace al instrumento del *impeachment* totalmente inservible dados los 67 votos que se requieren en la cámara alta. Como dijimos anteriormente, la preocupación de Hamilton en la convención

constitucional de que el resultado del uso de esta herramienta dependiera no la de la conciencia sobre inocencia y culpabilidad basada en la evidencia, sino en la fuerza comparativa de los partidos, se hizo realidad.

Tristemente la división partidaria no solo se ve en el congreso y en la corte suprema, sino en la base social, y este alejamiento se hace cada vez hondo y también más violento. Este es el problema que hace que instituciones como el *impeachment* sencillamente no funcionen.

No puedo concluir este documento sin dejar de expresar mi absoluta coincidencia con las conclusiones de los profesores Levitsky y Ziblatt en el libro citado al inicio de la ponencia(30). Estos autores describen con claridad que la crisis actual de la democracia en los Estados Unidos no es solo obra del presente #45 sino que se inició hace varias décadas después de la vigencia de la ley de derechos civiles de 1964 y la reforma electoral del año siguiente sobre derecho al voto. Los partidos tomaron partido, y el republicano se convirtió en un partido de blancos en un 90%, y el demócrata en un partido de minorías, mayormente. El conservadurismo de un lado y el relativo liberalismo del otro ha producido que estas instancias se vean como verdaderos enemigos a los que hay que vencer a toda costa. Ya no son adversarios que respeten los Ideales democráticos sino realmente enemigos que se odian y ese odio se ha visto reflejado en la sociedad norteamericana cada día mas dividida y violenta. Dicen Levitsky y Ziblatt que los dos partidos han contribuido a crear esta tóxica atmósfera, pero más ha puesto el partido republicano(31).

La historia política reciente de Estados Unidos, dicen los autores, se explica en parte por el hecho de la pérdida de los valores democráticos que arropan a las normas constitucionales, que son la tolerancia mutua y la concesión propia. Esta pérdida de valores responsabilidad de los partidos, entre muchos grandes males, ha producido que el sistema de criba de candidatos haya vuelto al colegio electoral para la elección presidencial como totalmente inoperativo y desde luego ha permitido que personajes como el aludido presidente #45 lleguen a la boleta electoral(32).

La publicación del libro “Cómo Mueren las Democracias” es del año 2018, es decir que no vieron la parte final del cuatrienio del 45 y desde luego del asalto al Capitolio el 6 de enero. Seguramente que al ver estos tristes eventos los profesores de Harvard hubieran ratificado al 100% sus conclusiones y vaticinios.

En este sensible momento por el que atraviesa la vida económica, política y social de los Estados Unidos, no se ven los liderazgos que permitan llegar a formas democráticas de consenso y regresar a contiendas electorales serenas y responsables. Los temores de Hamilton sobre la lucha de facciones se hizo realidad y entre otra cosa impide que la verdad resplandezca.

Quizá la fórmula que se usó para lanzar la lucha unida de las colonias por la independencia de este país, sea también la que ahora se necesita. Así Benjamín Franklin dijo y dibujó: UNITE OR DIE(33).

Notas

1. Levitsky, Steven y Daniel Ziblatt. Como Mueren las Democracias. Ariel, México 2018.
2. Burger, Warren E. La Constitución de los Estados Unidos de América. Revista Chilena de Derecho. Vol. 13. p.179. enero-abril, 1986.
3. Gerhardt, Michael J. Te Federal Achievement Process. A Constitutional and Historical Analysis. 3a ed. The University of Chicago Press. Chicago and London.2019. p. 11.
4. El Nixon de esta resolución de la Corte es Walter Nixon, un Juez Federal que impugnó vía certiorari la pena que se le había impuesto alegando que no había sido la cámara de representantes en pleno quien había hecho la investigación de su caso. Nixon vs United States Et al. 418 U.S.683, 1974.
5. Consultado en línea en junio de 2022. The Avalon Project. Yale Law School. Lilian Goldman Library.
6. La traducción es mía.
7. Tribe, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition. - Volume one. Foundation Press, New York 2020 p.155 y ss.
8. Quiere decir “una ofensa de *impeachment* es cualquier cosa que la mayoría de la cámara de representantes entienda que es, en un momento dado de la historia”.
9. Tribe, Laurence H. op cit. p. 169.
10. Gerhardt, op cit. p. 115.
11. Tribe, Laurence. Op. cit. p. 159.

12. Ibidem p. 191.
13. Britannica Online Encyclopedia. En www.britannica.com/print/article/283827.
14. Véase inciso número 8.
15. Véase infra, este mismo inciso.
16. Tribe Laurence. Op cit.
17. Ibidem, p. 179.
18. Ibidem, p. 181 y ss.
19. Manafort fue acusado penalmente de múltiples cargos ante distintos tribunales y llegó a declararse culpable de algunos para después retractarse.
20. Gerhardt, Michael J. op cit. p. 195.
21. Gerhardt, Michael J. op. cit. p. 193 y ss.
22. Raffensperger, Brad. Integrity Counts. Forefront Books, 2021.
23. La sección 3 de dicha vigésima enmienda en lo conducente dice: Si el presidente no ha sido electo para antes de la fecha fijada para el inicio del periodo o si el presidente electo no reúne los requisitos constitucionales entonces el vicepresidente electo fungirá como presidente hasta que el presidente cumpla con los requisitos exigidos y el congreso podrá, mediante ley, proveer lo necesario para el caso en que ni el presidente electo ni el vicepresidente satisfagan los requisitos constitucionales, estableciendo quien fungirá como presidente o la forma en que se elegirá a la persona para el cargo quien deberá permanecer en el hasta que el presidente o vicepresidente reúnan los requisitos constitucionales, estableciendo quien fungirá como presidente o la forma en que elegirá a la persona para el cargo, quien deberá permanecer en el hasta que el presidente o vicepresidente reúnan los requisitos constitucionales.
24. En español dice: ...El presidente 45 “y sus aliados y apoyadores son un peligro real y cierto para la democracia americana. Ellos atentarían para revertir las elecciones de 2024, pero tendrán éxito en 2024 en lo que fallaron en 2020. No digo esto de manera ligera. Nunca había dicho palabras así en mi vida, excepto ahora con lo que nos está diciendo

el expresidente y sus aliados... Ellos están ejecutando los planos para 2024 de manera abierta y a plena vista del público americano (Audiencia del Comité Especial de la Cámara de Representantes el 16 de junio de 2022).

25. Véase El Federalista 65.
26. Gerhardt, Michael J. op cit. p. 152 y ss Idem p. 156-158.
27. Idem p. 163 y ss.
28. Ibidem p. 166-171.
29. Levitsky y Ziblatt. Op cit. Nota 1.
30. Ibidem p. 170 y ss.
31. Ibidem cap. 6.
32. Ibidem.
33. Unirse o morir. Véase. Reed Amar Akhil. The Words that Made US. America's Constitutional Conversation, 1760-1840. Basic Books, New York, 2021. p. 91-103.

EL ANTEJUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ*



Gustavo Gutiérrez-Ticse **

«Los pueblos son lo que son sus gobernantes. ¿Y qué derecho exigirá estricta observancia a la ley el que con ella es poco respetuoso?»

(Palabras pronunciadas por el diputado Juan Manuel Osoreo en el debate de la acusación constitucional contra los ministros Freyre y Morales en el año de 1882)

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes históricos. 2.1. El juicio de residencia. 2.2. El *impeachment*. III. El antejuicio político. 3.1. El antejuicio político en el Perú. 3.2. El antejuicio político en la Constitución de 1993. IV. Excursus: ¿El denominado juicio político de la Constitución de 1993? V. El procedimiento de antejuicio político. 5.1. Delitos comprendidos. 5.2. Sujetos comprendidos. 5.3. Materias comprendidas. 5.4. Plazo para el antejuicio. 5.5. Órgano competente. 5.6. Procedimiento. 5.6.1. Etapa postulatoria. 5.6.2. Etapa investigatoria o intermedia. 5.6.3. Etapa acusatoria o final. VI. Los últimos casos emblemáticos: una reforma impostergable. VII. Consideraciones finales.

Palabras clave: Congreso de la República, antejuicio político, prerrogativas parlamentarias, Fiscalía, Poder Judicial.

* Una primera versión del presente trabajo fue publicada en VV. AA. «Limitación del poder y estructura del Estado. Estudios sobre la parte orgánica de la Constitución». Serie: Estudios Constitucionales. Lima: Grijley, 2008.

** Profesor de Derecho Constitucional. Magistrado del Tribunal Constitucional Peruano.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la evolución de la figura del antejuicio político desde su reconfiguración con la Constitución de 1993 y su viabilidad como prerrogativa en el Estado democrático constitucional.

Se plantean algunas alternativas para compatibilizarla con los derechos, así como la conveniencia de retornar al modelo de la Constitución de 1979, con el propósito de preservar su naturaleza institucional como mecanismo de control político.

I. INTRODUCCIÓN

El parlamento es la expresión popular de una nación y, como tal, se constituye en el primer poder del Estado; le toca la alta función de legislar y fiscalizar. En ese horizonte, ejerce diversos mecanismos de actuación para cumplir con sus funciones constitucionales. Así, podemos advertir que el Congreso aprueba las leyes, autoriza al Poder Ejecutivo a legislar vía decretos legislativos, verifica la constitucionalidad de los decretos de urgencia, controla a los ministros mediante la censura y autoriza el procesamiento de los más altos funcionarios del Estado, entre otras formas de actuación. Es decir, no solamente dicta las normas más importantes del país, sino que además controla a los otros estamentos del poder. Ese control es el denominado control político, el cual en verdad ha adquirido pleno relieve en el Estado democrático contemporáneo y es tal vez la función más importante de los parlamentos actuales.

Precisamente dentro de esa gama de mecanismos que forman parte del llamado control político ubicamos al *antejuicio*, que, por un lado, protege al funcionario de las denuncias sin fundamento jurídico ni político, y, por otro, viabiliza la persecución penal cuando haya mérito para tales propósitos. Es decir, a la par establece los mecanismos para la fiscalización de los que ostentan el poder e impide que los cuestionamientos terminen por destruir la credibilidad de los altos funcionarios y vulnerar la organización del Estado.

Ciertamente, en el Estado democrático el poder no está exento de control. Díez Picazo recuerda al respecto lo siguiente:

A diferencia de lo que ocurre en los regímenes absolutistas y dictatoriales, el Estado democrático de derecho no es sino la manifestación más compleja y evolucionada, hasta la fecha, de los ideales del constitucionalismo. Se funda

sobre la tensión entre dos grandes principios rectores: la investidura de los gobernantes por los gobernados a través de elecciones libres y la sujeción de los gobernantes a la legalidad¹.

Esto se debe esencialmente a la superación del poder despótico de los reyes y sus cortes, que actuaban con absoluta impunidad. En la actualidad, aun en los regímenes monárquicos, los gobernantes en el ejercicio del poder deben regirse por los principios de transparencia y honestidad en el manejo de los bienes públicos².

Se trata, en otras expresiones, de la superación del Estado totalitario para transitar hacia el Estado democrático constitucional, es decir, hacia las relaciones entre el poder y la ciudadanía sobre los dispositivos prescritos por las normas legales emitidas por el parlamento como expresión de la soberanía popular. En ese sentido, queda claro que los gobernantes no solamente reciben un mandato para dirigir a los pueblos, sino además un deber de actuar en defensa de los intereses de la comunidad.

Ahora bien, es cierto que dicho ejercicio genera adversidades. Los poderes político, económico, social y otros encubiertos podrían — como que pueden — objetar la conducta de un alto funcionario por móviles nada justificables. Ahí debe guardarse reserva de los derechos de los altos funcionarios, tanto como de las exigencias de la ciudadanía de poder acceder a los recursos adecuados para controlar a sus gobernantes.

Ello implica que el Estado, a la par de garantizar la fiscalización del poder, debe prever mecanismos que, sin menoscabar la igualdad ni tornarse

1 Ver: Díez Picazo, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 1996, p. 20.

2 Así, Díez Picazo sostiene que todo ello es incluso más importante cuando se trata del Estado democrático de derecho, porque este se apoya sobre un conjunto de delicados equilibrios, que pueden resumirse en el binomio igualdad ante la ley y confianza de los ciudadanos en los gobernantes. Por esta razón, desde el punto de vista del contrato social — es decir, la decisión colectiva fundamental de organizar la convivencia según principios liberal-democráticos, propios del Estado democrático de derecho —, no es errado sostener que los gobernantes tienen un especial deber de diligencia, pues son particularmente responsables del clima moral global de la sociedad. Toda la tradición del constitucionalismo, en consecuencia, rechaza por principio la idea misma de que los gobernantes puedan gozar de inmunidad penal. No existe ejemplo histórico alguno del país que, genuinamente constituido como Estado democrático de derecho, haya declarado a sus gobernantes exentos de responsabilidad penal. Véase Díez Picazo, *Op. cit.*, p. 22.

privilegios, constituyan medios de protección legítima de los gobernantes. Es ese el fundamento del antejuicio político hoy en día.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El antejuicio político tiene raíces en algunas instituciones que con el paso del tiempo han caído en desuso, como es el caso del juicio de residencia y el *impeachment*. No obstante, debe señalarse que hay en la historia mecanismos de control perversos, como el ostracismo y el *bill of attainder*. El primero tiene por objeto la expulsión de los enemigos del tirano, mientras que el segundo constituye un modo de sanción penal en forma legislativa.

2.1. EL JUICIO DE RESIDENCIA

El juicio de residencia se practicó en la baja Edad Media con la finalidad de controlar la actuación de los agentes regios en las provincias. Su uso se generalizó, sobre todo con respecto a los cargos públicos de las colonias de América, en el siglo XVI. Como explicita Díez Picazo:

Al finalizar su mandato, los agentes regios estaban obligados a permanecer en su lugar de destino durante un «período de residencia», que duraba de tres a seis meses. En ese tiempo, cualquier persona estaba facultada para presentar quejas y denuncias acerca de su actuación a un «visitador», que no era sino otro funcionario del rey encargado de la inspección y fiscalización de los gobernantes. Ciertamente, el visitador debía redactar un informe que podía servir, en su caso, para incoar un proceso penal. Las fuentes de la época parecen conformes en señalar que el juicio de residencia se prestaba a toda clase de venganzas personales y maledicciones, y que en consecuencia no cumplía con su verdadera finalidad³.

El aspecto más interesante del juicio de residencia es que reflejaba una lógica típicamente burocrática. Es un instrumento de control interno de la estructura político-administrativa, principalmente dirigido a los agentes de la periferia. Los cargos públicos centrales, sobre los que era más fácil ejercer una supervisión directa y cotidiana, no estaban sometidos a juicio de residencia.

Era pues una oportunidad para poder determinar si el régimen había satisfecho al reino y también a los súbditos. Como señala Javier Valle Riestra,

3 Díez Picazo, Luis María. *Op. cit.*, p. 19.

«en el juicio de residencia se invitaba a los quejosos «de cualquier estado, calidad y condición que fuesen» a comparecer y presentar demandas contra el Virrey cesante, sus asesores, secretarios y criados, si es que consideraban haber sido víctimas de «agravio, perjuicios, injusticias y sinrazones»⁴.

Estos presupuestos del juicio de residencia no escaparon de nuestra tradición republicana, puesto que dicha figura mantuvo plena vigencia no solo durante el período colonial sino también en los primeros años de la República. Así, el Estatuto Provisorio de 1821 (artículo 19), dado por el general José de San Martín, establecía que:

Todos los funcionarios públicos serán responsables a un juicio de residencia que se seguirá por una comisión especial nombrada al efecto por la Capitanía general en los casos de gravedad y trascendencia.

Durante este período se practicaron varios juicios de residencia. Uno de ellos ocurrió con el primer presidente de la República, don José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete, por supuestas negociaciones con los españoles orientadas a desalojar a Simón Bolívar del Perú; sin embargo, no prosperaron, como ocurrió con la mayoría de eventos que generó este instituto, hasta caer en desuso hacia 1860.⁵

2.2. EL IMPEACHMENT

Otra de las instituciones de control de los gobernantes, y que constituye un antecedente del antejuicio, a pesar de que en algunas realidades se mantiene y en otras coexiste con él, la encontramos en el *impeachment*.

Dermikazy explica que «el *impeachment* nació en Inglaterra, bajo el reinado de Eduardo III, y se aplicó desde entonces, especialmente en los siglos XVII y XVIII, contra los altos oficiales de la Corona que después se llamaron ministros; pero no contra el monarca que, como el presidente en las democracias parlamentarias, es irresponsable»⁶.

4 Valle Riestra, Javier. *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*. Lima: Benítez Rivas y Montejo editores asociados, 1987, p. 84.

5 Cf. Basadre, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Tomo I, 8ª. Edición. Lima: La República, 2001, p. 29.

6 Dermikazy, Pablo. *Derecho constitucional*. Cochabamba: s. e., 1998, p. 443.

Valle Riestra sostiene que:

Desde 1376, en que apareció, hasta el siglo XVII, el carácter del *impeachment* fue penal. Sólo se admitía la acusación contra el gran oficial del reino que hubiera cometido crimen o delito. Paulatinamente este proceso fue desvistándose de su carácter penal y adquiriendo fisonomía política. Se empezó a apuntar contra los Ministros por faltas graves cometidas en el ejercicio de sus funciones, como por ejemplo la falta de haber aconsejado o negociado un tratado desventajoso para el país.

Bajo Carlos II, los ministros debían responder ante los Comunes por la *honesty, justice y utility* de su gestión. Más tarde se vuelve un medio de fiscalizar la acción del Gobierno y los lores asumen una libertad irrestricta para incriminar los hechos y fijar la pena. Se empezó a juzgar a los funcionarios del reino, concreta y especialmente a los ministros, por haber abusado de la confianza. El *impeachment* se hizo innecesario: había sido reemplazado por la responsabilidad política ministerial o «deber de contestar las preguntas del parlamento, con la consiguiente perspectiva del voto de confianza y la dimisión»⁷.

En efecto, el *impeachment* inglés cae en desuso como consecuencia de la aparición de nuevos medios de control de los gobernantes. García Mahamut explica que: «el *impeachment* pierde vigencia a partir del momento en que el Parlamento afirma su posición soberana como representante de la Nación tras la Revolución Gloriosa de 1688, produciéndose una suerte de mutación en el instituto del *impeachment*, ya que éste cae en desuso desde el instante en que la responsabilidad política entra en la escena del parlamentarismo inglés.

Precisamente, a causa de la consolidación de la responsabilidad política el instituto del *impeachment* perderá su vigencia»⁸. Hablamos pues de la materialización del control mediante instituciones como la censura, por ejemplo.

En los Estados Unidos de América, el *impeachment* supera su conceptualización judicial y se constituye desde entonces como un procedimiento que no se extiende más allá de la destitución del cargo. Así, el artículo I, sección 3, cláusula 7 de su Constitución dispone lo siguiente:

7 Valle Riestra, Javier. *Op. cit.*, p. 55.

8 García Mahamut, Rosario. «Responsabilidad política vs. responsabilidad penal». En AA. VV., *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 376.

El juicio en los casos de acusación no se extenderá más allá de la destitución de cargo, y descalificación para ejercer y disfrutar de cualquier cargo de honor, fideicomiso o lucro (...).

En suma, asevera Black, el *impeachment*:

(...) no afirma la inocencia o culpabilidad del acusado para desempeñar funciones en el futuro”⁹.

Desde esta perspectiva, y en clave latinoamericana, el *impeachment* tiene el mismo matiz que en los Estados Unidos. Es por ello que, para Eguiguren, «no tiene otro efecto que apartar al acusado del cargo público que ocupa y excluirlo, en el futuro, de cualquier cargo honorífico de confianza o retribuido. De ninguna manera el Senado podrá juzgar conforme con la ley penal. El sancionado por el *impeachment*, sin embargo, puede luego ser sometido a un procedimiento penal ordinario para imponerle una sanción de acuerdo con las leyes penales¹⁰. Hoy por hoy, esta figura ha sido recepcionada por Argentina, Brasil y Venezuela, que tienen incorporados mecanismos de juicio político, aunque con escaso éxito»¹¹.

En el resto de países latinoamericanos también el juicio político se emplea contra altos dignatarios; y en algunos lugares se estipulan procedimientos propios o juicios políticos autónomos para el caso de la figura presidencial, como en Argentina con el juicio por mal desempeño, y en el Perú con la vacancia presidencial por incapacidad moral.

III. EL ANTEJUICIO POLÍTICO

De acuerdo a nuestro ordenamiento interno, el antejuicio constituye un instrumento del control político que procura preservar la conducta de los altos funcionarios dentro de la legalidad.

Eguiguren sostiene que «es una prerrogativa que el Derecho Constitucional otorga a determinados altos magistrados del Estado, con la finalidad de que no sean procesados ante el Poder Judicial, sin antes recibir la venia del

9 Black, Charles (Jr.). *Juicio político*. Buenos Aires: Prolam, 1975, p. 10.

10 Charles Black refiere que «a la larga, debemos guardar la lanza del juicio político (*impeachment*), aunque cubierta de vaselina para evitar el óxido». Black, Charles (Jr.). *Op. cit.*, p. 10 y 15.

11 Eguiguren Praeli, Francisco. *La responsabilidad del presidente, razones para una reforma constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2007, p. 57.

Congreso a través del procedimiento establecido, tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso»¹². En ese mismo horizonte, el profesor Marcial Rubio precisa que «el antejuicio es una prerrogativa porque el principio general es que toda persona pueda ser demandada o denunciada ante los tribunales y, en tal caso, queda sometida a jurisdicción. Cuando se trata de las personas a quienes se hace antejuicio, la situación es distinta: ninguna demanda o denuncia que se haga contra ellos los somete a jurisdicción de los tribunales, a menos que el Congreso autorice tal procesamiento»¹³.

En la doctrina comparada, el antejuicio político tiene el mismo origen. Se trata de una prerrogativa para el juzgamiento penal de los altos funcionarios. En efecto, estamos ante un sistema de juzgamiento especial que establece una serie de variantes entre los modelos constitucionales, «desde un sistema de juzgamiento directo por los tribunales comunes, el juzgamiento por el poder legislativo, por un tribunal especial y un sistema mixto: juzgamiento entre el poder legislativo y judicial»¹⁴.

3.1. EL ANTEJUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ

El advenimiento de la República no trajo consigo aún la figura del antejuicio. Es recién la Constitución de 1860 la que introduce esa figura, a pesar de su tibia incorporación en sede constitucional con la Carta de 1828.

De allí, nuestra tradición constitucional estatuyó un modelo de control que se consolidaría en sede normativa con la Ley de responsabilidad de funcionarios públicos de 1868. No obstante, es con la Constitución de 1979, que el antejuicio se configura como un procedimiento de control político.

3.2. EL ANTEJUICIO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución de 1993 altera la figura del antejuicio histórico al darle carácter imperativo al contenido de la resolución que declara haber mérito a formular acusación constitucional, de suerte que el Ministerio Público y el Poder

12 Eguiguren Praeli, Francisco. «La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios». En *Estudios Constitucionales*. Lima: Ara Editores, 2002, p. 451.

13 Rubio Correa, Marcial. *Estudios sobre la Constitución Política*, Tomo iv. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 125.

14 Escobar Fornos, Iván. «Sistemas de juzgamiento de altos funcionarios públicos». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6. Madrid: 2006, p. 74.

Judicial deben acatar estrictamente la voluntad del parlamento. De otro lado, aparece una especie de juicio político por medio del cual el parlamento, en caso de acusaciones por infracciones constitucionales, no solo puede separar sino además sancionar al funcionario acusado con la inhabilitación para el desempeño de la función pública por hasta 10 años, conforme al tenor del artículo 100 de dicho cuerpo constitucional.

Sin embargo, y como comenta el extinto profesor Valentín Paniagua:

A pesar de la alteración sufrida en texto constitucional de 1993, subsisten rasgos esenciales de la institución:

- Las causas o motivos de acusación son las mismas que consagró la Constitución de 1828. Por consiguiente, el antejuicio sigue siendo un procedimiento político-jurisdiccional, destinado a hacer efectiva la responsabilidad jurídica (y no política) de los altos funcionarios o por infracción a la Constitución.
- Persigue que el Congreso, como gran Jurado de la Nación, establezca el carácter de verosimilitud de los hechos imputados, para impedir así las acusaciones maliciosas o destinadas a herir la autoridad, la respetabilidad o la dignidad del funcionario y no a perseguir la sanción de inconductas, legalmente punibles.
- Tiene por objeto levantar la inmunidad o la prerrogativa funcional del alto dignatario (exención de proceso y de arresto) para que los órganos jurisdiccionales (ordinarios) procesen y juzguen su conducta, así como suspenderle en el ejercicio de sus funciones para impedir que el presunto responsable sienta en el banquillo de los acusados la autoridad que ostenta o use de ella para perturbar el libre y autónomo ejercicio de la función jurisdiccional»¹⁵.

15 A todos los rasgos señalados, se añade un hecho que, aunque anecdótico, es tradicional. Se produce desde hace ciento treinta años. Es tradición — iniciada en 1868 — la de que no se cabe la acusación constitucional por infracciones constitucionales no tipificadas. Ello si bien la Ley de acusación constitucional del 15 de junio de 1834, que reguló por primera vez el procedimiento de acusación, distinguió también los delitos de las infracciones constitucionales y tipificó algunas de ellas, imponiéndoles — como se verá — muy severas penas. Su rigor la hizo ilusoria. La Ley de responsabilidad de los funcionarios públicos del 28 de setiembre de 1868 reguló minuciosamente el procedimiento. Y así a partir de 1868 solo cabe el procesamiento de los altos funcionarios por delitos de función. Los reglamentos de la Cámara de Diputados se remitieron invariablemente a dicha ley. El actual Reglamento del Congreso (1995)

No obstante ello, el antejuicio político pasó así a convertirse en una figura inusual, distinta a la perfilada a lo largo de nuestra etapa republicana, de suerte que se convirtió — a nuestro criterio — de una institución de control político a una institución semijurisdiccional, en la cual el parlamento tiene potestades extraordinarias de carácter fiscal y judicial.

Sin embargo, esto tiene justificación: la dificultosa situación a la que conllevó la temeridad de los componentes del sistema de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial), sobre todo con el caso Alan García: acusado el expresidente por cinco delitos, en el camino se redujeron a dos, los cuales, finalmente, prescribieron por decisión de los órganos jurisdiccionales.

Ello fue lo que motivó la necesidad de redefinir nuestro sistema de control político de la legalidad por medio del antejuicio, de suerte que se pudieran superar las barreras jurídicas que imposibilitan un control eficaz de los gobernantes. Ese fue el sentido que dio origen a esta nueva forma de antejuicio político, en el cual la acusación constitucional se encuentra determinada por el mandato del parlamento que vincula de modo imperativo tanto al Ministerio Público como al juez para formular denuncia y abrir instrucción, respectivamente, conforme a los mandatos de la resolución legislativa correspondiente.

Para nosotros sin embargo, desde una perspectiva constitucional, como no podría ser de otra manera, la segregación que hace el constituyente es válida en tanto y en cuanto no afecte la potestad sancionatoria en materia penal del juez, con lo cual la excepcionalidad en la acusación, fuera del margen del Ministerio Público, no atenta contra la autonomía de dicho organismo constitucional autónomo, sino que confiere dicha prerrogativa al parlamento, en un sistema en el cual los poderes se entremezclan (*checks and balances*) y así también sus funciones.

El Tribunal Constitucional ha expuesto de forma similar esta postura: «... en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del

no se ha apartado de esa tradición, de suerte que hasta ahora no se han tipificado las infracciones constitucionales. Ver Paniagua Corazao, Valentín, «La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 187.

juez decidor (porque nunca sanciona)» (Expediente 04747-2007-PHC/TC, fundamento 3).

Ahora bien, el constituyente pensó en superar las deficiencias judiciales del procedimiento del antejuicio con estas medidas, pero no supuso que ello originaría un gran problema a partir de los años dos mil como consecuencia de la compleja tarea asignada al Congreso en la tipificación de los delitos imputados.

IV. EXCURSUS: ¿EL DENOMINADO JUICIO POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993?

El juicio político es una figura sin antecedentes en el Perú, de manera que su incorporación es una innovación de la Constitución de 1993. Se origina como consecuencia de estatuir una instancia que se avoque al conocimiento de las faltas o infracciones constitucionales, las cuales tienen como resultado la inhabilitación para el cargo público del alto funcionario acusado.

La infracción constitucional viene a ser, como señala Luna Cervantes:

[L]a violación de la norma constitucional que no ha sido tipificada como delito. En sentido lato, puede configurar como infracción a la Constitución toda vulneración a las disposiciones que contiene la misma; así, podría considerarse como infracciones el atentar contra la independencia de funciones del Poder Judicial (art. 139 inciso 2); que el presidente no dirija al Congreso un mensaje anual para dar cuenta de su gestión (artículo 118, inciso 8); que los ministros no concurran al Congreso cuando son interpelados (artículo 131); etc; la cual es pasible de una sanción por responsabilidad política que generalmente es la destitución o inhabilitación.¹⁶

Se trata sin lugar a dudas de una aproximación al *impeachment*, instituto que consume un acto político. Su finalidad histórica y comparada no es sancionatoria, sino esencialmente lo que se busca es retirar al funcionario de la administración pública, haya o no de por medio la comisión de un delito, que será materia de los cauces ordinarios a que hubiera lugar.

Precisamente he allí uno de los grandes problemas en debate. Si bien es cierto que no le falta razón a la doctrina cuando apuesta por dotar a las

16 Luna Cervantes, Eduardo. «Responsabilidad ministerial y Constitución: evitando la impunidad», en *Diálogo con la jurisprudencia*. Año 9, n.º 56, Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 1996, p. 44.

cuestiones políticas no justiciables de un ejercicio sobre la base del principio de razonabilidad, se corre por cierto el peligro de *judicialización* de la política, ya que ello implica un control jurisdiccional de por medio. Por tal motivo, creemos — a despecho de sabernos minoría en la opinión jurídica — que el juicio político no puede estar sujeto al control jurisdiccional; más bien debería reformarse el modelo peruano a fin de suprimir su carácter sancionatorio y convertirlo únicamente en un instrumento de defensa del decoro de la función pública; es decir, que sea un vehículo de apartamiento del alto dignatario del cargo por haber incurrido en una contravención de los mandatos constitucionales.

Este tipo de juicio político sí está previsto en esos términos para el presidente de la República. Así se infiere de lo previsto por el artículo 113, inciso 2, de la Constitución vigente.

Tampoco estamos de acuerdo con aquellas voces que proponen tipificar las infracciones constitucionales¹⁷. En efecto, es nuestra creencia que un juicio político es una expresión de la autonomía parlamentaria (*interna corporis acta*) y que, por tanto, está exento de 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 el instituto debe reformarse con el objetivo de precisar su carácter eminentemente protector del decoro de la administración pública y de despojarlo en cambio de ese matiz sancionatorio, que al final da cabida para penetrar en los estamentos legislativos sin justificación alguna.

Evidentemente, un procedimiento como el que consta en la Carta de 1993 es sin duda alguna persecutorio de los adversarios, razón por la cual, más allá de tipificar infracciones o de regular el procedimiento, hay que guardar coherencia con el procedimiento del juicio político para dejarlo en su verdadera dimensión: valoración política que, en tanto tal, es ajena a los cánones jurisdiccionales.

17 Así, García Toma sostiene que las infracciones constitucionales se infieren del texto constitucional y en forma expositiva señala algunos tipos de infracción (García Toma, Víctor, *Legislativo y ejecutivo en el Perú*, Lima: Gráfica Horizonte, 2001, p. 172). Landa, con igual parecer, sostiene que «en la base de los inconvenientes que genera el antejuicio político por infracción de la Constitución está en que las infracciones carecen de una tipificación» (Landa, César. «Antejuicio político». En *Congreso Internacional sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: UNAM, 9-14 de febrero de 2004, p. 7.

V. EL PROCEDIMIENTO DEL ANTEJUICIO POLÍTICO

Está desarrollado en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.

5.1. DELITOS COMPRENDIDOS

El artículo 99 de la Constitución señala que la acusación constitucional en el ejercicio del control político de la legalidad procede por la supuesta comisión de ilícito penal perpetrado «en el ejercicio o desempeño de la función».

Debemos entender, en consecuencia, que no se trata de delitos de función en sentido estricto, sino de delitos cometidos en el curso del cargo, los cuales son parametrados con ocasión de la función que cumpla el dignatario.

5.2. SUJETOS COMPRENDIDOS

De acuerdo con el artículo 99 de la Constitución, los funcionarios investidos con el antejuicio político son el presidente de la República, los representantes al Congreso, los ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros de la Junta Nacional de Justicia, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el defensor del Pueblo y el contralor general de la República.

La fórmula empleada por la Constitución de 1993 (inversamente a la de 1979), es *numerus clausus*. No obstante, cierto sector de la doctrina e inclusive el Tribunal Constitucional propone incorporar en esta lista a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, al Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y al Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, por tratarse de «funcionarios públicos de la mayor importancia en un Estado democrático de derecho» (Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional 0006-2003/AI-TC, f. j. 4).

De otro lado, de conformidad con el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República, tienen legitimación activa los congresistas, el fiscal de la Nación y cualquier persona que se considere directamente agraviada.

Landa hace notar que «cabría preguntarse quién asume la legitimidad activa de la denuncia constitucional cuando los hechos o conductas denunciadas no sólo afectan a una persona en particular sino a toda una comunidad, por ejemplo, o quién denuncia por la comisión de un delito de función cuando la persona agraviada no se muestra resuelta a denunciarlo». En ese caso, ¿quedaría impune el delito? El mismo jurista se responde precisando

que «debe abrir(se) margen de legitimidad activa de la denuncia constitucional»; además de justificar la intervención del Tribunal Constitucional «a efectos solamente de calificar la admisibilidad y procedencia de las denuncias constitucionales»¹⁸.

Nosotros creemos, opuestamente al citado autor, que corresponde al Ministerio Público, conforme a la atribución prevista en el artículo 159 de la Constitución, ser la instancia que persiga el delito. En consecuencia, cualquier persona puede recurrir al Ministerio Público para activar el procedimiento, con lo cual el aparente vacío alegado, proclive a la impunidad, no resulta cierto; asimismo, tampoco se evidencia la necesidad de prever un mecanismo para que el Tribunal Constitucional termine interfiriendo con las atribuciones de los poderes del Estado. En todo caso, una mejor articulación coronaría con éxito cualquier falencia que se advierta.

5.3. MATERIAS COMPRENDIDAS

De acuerdo con la Constitución, el antejuicio procede por «todo delito en el ejercicio de la función», con lo cual se abre la brecha para dilucidar qué ocurre con los delitos comunes, sean o no cometidos en el ejercicio de la función. ¿Comprende también la prerrogativa estos casos o únicamente se aplica cuando se trate de actos propios de la función?

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que «si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia sólo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99º de la Constitución».

De otro lado, debe quedar claro que, en el caso de la figura presidencial, el tema de las materias comprendidas es puntual, en razón de la investidura que ostenta el presidente de la República.

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución, únicamente puede ser acusado por el delito de traición a la patria, por impedir las elecciones y por disolver el parlamento injustificadamente, entre otras prohibiciones definidas. En los demás casos, aun cuando se trate de delitos

18 Landa, César. *Op. cit.*, p. 5.

de función, la formulación de una acusación deberá viabilizarse una vez concluido el mandato constitucional presidencial.

Por cuerda separada se considera el asunto de la vacancia presidencial por incapacidad moral, la cual tiene como finalidad un objetivo eminentemente político, por lo que no se requiere de la definición de una infracción constitucional sino de una valoración de la ética pública que define la asamblea.

5.4. PLAZO PARA EL ANTEJUICIO

Conforme al artículo 99 de la Constitución, el plazo se extiende hasta cinco años después de que los funcionarios hayan cesado en sus cargos. Para Marcial Rubio esta medida trae las siguientes consecuencias:

- La primera, que los magistrados aludidos se hallan protegidos por el antejuicio hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones, lo que debe entenderse como un plazo que caduca cumplidos cinco años medidos por período natural, no útil, como se mide todo plazo dado en años dentro del Derecho.
- La segunda, que transcurrido ese plazo, caduca la posibilidad de que esa persona sea procesada por el hecho imputable, ya que el antejuicio es imposible y, sin él, tiene el privilegio de no ser procesada. Violar este principio sería inconstitucional y procedería una acción de amparo.
- La tercera, que como el plazo de cinco años es de caducidad, la tarea de investigación y moralización del Congreso tiene que ser particularmente rápida y eficiente. Si el plazo caduca y la acusación contra quien presuntamente ha cometido delito no se realiza, entonces el propio Congreso estará avalando conductas antijurídicas en los hechos, problema de cuya gravedad no es necesario hacer ningún comentario¹⁹.

Ello hace imperativo prever mecanismos que terminen por evitar que el antejuicio se pervierta y concluya como un elemento de impunidad. El antejuicio suspende en efecto los plazos prescriptivos para la judicialización, es verdad, pero también caduca la posibilidad de dar inicio a la persecución penal luego de la conclusión de los cinco años posteriores al término del mandato.

19 Rubio Correa, Marcial. *Op. cit.*, pp. 131-132.

5.5. ÓRGANO COMPETENTE

El órgano competente para la investigación del antejuicio es la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, integrada por diez congresistas, designados por la Comisión Permanente del Congreso de la República.

Ahora bien, los congresistas que integran esta subcomisión están impedidos de presentar denuncias constitucionales, en razón de que, de hacerlo, su actuación terminaría asemejándose a la del juez y parte, prohibido en sede judicial, principio este que se hace extensivo a sede parlamentaria, dada la configuración semijurisdiccional de este instituto en la actual Constitución.

La subcomisión se encuentra facultada para ejercitar todos los recursos necesarios a efectos de tramitar un pedido de antejuicio. En ese sentido, puede ejercer apremios de las comisiones investigadoras.

5.6. PROCEDIMIENTO

El procedimiento del antejuicio tiene tres etapas: postulatoria, investigatoria o intermedia y acusatoria o final.

5.6.1. ETAPA POSTULATORIA

Se inicia con la presentación por escrito de la denuncia constitucional. Es calificada por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales en un plazo de diez días hábiles, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Que hayan sido formuladas por persona capaz, por sí o mediante representante debidamente acreditado.
- Que la persona que formula la denuncia sea agraviada por los hechos o conductas que se denuncian.
- Que se refieran a hechos que constituyan infracción de la Constitución y/o delitos de función previstos en la legislación penal
- Que cumpla con los requisitos señalados en el segundo párrafo del literal a) precedente.- Si a la persona denunciada le corresponde o no la prerrogativa funcional del antejuicio, o si ésta se encuentra o no vigente.
- Si el delito denunciado no ha prescrito.

Ahora bien, la subcomisión puede declarar inadmisibles, improcedentes y admisibles las denuncias constitucionales, según estas conceptualizaciones:

- a) Inadmisibilidad.- En este caso, el denunciante tendrá un plazo de tres días hábiles para subsanar las omisiones a que hubiere lugar.
- b) Improcedencia.- Las denuncias declaradas improcedentes no pueden volver a interponerse hasta el siguiente periodo anual de sesiones, requiriendo la presentación de nueva prueba que sustente la denuncia. En caso contrario, son rechazadas de plano.
- c) Procedencia.- Se remite el informe de calificación a la Presidencia de la Comisión Permanente a fin de que se apruebe en forma inmediata el plazo —no mayor de 15 días hábiles, prorrogable, por una sola vez, por un término similar— dentro del cual la subcomisión realizará la investigación y presentará su informe. De manera excepcional, se podrá fijar un plazo mayor cuando el proceso a investigarse sea susceptible de acumulación con otra u otras denuncias constitucionales.
- d) Acumulación.- En caso de existir nueva denuncia que tenga relación con una que es materia de investigación, la Comisión Permanente, al momento de notificar a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales sobre el plazo de la investigación, le comunicará —sobre la base de su informe de calificación— del acuerdo aprobatorio de acumulación, en cuya situación la Comisión Permanente podrá prorrogar el plazo de investigación en forma excepcional.

5.6.2. ETAPA INVESTIGATORIA O INTERMEDIA

Esta etapa comprende desde el momento en que la Comisión Permanente notifica a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales el plazo de investigación hasta la presentación del informe respectivo.

Cabe precisar que en este periodo es donde se manifiesta más claramente el carácter político jurisdiccional de la acusación, toda vez que el procedimiento utiliza como medio supletorio —y en muchos casos, directo— la legislación procesal.

A continuación, se describe el procedimiento en esta etapa.

a) Notificación de la denuncia y presentación de descargos

La denuncia es notificada dentro de los tres días hábiles siguientes a la toma de conocimiento del plazo aprobado por la Comisión Permanente para realizar su investigación. Se otorga al denunciado un plazo de cinco días hábiles para formular su descargo y ofrecer los medios probatorios que considere necesarios.

b) Actos procesales previos a la audiencia

Para el proceso de investigación, la subcomisión podrá delegar en un congresista la realización, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, posteriores al acto de delegación, de los siguientes actos procesales:

- La determinación de los hechos materia de la investigación.
- La evaluación sobre la pertinencia de las pruebas y/o indicios y la recomendación para la actuación de otros medios probatorios que sean necesarios.

Una vez determinados los hechos que son materia de la investigación y las pruebas e indicios que se han de actuar, el congresista delegado dará cuenta por escrito a la presidencia de la subcomisión sobre estos actos, en mérito de lo cual se convocará, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, a sesión para realizar la respectiva audiencia, y se notificará al denunciante, al denunciado, a los testigos y a los peritos.

c) Audiencia

En la audiencia se realizan todos los actos previamente acordados (toma de declaraciones testimoniales, debate de informes de peritos y los que resulten necesarios). En esta etapa puede producirse la necesidad de ampliar la denuncia producto del desarrollo del procedimiento. Cabe preguntarse en dicho supuesto si la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales puede proponer a la Comisión Permanente que se acuse por delito distinto y, de ser así, si correspondería solicitar un nuevo plazo de investigación.

Como señala Percy Castillo en su informe de asesoría al Congreso, «la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales se vería impedida de ampliar los términos iniciales de la denuncia constitucional en mérito al obligado respeto al debido proceso, pues se vulneraría los derechos de defensa e imparcialidad;

el primero, referido a la imposibilidad de defenderse sobre nuevos cargos y el segundo, a la inconveniencia de convertirse en acusador y juzgador».²⁰

De otro lado, la Comisión Permanente o el Pleno del Congreso pueden solicitar al Poder Judicial que imponga, cese o modifique las medidas limitativas de derechos contra el funcionario denunciado.

d) Debido proceso

Landa ha esbozado el siguiente catálogo de garantías que deben ser cumplidas durante el desarrollo del antejuicio político, que transcribimos acá:

- El principio acusatorio, que, trasladado al ámbito parlamentario y entendido en sentido amplio, implica que quienes realcen las investigaciones no sean los mismos que después decidan al respecto.
- El principio de inmediación, que significa que quienes van a decidir (la Comisión Permanente) estén en contacto directo con los funcionarios acusados y con quienes acusan, pues es bastante frecuente que la totalidad de los miembros de la Comisión Permanente no estén presentes al momento que el acusado ejerce su derecho a la defensa y sus descargos, y, a pesar de ello, llegado el momento, emiten su voto sobre algo que no tienen cabal conocimiento, lo cual carece de racionalidad mínima.
- Principio de imparcialidad, el cual, si consideramos que la actuación parlamentaria está interesada por un fuerte matiz político y de oportunidad, viene a constituir un mecanismo de ponderación, morigeración y de racionalidad a las decisiones que vaya adoptar el Parlamento, a fin de no caer en la arbitrariedad.
- Principio de oralidad, por el cual, llegado el momento de la actividad probatoria, los medios de prueba deben ser introducidos al procedimiento parlamentario en forma oral. - Principio de publicidad, según el cual se garantiza el control, por parte de la colectividad de las decisiones que se tomen; a la vez, que permite legitimar dichos actos desde que estos son conocidos enteramente por la opinión pública.²¹

20 Castillo Torres, Percy. Informe de Asesoría al Congreso de la República sobre la Denuncia Constitucional n.º 286, Lima: Congreso de la República, marzo de 2004.

21 Landa Arroyo, César. *Op. cit.*, p. 4.

A tales consideraciones habría que agregar el derecho de defensa, de modo tal que durante las diferentes etapas del procedimiento de acusación constitucional el denunciado puede ser asistido o representado por abogado.

Castillo considera que el derecho de defensa además contempla «la pertinencia del tiempo para la preparación de la defensa, el acceso en forma irrestricta a las pruebas de cargo y combatirlas, la designación eventual de un intérprete, la libre y privada comunicación con el defensor».²²

e) Informe final

Este documento se elabora una vez concluida la audiencia y actuadas todas las pruebas, siendo el congresista responsable de su elaboración el parlamentario a quien se delegó la determinación de los hechos materia de la investigación y la pertinencia de las pruebas en la fase postulatoria.

Debe señalarse que el informe final, en su parte resolutive, puede concluir con la acusación del investigado o el archivamiento de la denuncia, y debe ser remitido a la Comisión Permanente, conforme con lo establecido en el literal g) del artículo 89. No son admisibles otro tipo de conclusiones y/o recomendaciones.

f) Votación de la Comisión Permanente

Recibido el informe, el Presidente de la Comisión Permanente ordena su distribución entre sus miembros y convoca a sesión de ese órgano parlamentario, la que no se realiza antes de los dos días útiles siguientes. En casos excepcionales dicha sesión puede coincidir con el día en que sesiona el Pleno del Congreso.

Si el informe propone el archivamiento o la improcedencia de la denuncia constitucional, se procede a votar sin debate. En ambos casos, el expediente de la denuncia constitucional se remite al archivo. Si, por el contrario, propone la acusación ante el Pleno del Congreso, se debatirá el informe y se votará, pronunciándose la Comisión Permanente por la acusación o no ante el Pleno.

Un tema de interés es el concerniente a la votación, asunto sobre el cual la Constitución no ha sido del todo clara, lo que motivó en su debida oportunidad un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Exp. n.º 006-2003-AI/TC), así como la modificatoria del Reglamento del Congreso. Precisamente

22 Castillo Torres, Percy. *Ibidem*.

el órgano de control de la Constitución explicitó que «la acusación debe ser aprobada por la mitad más uno del número legal de miembros».

Esto, sin duda alguna, coadyuva a garantizar un adecuado control que evite la afectación de derechos en vía de antejuicio, así como a corregir los problemas suscitados en los regímenes anteriores.

5.6.3. ETAPA ACUSATORIA O FINAL

Representa la última etapa del proceso del antejuicio político. Va desde el momento en que se aprueba el informe final y se designa a los integrantes de la Subcomisión Acusadora.

a) Sustentación y aprobación del Informe Final

La sustentación es puesta a debate de la Representación Nacional para luego someter a votación el informe final, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley. En el segundo caso, el expediente se archiva.

La acusación debe contener elementos o indicios razonables que confluyan como sustento. No se trata de simples elementos de juicio sino de «verdaderos indicios». Esto no podría ser de otra manera, más aun hoy en día, cuando la acusación del parlamento tiene mandato imperativo, de tal suerte que el Ministerio Público debe en todos los casos formular la denuncia penal correspondiente.

b) Las sanciones previas al proceso penal

Un tema harto polémico es el concerniente a la medida de suspensión en el ejercicio del cargo sin haber de por medio una condena de naturaleza penal. Precisamente la base normativa para esta previsión se recoge del artículo 100 de la Constitución. En ese sentido, el parlamento está facultado para imponer la sanción de destitución, inhabilitación y suspensión en el cargo accesoriamente a la acusación constitucional.

El Tribunal Constitucional se ha preguntado al respecto: «¿Acaso el Congreso puede imponer sanciones por delitos que no han sido declarados por el Poder Judicial?». Y también se ha respondido ciertamente: «Sin duda, la respuesta es negativa, porque si así fuera se quebraría no solo el principio

de separación de poderes sobre el que se sustenta todo Estado democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), sino también el principio de presunción de inocencia (párrafo e, inciso 24), de su artículo 2°».

La posición del Tribunal Constitucional es muy escueta y no resuelve problemas concretos, más aun en el tema específico de la suspensión, en razón de que tanto la inhabilitación como la destitución arriban de modo general *a posteriori* del proceso penal; en cambio, la suspensión es una medida muy utilizada en sede parlamentaria y que ha dado lugar a decisiones polémicas, como ha ocurrido con los casos de Martha Chávez Cossío y José Luna Gálvez durante los años dos mil.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta medida? ¿Puede el parlamento establecer una medida de privación del cargo, incluso de manera cautelar, sin haber de por medio una sanción judicial en el antejudio político? Precisamente ahí se ha centrado la polémica, en razón de que el argumento lógico de considerar dicha sanción como cautelar le da razón para su procedencia; no obstante, si así fuera, dicha medida tendría que ser temporal y no ilimitada, pervirtiéndose de esta manera la finalidad de la medida y evidenciándose un claro móvil de «judicialización de la política».²³

Nadie discute la medida de suspensión, y estamos de acuerdo con el profesor César Delgado Guembes cuando señala que «la suspensión en la acusación constitucional tiene una connotación especial en razón de que como instituto de control político y moral, protege el Estado constitucional de Derecho y el mantenimiento de estándares de conducta políticos (democráticos y éticos); sin embargo, creemos que la suspensión sin plazo vulnera los principios constitucionales que informan el ordenamiento jurídico y del cual no pueden estar exentos de valorar ni siquiera el parlamento, más aún cuando adopte decisiones que afecten derechos fundamentales como el caso de la suspensión que termina anulando en el cargo que ostenta a la persona acusada sin evidente condena».²⁴

23 Hubiera sido interesante la actuación del TC frente a la defensa de su interpretación, toda vez que las confrontaciones políticas que seguramente conlleva la suspensión parlamentaria constituyen situaciones delicadas para la estabilidad institucional de la democracia.

24 Delgado Guembes, César, *Prerrogativas parlamentarias, aplicación y límites en un caso de antejudio*, Lima: Grijley, 2007. Véanse especialmente pp. 157-187.

Por otra parte, tampoco es justificable la inoperancia judicial como condición para extender distorsionar la suspensión cautelatoria. Todo lo contrario, el Estado democrático constitucional exige respuestas y soluciones concretas y oportunas de los poderes del Estado en los precisos momentos en donde se juega la legitimidad.

c) Formalización de la denuncia y apertura de instrucción

Aprobada la acusación constitucional, el fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días naturales, en los términos aprobados por el Congreso. El vocal supremo en lo penal abre la instrucción correspondiente.

César Nakazaki se pregunta: «Si el Fiscal de la Nación no puede calificar la ‘resolución acusatoria de contenido penal’ para decidir no formalizar denuncia penal por no concurrir las condiciones de la acción, ¿quién asumirá tal responsabilidad?, ¿se admitirá en el orden legal la interposición de denuncia penal sin que se verifique si reúne las condiciones de la acción penal?». ²⁵

Aunque Nakazaki concluye de forma diferente a nuestra postura, en el sentido de que el Congreso se encontraría prohibido de verificar las condiciones de la acción penal y los presupuestos del procesamiento penal, nosotros creemos que, al contrario, le corresponde al parlamento dicha exhaustividad, ya que el antejuicio es hoy en día un procedimiento político-jurisdiccional diseñado así por el constituyente.

VI. LOS ÚLTIMOS CASOS EMBLEMÁTICOS: UNA REFORMA IMPOSTERGABLE

Durante el último período legislativo, se ha podido advertir que los procedimientos de antejuicio siguen siendo un complejo procedimiento que retarda/detiene el desarrollo del control político, en vez de ser una garantía para la institucionalidad gubernamental. De hecho, se han paralizado varios pedidos de acusación constitucional de manera injustificada. Ello ha generado un espacio permanentemente cuestionado por la impunidad que proyecta en la sociedad. Lo hemos visto con todos los incidentes sucedidos alrededor de la acusación de un juez y varios consejeros del entonces Consejo Nacional de la Magistratura, en el caso conocido como «Los Cuellos Blancos del Puerto».

25 Nakasaki, César Augusto. «El antejuicio y la responsabilidad solidaria de los ministros de Estado», en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 67.

Igual ocurre con casos tan notorios como el de la excongresista Luciana León: pese a los audios y correos que evidenciaban potenciales coordinaciones para el desarrollo de actividades ilegales en el distrito de La Victoria, la acusación constitucional en contra de ella no se ha activado por largo tiempo.

Evidencia lo expuesto la necesidad de redefinir la figura del antejuicio para evitar que se constituya un manto de impunidad en favor de los altos dignatarios, sobre todo para el caso de los parlamentarios, ya que estos no ejercen funciones gubernamentales. Por tanto, el antejuicio no es propiamente una figura pertinente para el cargo representativo que ostentan los legisladores, en cuyo favor — en sentido contrario al populismo reformista de los últimos tiempos — debe preservarse la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.

En cuanto al resto de dignatarios que cumplen funciones gubernamentales, debe preservarse el antejuicio pero únicamente como mecanismo de control político, sin condicionar la acusación con el Ministerio Público ni con el Poder Judicial. Debe quedar en claro que la reforma de la Carta de 1993 es válida, pero la praxis parlamentaria y su origen popular resultan complejos para garantizar un estándar procesal mínimo, por lo que el rol del Congreso debería ceñirse únicamente a formular la acusación para que las instancias jurisdiccionales resuelvan la calificación delictiva.

Otra alternativa sería mantener la inmunidad tal como está diseñada en la Constitución; en tal caso, tendría que constituirse un cuerpo de letrados profesionalizados en la materia a fin de garantizar la sustanciación de la acusación, lo que hoy en día no ocurre y no ha podido realizarse en todos estos años.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de las objeciones que de vez en cuando suelen exponerse con relación a las prerrogativas de los altos funcionarios, el antejuicio se presenta como un mecanismo necesario, hoy en día, que evita la judicialización de la política mediante la permanente persecución de los altos funcionarios del Estado.

Ciertamente, como explica García Morillo, «cuando se ha cometido un delito, la activación del proceso penal, encaminado a dilucidar y aplicar las correspondientes responsabilidades penales, no sólo es inevitable, sino saludable»²⁶. Pero la intromisión de la búsqueda de responsabilidades penales

26 García Morillo, Joaquín. Responsabilidad política y responsabilidad penal. En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 18. Núm. 52. Enero-Abril, Lima: 1998, p. 110.

en las actividades políticas, utilizando los Juzgados como sustitutivo del Parlamento y la responsabilidad penal como sustitutoria de la política opera efectos sumamente nocivos en el complejo y delicado entramado institucional de la democracia parlamentaria; en particular, la aparición en el horizonte de la responsabilidad penal implica casi ineluctablemente la pérdida de operatividad de la responsabilidad política, que es el instrumento específico de depuración de responsabilidad característico del parlamentarismo. En ese orden de ideas, las garantías serán validadas con los derechos ciudadanos.

En suma, todo modelo democrático tiene en su organización constitucional un sistema de «frenos y contrapesos»; en ese orden de ideas, es perfectamente viable que las prerrogativas como el antejuicio sean útiles en su objeto, pero por las connotaciones sancionatorias de nuestro modelo, el contrapeso requiere de las modificaciones señaladas.

Por estas razones, el parlamento debe ser muy cauteloso en utilizar estas herramientas de control; y los funcionarios controlados deben ser altamente respetuosos de la investidura parlamentaria y someterse a dichos procedimientos. Al final, el éxito de un sistema es el respeto a sus instituciones y la sujeción a los mandatos constitucionales.

“LA INFRACCIÓN Y LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL COMO MECANISMOS DE CONTROL POLÍTICO Y LOS LÍMITES DE LA PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL”

REFLEXIONES SOBRE UN CASO EN DEBATE*



*Jhonny Tupayachi Sotomayor***

Sumario: I. Sobre la infracción constitucional. II. Sobre la acusación constitucional por incompatibilidad de cargo. II.1. Hechos que son parte de la acusación constitucional. 1.2. En razón a la infracción de los artículos 146 y 158 de la constitución política. III. Aspectos formales de la denuncia constitucional. III.1. Incorporación de otros artículos constitucionales y penales infringidos. A) infracción al artículo 43 de la constitución. B) infracción al artículo 45 de la

* El presente artículo es parte de un texto emitido en opinión académica solicitada por un colega abogado defensor, sobre un caso específico.

** Abogado y Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Miembro Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Actual Procurador Público Adjunto del Poder Judicial responsable de los procesos constitucionales. Docente de postgrado en la USMP y UCV y de postgrado en diversas universidades del Perú. Autor y coordinador de múltiples artículos jurídicos y textos en su especialidad.

constitución. C) infracción al artículo 126 de la constitución. D) infracción al artículo 153 de la constitución. III.2. Incorporación de un artículo penal infringido. A) presunta comisión de delito de falsedad genérica (art. 438 Del código penal). IV. Afectación de derechos fundamentales con la presente denuncia constitucional. V. Garantías en la acusación constitucional y antejuicio.

I. SOBRE LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL

La doctrina ha enfatizado que la causal de infracción de la Constitución es amplia, difusa e imprecisa. De acuerdo con Francisco Eguiguren Praeli, en términos generales, y atendiendo a la literalidad de la expresión, se entiende como aquella conducta u omisión que es contraria a la norma fundamental¹. Siguiendo a Jorge Santistevan de Noriega, la causal de infracción de la Constitución es una figura autónoma, de eminente carácter político, que forma “*legítimamente*” parte de los mecanismos parlamentarios de control político, y que es independiente de las conductas típicas sancionadas por el ordenamiento penal². Para César Landa, la transgresión de cualquier artículo de la Constitución no configura una infracción constitucional. En ese sentido, importaría infracción constitucional “*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*”³. Este concepto fue recogido por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente 3593-2006-AA/TC, caso Luz Salgado Rubianes de Paredes y Carmen Lozada de Gamboa.

El Tribunal Constitucional consideró en un fallo de 2012 que *el juicio político debe cumplir con el principio de taxatividad*. En dicha medida, indicó que las infracciones constitucionales deben encontrarse previamente tipificadas para ser aplicadas (y motivar una destitución e inhabilitación política).

-
- 1 **Eguiguren Praeli, Francisco.** La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios. En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, año LI, número 27, 2001, pág. XV.
 - 2 **Santistevan de Noriega, Jorge.** La infracción constitucional: una institución polémica en el Perú. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, año 9, número 64, 2004, pág. 17-26
 - 3 **Landa Arroyo, César.** Antejuicio político. En M. Carbonell (Ed.), Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 613 y ss.

La taxatividad (...) 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 tipificadas⁴.

Ahora bien, la taxatividad de las infracciones constitucionales no presenta las mismas características que en materia penal. Ello se deriva de que las normas constitucionales, a diferencia de las leyes penales, tienen un elevado nivel de indeterminación.

II. SOBRE LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL POR INCOMPATIBILIDAD DE CARGO

II.1. Hechos que son parte de la acusación constitucional

El ciudadano Rubén Eduardo Fernández Morales interpone denuncia constitucional contra el ciudadano Juan Carrasco Millones, en condición de Ministro del Interior, por la *infracción de los artículos 146 y 158 de la Constitución Política del Perú*, y por la probable comisión del delito de aceptación ilegal de cargo público, contemplado en el artículo 381 del Código Penal.

Señala en su denuncia que, el 26 de julio de 2021, el denunciado en condición de Fiscal Provincial solicitó licencia sin goce de remuneración, por motivos particulares, ante el Coordinador Nacional de Fiscalías Especializadas en Delitos Contra la Criminalidad Organizada; pedido que fue elevado a la Secretaría General de la Fiscalía de la Nación. Luego, el 27 de julio de 2021, la Oficina de Registro y Evaluación de Fiscales resuelve mediante Resolución N° 001880-2021-MP-FN-OREFF, concediéndose noventa (90) días de licencia sin goce de haber por motivos particulares desde el 28 de julio al 25 de octubre de 2021.

4 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 156-2012-PHC/TC, fundamento 13.

Al día siguiente, el 28 de julio de 2021, el denunciado juró el cargo de Ministro del Interior por ante el Presidente de la República José Pedro Castillo Terrones. El denunciante considera que la conducta descrita (solicitar licencia por motivos particulares para asumir otro cargo público) atenta contra lo dispuesto en los artículos 146 de la Constitución Política del Perú, que señala:

“La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada...”, y el artículo 158 de nuestra Carta Magna, que se refiere a que “Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades.”

Asimismo, el accionante considera que el denunciado ha realizado una aceptación indebida del cargo de Ministro de Estado, dado que la licencia no lo desvincula de la función fiscal, por lo que habría incurrido en el ilícito de aceptación ilegal de cargo público, previsto en el artículo 381 del Código Penal.

Con fecha 18 de noviembre de 2021, tres congresistas presentaron ante la SubComisión de Acusaciones Constitucionales un documento mediante el cual hacen suya la denuncia constitucional interpuesta por el ciudadano Rubén Eduardo Fernández Morales, ampliando la misma a la presunta infracción de los artículos 43, 45, 126 (párrafo 2) y 153 de la Constitución Política del Perú, y por la probable comisión del delito de falsedad genérica previsto en el artículo 438 del Código Penal. Los citados congresistas mediante escrito ingresado a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales el 16 de diciembre de 2021, presentan su adhesión a la Denuncia Constitucional N° 001 y amplían la misma, tanto en aspectos de infracción constitucional como de incidencia penal.

Los parlamentarios adherentes señalan que el denunciado que designado como Fiscal Provincial Titular Penal (Corporativo) de Chiclayo, mediante Resolución N° 1539-2015-MP-FN, del 29 de abril de 2015 y el 11 de mayo de 2016 fue designado a la Fiscalía Especializada Contra el Crimen Organizado de Lambayeque - Sede Chiclayo; que el 27 de julio de 2021 el denunciado solicitó licencia sin goce de remuneración por motivos particulares por el periodo de 90 días, la misma que le fue concedida mediante Resolución N° 1880-2021-MP-FN-OREFF, por el periodo solicitado, es decir, del 28 de julio al 25 de octubre de 2021; y que el 29 de julio de 2021 el suscrito juró como Ministro de Estado, en la Cartera del Interior; en ejercicio de dicho cargo

se le rinden los honores correspondientes en la parada militar realizada el 31 de julio de 2021.

Asimismo, la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Distrito Fiscal de Lambayeque (de oficio) procedió a abrir investigación preliminar contra el denunciado, por haber jurado como Ministro de Estado siendo Fiscal Provincial Titular; que el 2 de agosto de 2021 el suscrito presentó carta de renuncia irrevocable al cargo de Fiscal Provincial Titular ante el Ministerio Público, la misma que fue aceptada mediante Resolución N° 056-2021-MP-FN-JFS, el 03 de setiembre de 2021 y publicada al día siguiente. En lo que respecta a la presunta comisión del delito de Falsedad Genérica en el escrito de adhesión y ampliación de la Denuncia Constitucional N° 001 que presentan los congresistas denunciadores, señalan que la solicitud realizada para que se le conceda licencia sin goce de haber, por motivos particulares, cuando en verdad lo hacía para lograr ser nombrado como Ministro de Estado, en tal sentido el denunciado habría incurrido en la comisión del delito de Falsedad Genérica.

II.2. En razón a la infracción de los artículos 146 y 158 de la Constitución Política

Conforme se desprende de nuestro texto constitucional, el contenido del artículos 146 es el siguiente:

Artículo 146.-

La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo. Los jueces sólo perciben las remuneraciones que les asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.

(...)

Artículo 158.-

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos. *Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas*

incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

Sobre este punto en la acusación constitucional se aprecia que la cuestión suscitada gira en torno a si el denunciado en condición de Fiscal Titular puede asumir un cargo distinto al que tuvo como representante del Ministerio Público. Tal acción, alegan los denunciantes, afecta el mandato constitucional establecido en la Constitución: “*La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo (...)*”. La cuestión, entonces, que corresponde formularse está centrada en determinar cuál es la finalidad de que el ejercicio de la “*función jurisdiccional*” sea a exclusividad.

Como cualquier persona, tanto el juez como el fiscal tiene derecho al ejercicio de diversas actividades con el límite expreso impuesto por la Constitución, sin caer en exageraciones como las planteadas por la ley. El juez también tiene derecho al disfrute del tiempo libre (artículo 2, inciso 22, de la Constitución), y *dentro de él puede realizar las actividades que considere pertinentes para “(...) su libre desarrollo y bienestar”* (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), aunque como ya se ha dejado remarcado *sin afectar el cumplimiento de la función jurisdiccional*⁵.

Si bien es cierto la Constitución es clara al indicar que las prerrogativas y limitaciones que tiene el magistrado son propias del Fiscal en función (artículos 146 y 158), también es cierto que *existen criterios interpretativos que han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional a efecto de dar interpretación a los referidos artículos*, para que los mismos *no sean lesivos a los derechos fundamentales de jueces y fiscales*. Sobre tal punto, conforme se aprecia en el Exp. N° 0019-20009-PI/TC, *Proceso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial*, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre diversas limitaciones que tienen los magistrados conforme a su Ley, la misma que tiene que ser leída cuidadosamente a efecto que no contenga una intervención excesiva en el derecho de los jueces a ejercer actividades extra jurisdiccionales *como la docencia universitaria fuera del horario de trabajo*. Y es que si bien

5 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0019-2009-PI/TC, fundamento 41.

ésta pueda tener una finalidad constitucionalmente legítima y no ser patentemente innecesaria, el Tribunal Constitucional considera que no satisface las exigencias derivadas del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

(...)“el Tribunal Constitucional considera que es grave la intensidad de la intervención sufrida por el derecho reconocido a los jueces en el artículo 146 de la Constitución, pues además de afectarse directamente a este derecho, la medida interventora también tiene la propiedad **de incidir negativamente sobre otros derechos constitucionales**, como son la **libertad de enseñanza**, reconocido en el artículo 13 de la Constitución, y **al libre desarrollo de la personalidad**, reconocido en el inciso 1) del artículo 2 de la Ley Fundamental”.

Por lo tanto, en opinión del Tribunal, no es constitucionalmente legítimo que con el fin de alcanzar tan leve grado de satisfacción del fin, **se haya intervenido gravemente los derechos previstos en los artículos 146 y 2, inciso 1), y 13 de la Constitución**, por lo que el Tribunal considera que se debe estimar este extremo de la pretensión y, en consecuencia, declarar inconstitucional la frase “materias jurídicas” del artículo 40, inciso 3), de la Ley de la Carrera Judicial⁶.

(*cursiva y resaltado nuestro*)

Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, tal exclusividad persigue impedir que el juez realice cualquier otra “*actividad*” **que lo distraiga de su verdadero rol como administrador de justicia** (artículo 138 de la Constitución), distante de cualquier condicionamiento social, económico o político, que lo entremezcle con intereses de índole distinta a la jurisdiccional; entendiéndose éste como un límite explícito al derecho al trabajo, reconocido en el artículo 2, inciso 15) y en el artículo 22 de la Constitución.

Para el caso en concreto, visto que las limitaciones al ejercicio de los derechos de los magistrados y fiscales se sustentan en aquellas “*actividades*” que los distraigan de su verdadero rol como administradores de justicia. Para analizar tal condición, cabe destacar los hechos que se han suscitado al caso en concreto:

6 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0019-2009-PI/TC, fundamento 34.

- a. Mediante escrito de fecha 26 de julio de 2021, se solicitó que el superior eleve al Despacho de la Fiscalía de la Nación *la solicitud de licencia sin goce de haber por motivos particulares*, con su respectivo visto bueno, *precisando en el escrito que el denunciante había sido invitado por el Gobierno entrante para ocupar un cargo de confianza*, siendo este el motivo de la licencia, precisando que hasta ese momento no se tenía pleno conocimiento del cargo a ocupar; *por lo que se requería la suspensión perfecta de labores del suscrito a partir del día 29 de julio de 2021*.
- b. Con fecha 27 de julio de 2021, en atención a lo informado por la OREF, precisó que la licencia requerida sería por el plazo de 90 días contados a partir del 28 de julio de 2021, por cuanto al no existir hasta ese momento resolución de designación del suscrito en otro cargo solo podrían otorgarme la licencia por dicho plazo; en consecuencia, *mediante Resolución N° 001880-2021-MP-FN-OREF de fecha 27 de julio del año en curso, se concedió licencia sin goce de haber por motivos particulares por 90 días* a partir del 28 de julio hasta el 26 de octubre de 2021.
- c. Con fecha 28 de julio del año en curso, el suscrito recibió la propuesta formal del Presidente de la República, señor Pedro José Castillo Terrones para ocupar el cargo de Ministro del Interior en este Gobierno; siendo así con fecha 29 de julio a horas 11:30, encontrándome ya de licencia sin goce de haber, presté juramento simbólico al cargo de Ministro del Interior, siendo designado en dicho cargo mediante Resolución N° 068-2021-PCM de fecha 29 de julio y publicado en el Diario El Peruano el día 30 de julio de 2021.
- d. Mediante escrito de fecha 28 de julio y recibido por el Despacho de la Fiscalía de la Nación *el día 02 de agosto de 2021 se presentó renuncia irrevocable al cargo de Fiscal Provincial Titular Penal Corporativo de Chiclayo* en el Despacho de la Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Lambayeque.

Como se advierte de los puntos precedentes, el acusado juró el cargo de Ministro de Estado al encontrarse *con licencia sin goce de haber* en el ejercicio del cargo de Fiscal Provincial titular, dicho extremo es importante, en la medida que si bien la Constitución reconoce la existencia de incompatibilidad del cargo, *esta es justificada en la medida que "se distraiga" del ejercicio del cargo en funciones*, situación que no se ha dado en el presente

caso, además debe de considerarse que el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre diversas limitaciones que contemplaba la Ley de la Carrera Judicial, encontrando las mismas irrazonables y carentes de proporción en razón a la función del magistrado (homólogo en prerrogativas y limitaciones), *no siendo la excepción el no acceder a otro cargo en situación de "licencia sin goce de haber"*.

Conforme lo reconoce el numeral 10 del art. 34 de la Ley N° 30483, Ley de la Carrera Fiscal, la licencia es un derecho reconocido por la misma ley, la cual *suspende temporalmente* (durante el periodo de licencia) *la obligación del servidor de prestar servicios y la obligación de la entidad de pagar sus remuneraciones* (suspensión perfecta de la relación entre el servidor y la entidad empleadora), es decir, el trabajador no recibirá gratificaciones, utilidades, CTS, entre otros beneficios. ***Una vez finalizada, se reanuda la ejecución de las obligaciones a cargo de ambas partes.***

En esa línea, la licencia sin goce de haber genera suspensión perfecta en las obligaciones y derechos del Fiscal, como también del mandato constitucional que indica que *"la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada"*, en ese sentido, en una interpretación *"contrario sensu"* del mandato constitucional, al no ejercer ninguna función jurisdiccional u obligación conforme al ejercicio de cargo, *se apertura la posibilidad de asumir funciones distintas, dado que no existe actividad jurisdiccional que interrumpir al no estar en ejercicio de funciones*, más aún, cuando no tiene despacho a su cargo ni responsabilidad, no existiendo afectación al desempeño del cargo o la institución.

Es necesario destacar algunos puntos en razón a la comisión de la supuesta *"infracción constitucional"* a efecto de meritar si en realidad existe incompatibilidad del cargo acusada:

a) Sobre el requisito de la renuncia:

El pedido de licencia sin goce de haber se realiza el 27 de julio de 2021 ante el superior quien autoriza dicho pedido y lo envía a la Oficina de Registro de Evaluación de Fiscales, oficina que concede la licencia sin goce de haber desde el 28 de julio al 25 de octubre de 2021. Como se aprecia de los hechos, al momento de juramentar como Ministro de Estado en la cartera del Interior el denunciado se encontraba con *"licencia"*, *no pudiendo ser de otra forma, dado que el plazo para presentar la renuncia y que esta sea admitida*

es demasiado largo. Como puede apreciarse el denunciado renunció el 02 de agosto del 2021 y esta fue admitida el sábado 03 de setiembre y publicada el día siguiente del mismo año, es decir, *demoró más de un mes para que sea admitida la renuncia y publicada en el diario Oficial El Peruano*.

Si la exigencia para asumir el cargo de Ministro de Estado era renunciar previamente, ***“tal condición era imposible de cumplir para el denunciado como para cualquier otro funcionario del Estado”***.

Ello, en la medida que mediante Resolución N° 0750-2021-JNE publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de julio de 2021, el JNE oficializó recién la proclamación del profesor Pedro Castillo Terrones como Presidente electo de la República para el periodo 2021-2026, *es decir ocho (08) días previos a la juramentación, siendo un imposible legal cumplir con el proceso legal de renuncia ante entidad pública*.

Sobre el punto precedente, el artículo 34° del Decreto Legislativo N.º 276 y el artículo 182° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-90-PCM, establecen que una de las causales para el término de la Carrera Administrativa es la renuncia voluntaria del propio servidor. En ese mismo sentido, el artículo 185° del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 276 establece que la solicitud de renuncia debe ser presentada con una anticipación no menor de treinta (30) días calendario, pudiendo la entidad exonerar al servidor del mencionado plazo.

En ese contexto, dado que el plazo de la administración (Fiscalía de la Nación) para procesar y aceptar la renuncia presentada por el denunciado es de 30 días (*tal como se acredita con la expedición de la Resolución de la Junta de Fiscales Supremos N° 056-2021-MP-FN-JFS*), ***es más que lógico y razonable***, recurrir a una medida administrativa alternativa existente esto es, el pedido de la ***“licencia sin goce de haber”*** para no recaer en la incompatibilidad establecida en la Constitución dado que la misma genera una *“suspensión perfecta”* de las funciones del suscrito a diferencia de la renuncia que mientras no sea aceptada el vínculo laboral existe y con ello las prerrogativas, obligaciones e impedimentos, habiendo actuado conforme se establece mediante las Resoluciones de la Fiscalía de la Nación Nros. 2593-2016-MP-FN, 3224-2016-MP-FN y 1489-2019-MP-FN de fecha 27 de mayo de 2016, 18 de julio de 2016 y 01 de julio de 2019 respectivamente, donde se delegó a la Gerenta de la Oficina de Registro y Evaluación de

Fiscales la atribución del Fiscal de la Nación de resolver las solicitudes de licencia sin goce de haber entre otros pedidos.

Ahondando en el punto anterior, la *“licencia sin goce de haber”* era el mecanismo idóneo frente a la situación administrativa existente, más aún, cuando se encuentra acreditado que el denunciado con fecha 26 de julio de 2021 solicitó al superior inmediato, el Fiscal Superior Coordinador Nacional de las Fiscalías Provinciales Especializadas contra la Criminalidad Organizada, el visto bueno de la licencia sin goce de haber por 90 días, por haber: *“recibido la propuesta de ocupar un cargo de confianza en el Gobierno del Perú entrante, siendo este el motivo de mi solicitud de licencia sin goce de haber en mi institución de origen”*. De igual forma, se encuentra acreditado que el denunciado en la solicitud de licencia de fecha 26 de julio de 2021, dirigida a la Fiscal de la Nación, también se precisó lo mismo, que el pedido de licencia sin goce de haber se efectuó por recibir la propuesta de ocupar un cargo de confianza en el Gobierno del Perú entrante, siendo este el motivo de mi licencia sin goce de haber conforme queda acreditado del Informe - CASO N.º 159- 2021-MP-ODCI-LAMBAYEQUE

En ese orden de ideas, *lectura distinta a la señalada*, acarrearía a reconocer que frente a la inmaterialidad de lograr una renuncia autorizada por la Junta de Fiscales Supremos **en un plazo menor a ocho (08) días** conforme al tiempo existente en mi caso, *limitaría el derecho del suscrito a poder renunciar al cargo de Fiscal Provincial Titular y poder acceder a otro trabajo como el cargo de Ministro de Estado*, más aún cuando dicho cargo es de confianza y expectativa a la confianza del Presidente de la República.

En tal sentido, de confirmarse la procedencia de la lectura exegética y literal de los artículos 146 y 158 de la Constitución conforme la denuncia presentada por los congresistas que se adhieren a la denuncia constitucional N° 0001, se estaría lesionando mis derechos constitucionales: al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 2 inc.1); *derecho a la igualdad ante la ley* (art. 2 inc.2); *derecho al trabajo* (art. 22); *derecho a la no limitación de derechos constitucionales por relación laboral* (art. 23); *derecho a acceso a cargo público como el de Ministro de Estado* (art.124), los mismos que no han sido analizados en su contenido constitucionalmente protegido.

En conclusión, conforme al principio de unidad de la Constitución⁷ el mismo que destierra una lectura exegética y literaria de la Constitución y conlleva a que la interpretación de la misma este orientada a considerarla como un “*todo*” armónico y sistemático, la conclusión a la que arriba la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales al declarar procedente la Denuncia Constitucional N° 001, *conlleva al cumplimiento rígido de los arts. 146 y 158*, los mismos que, -como lo hemos señalado precedentemente-, *son de imposible cumplimiento para cualquier funcionario público*, poniéndolo en total desventaja y en condición discriminatoria frente a un ciudadano ordinario que no requiere del cumplimiento de trámites administrativos previos.

b) Sobre la incompatibilidad en el cargo:

En igual condición que los denunciantes y bajo una lectura literal de la Constitución, cabe recordar que el artículo 124 de la Constitución dispone que para ser ministro se requiere ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años. Asimismo, en concordancia con el artículo 33 de la Constitución, no pueden ser ministros aquellos a quienes se les ha suspendido el ejercicio de la ciudadanía por resolución judicial de interdicción, sentencia con pena privativa de la libertad, y sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

En tal sentido, de la lectura exegética de los artículos citados, no se requiere cumplir otra exigencia adicional para acceder al cargo de Ministro de Estado, más aún, cuando el artículo 126 de la Constitución señala que “*los Ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa*”. Sobre los alcances de la concepción de función pública, antes mencionada, dicho termino ha sido precisados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. En efecto, en las Sentencias N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, este Tribunal se refirió a la función pública en los siguientes términos:

Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.

Posteriormente, en la Sentencia N° 5057-2013-PA/TC, este Tribunal Constitución indicó que “*la función pública debe ser entendida como desempeño*

7 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05854-2005-PA/TC, fundamento 12.

de funciones en las entidades públicas del Estado” (fundamento 8). Asimismo, añadió que:

“la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado”.

Adicionalmente, se debe tener presente que en el artículo 2 de la Ley 27815, que aprueba el Código de Ética de la Función Pública, se ha definido a dicha función como *“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.*

Como puede apreciarse de las sentencias acotadas como del marco legal en referencia, el ejercicio de la función pública no solo conlleva a la existencia del título formal del funcionario (en el caso del suscrito *“Fiscal Provincial”* y posteriormente *“Ministro de Estado”*), sino que, **requiere del ejercicio del mismo y los efectos que este cauce**. Tal condición no se da en el presente caso, dado que al encontrarse con *“licencia sin goce de haber”* se suspende en forma total las prerrogativas que conlleva el ejercicio del cargo de Fiscal Provincial; y en el caso de Ministro de Estado, si bien es cierto que juramenté al cargo el jueves 29 de julio de 2021 (día feriado), la Resolución Suprema que lo nombra Ministro de Estado en el Despacho del Interior, se publica en el Diario El Peruano el viernes 30 de julio (feriado), genera efectos a partir del día siguiente de su publicación (sábado), siendo el día lunes 02 de agosto de 2021, el primer día hábil en el cual surte efectos la Resolución Suprema acotada, fecha que coincide con el pedido de renuncia al cargo de Fiscal Provincial.

Finalmente, si bien la renuncia presentada por el denunciado se da el mismo día que la publicación de la Resolución Suprema, ello, responde entre otras cosas a la necesidad de contar con la legalización de mi firma en la carta de renuncia, condición difícil de cumplir dado el cierre de notarías. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el suscrito ejerció formalmente la *“función pública”* del cargo de Ministro de Estado en la cartera del Interior desde el 03 de agosto de 2021, conforme se desprende del certificado trabajo que adjunto al presente. En tal sentido, conforme a las fechas descritas, los hechos suscitados y las condiciones propias de la función pública, no existió incompatibilidad en el cargo de Fiscal Provincial y la asunción del

cargo de Ministro de Estado, de igual forma, no existe incompatibilidad en el ejercicio del cargo de Ministro de Estado y la condición de suspensión perfecta de funciones dada la licencia sin goce de haber en la condición de Fiscal provincial.

c) Sobre la Comisión del delito de aceptación ilegal de cargo:

El delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo público fue tipificado por vez primera en nuestro país en el artículo 381 del Código Penal, con el siguiente texto:

Artículo 381.- Nombramiento o aceptación ilegal de cargo público

El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

Se trata de un delito de encuentro en el que, mediante conductas descritas de manera autónoma, participan recíprocamente, en acto único y en calidad de autores, tanto el que nombra para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales como el que acepta el cargo sin contar con dichos requisitos legales. El sujeto activo es la persona que postula a un cargo público y que acepta la nominación sin contar con las exigencias establecidas legalmente.

El sujeto pasivo es la administración pública, como titular del bien jurídico protegido, en el que el servicio civil se ve perjudicado en su eficacia y eficiencia, en la observancia de la igualdad meritocrática y en la vigencia del principio de legalidad.

En tal sentido, la imputación objetiva relativa al tipo penal de aceptación indebida de cargo público exige que el agente sea incorporado a un cargo público sin contar con los requisitos normativos correspondientes. Se castiga el hecho de nombrar y aceptar un cargo público para el que el ordenamiento fija determinados requisitos y, pese a ello, el incorporado a la institución u organismo público no los tiene.

Conforme a lo indicado, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución para ocupar el cargo de Ministro de Estado son cumplidos en forma fehaciente por el suscrito, los mismos que son mínimos al

ser un cargo de confianza. En este caso, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley de Servicio Civil, el proceso de selección se limita al cumplimiento del perfil establecido para el puesto y no se requiere aprobar un concurso público de méritos. Pero en todos los casos, cuando en el tipo penal se utiliza el término “*requisitos legales*”, se alude a las condiciones personales establecidas en el régimen general de los servidores públicos⁸, independientemente de la modalidad de incorporación al Estado. Al respecto, solo se exige la verificación del cumplimiento objeto de los requisitos legales al tiempo del nombramiento; no se mide la capacidad de hecho o la idoneidad funcional demostrada en la práctica⁹, tampoco se considera que la persona nominada o elegida haya cumplido con el requisito legal luego del nombramiento. En tal sentido, visto el contenido de los artículos 33 y 124 de la Constitución, los mismos que deben ser leídos en forma conjunta para determinar la comisión de aceptación ilegal de cargo, es evidente que el suscrito cumplía con los requisitos constitucionalmente establecidos para tal fin, más aún, cuando a la fecha de los hechos no existía norma de menor grado que precise en forma específica trámite o requisitos adicionales.

Asimismo, de acuerdo a los argumentos 7.12 y 7.14 del INFORME - CASO N.º 159- 2021-MP-ODCI-LAMBAYEQUE, Oficina Desconcentrada De Control Interno Distrito Fiscal De Lambayeque ODCI, con el cual se resuelve no haber mérito al procedimiento disciplinario y archivar el mismo, se establece lo siguiente respectivamente:

Tanto es así que según la fecha de acontecido los hechos, el miércoles 28 de julio de 2021 comenzó su licencia sin goce de haber y culminaría el 26 de octubre de 2021; en ese contexto juramenta al cargo el Fiscal quejado, siendo finalmente que el lunes 2 de agosto de 2021; renuncia al cargo de Fiscal Provincial Titular, ahora con efectividad al 28 de julio de 2021.

8 Conforme al artículo 9 de la Ley SERVIR, estos son los requisitos legales: a) estar en ejercicio pleno de los derechos civiles; b) cumplir con los requisitos mínimos exigidos para el puesto; c) no tener condena por delito doloso, con sentencia; d) no estar inhabilitado administrativa o judicialmente; e) tener la nacionalidad peruana, solo en los casos en que la naturaleza del puesto lo exija, conforme a la Constitución Política del Perú y las leyes específicas, y f) los demás requisitos previstos en la Constitución Política del Perú y las leyes, cuando corresponda.

9 Donna, Edgardo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 190

Estas circunstancias debilitan una presunta infracción disciplinaria toda vez que no se ha acreditado ejercicio simultáneo de la función fiscal con actividades políticas, en cuanto a la concesión de la licencia sin goce de haber con motivo expreso a asumir un cargo de confianza en el Gobierno; fue autorizado por las propias entidades del Ministerio Público, superiores jerárquica y funcionalmente al cargo ejercido por el Fiscal quejado, quien además presentó su entrega de cargo con fecha 27 de julio de 2021, al Fiscal Adjunto OMAR RAMOS GAONA de la Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Lambayeque.

III. ASPECTOS FORMALES DE LA DENUNCIA CONSTITUCIONAL

III.1. Incorporación de otros artículos constitucionales y penales infringidos

En adición a las infracciones denunciadas primigeniamente en la Denuncia Constitucional N° 001, un grupo de congresistas se adhirió a la misma, incorporando otros artículos de orden constitucionales y penal supuestamente infringidos por el suscritos, los cuales *han sido asumidos por ciertos (procedentes) por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, sin ningún tipo de valoración o motivación alguna*, lo cual, no sólo afecta el debido proceso (en razón a la protección de derechos de connotación procesal), sino que no corresponden a hechos técnicamente sustentables.

En tal sentido, procedemos a analizar el contenido de dichos artículos y los desestimamos bajo los fundamentos siguientes:

a) **Infracción al artículo 43 de la Constitución**

El artículo 43° de la Constitución establece que la República del Perú “es democrática”. La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el “*gobierno del pueblo*”, mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace la igualdad, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional¹⁰.

10 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0030-2005-PI/TC, fundamento 19 y 20.

Conforme a la *ratio legis* del artículo 43 de la Constitución y considerando lo señalado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, no encontramos ninguna trasgresión a dicho artículo en una subsunción de hecho a derecho, más aún, cuando dicho artículo desarrolla la forma de representación y de Estado que tiene nuestro país, condición que no se ve afectada con la asunción al cargo de Ministro de Estado.

b) Infracción al artículo 45 de la Constitución

El artículo 45 de la Constitución reconoce principios democráticos, no sólo reconoce la soberanía popular y la supremacía constitucional; sino que implica que ello se proyecte como una realidad constante. Asimismo, la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado, por lo que, su participación en la vida política es indispensable para maximizar el respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional.

En esa línea, el artículo 45°, reconoce que *“el poder del Estado emana del Pueblo”*. En otras palabras, parafraseando a César Vallejo, podríamos afirmar que en toda República *“Todo acto y voz genial, viene del pueblo y va hacia él”*. Cabría señalar que desde los inicios del constitucionalismo peruano la idea de república ha estado intrínsecamente relacionada con el Principio de Soberanía del Pueblo. Eso quiere decir, que en toda república *“el titular originario del poder político es el pueblo”*, concebido, en su versión republicana, como aquella comunidad de ciudadanos libres e iguales que se encuentra regida por el Derecho.

Como puede apreciarse la referencia y contenido del artículo mencionado no guarda relación alguna con el caso en concreto, considerando que la designación de Ministro de Estado del suscrito deviene de un poder originario representativo, al ser el presidente de la República elegido por el pueblo y quien personaliza a la nación.

c) Infracción al artículo 126 de la Constitución

Respecto a dicho artículo en su segundo párrafo, nos remitimos a lo señalado precedentemente en el punto 9.b del presente escrito, donde hemos considerado lo señalado por el Tribunal Constitucional en razón al ejercicio

de la “función pública”, la misma que no ha sido lesionado por el suscrito en ningún momento.

d) Infracción al artículo 153 de la Constitución

Respecto a dicho artículo, cabe precisar que el contenido del mismo hace referencia al derecho de participación en la vida política, derecho de sindicalización y huelga. Sobre ello, consideramos que la referencia en la acusación es en razón a la “participación política”, entendiendo la misma a la participación agremiada en organizaciones políticas y en base al activismo de la misma, situación distinta a los hechos denunciados, dado que el ejercicio del cargo de Ministro de Estado de ninguna forma configura infracción constitucional dado que al momento de ejercer el cargo de Ministro, se encontraba con “*licencia sin goce de haber*” con lo cual existe suspensión perfecta de sus funciones y prerrogativas como Fiscal Provincial, como también, se encontraba en trámite su renuncia, la misma que fue aceptada conforme al trámite administrativo correspondiente.

En tal caso, no se configura la infracción del artículo 153 en la medida que la “*actividad política*” no fue ejercida durante el ejercicio de funciones como Fiscal Provincial, como ha quedado demostrado en puntos precedentes.

III.2. Incorporación de un artículo penal infringido

a) Presunta comisión de delito de falsedad genérica (Art. 438 del Código Penal)

En el presente caso se imputa el delito de falsedad genérica, previsto en el artículo 438 del Código Penal, que sanciona la siguiente conducta:

Artículo 438. Falsedad genérica

El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

El bien jurídico protegido es la fe pública, es decir, la protección recae en el derecho a la verdad. En puridad, se está ante una figura delictiva, que vendría a proteger punitivamente el principio de “*veracidad*”. Ello

significa en términos concretos que este tipo penal reprime al que incurre en mentiras de relevancia penal subsumibles en el tipo que permite un margen de interpretación y alcances dentro de los elementos objetivos y subjetivos del mismo.

Precisamente, con relación a la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo, se tiene que existen tres formas de acción típica de falsedad genérica: a) falsedad mediante simulación; b) falsedad mediante suposición; y c) falsedad mediante alteración de la verdad. Ahora bien, los medios que se pueden emplear para la falsedad genérica son: a) palabras; b) hechos; c) usurpación de nombre, calidad, o empleo que no corresponde; d) suponiendo viva a una persona muerta o inexistente; e) suponiendo muerta a una persona viva o inexistente.

Conforme se desprende de los puntos precedentes, además de acreditarse los verbos rectores y los medios comisivos, *se exige como elemento configurativo del tipo el perjuicio a terceros*. Se trata pues de un tipo penal de resultado, así la doctrina aclara adicionalmente, que el perjuicio al que se hace referencia no necesariamente ha de ser de naturaleza económica, es decir, que puede ser de naturaleza moral, personal, institucional y/o funcional¹¹.

En base a lo argumentado, es evidente que no se configura el tipo delictivo, en la medida que no existió ninguna de las formas de acción típica por parte del suscrito, adicional a ello no se ha generado afectación alguna a nadie, siendo ello un factor condicionante del tipo delictivo.

IV. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LA PRESENTE DENUNCIA CONSTITUCIONAL

La Denuncia Constitucional N° 001 que ha sido *declarada procedente* por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, de ser formalizada como Acusación Constitucional ante la Comisión Permanente, reconocería la afectación a diversos derechos fundamentales del denunciado, ello, en medida a las diversas situaciones excepcionales que se han dado y que deben ser meritadas en forma particular y oportuna.

11 PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de derecho penal – Parte Especial. Lima: Grijley. 2.º Ed., 1995, pp. 763 y 764.

Como se ha indicado no existía otra vía idónea a recurrir por el suscrito para poder optar y poder satisfacer mi derecho al *“libre desarrollo de la personalidad”* (art. 2 inc.1), en la medida que el trámite administrativo de *“renuncia”* no era efectivo e inmediato frente al fin buscado por el denunciado, como es acceder al cargo de Ministro de Estado.

En tal sentido el Tribunal Constitucional ha señalado:

«... el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F.J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho «a su libre desarrollo», pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de la vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

«... en cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N°02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2º, inciso 1), de la constitución, «garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres» (Fundamento 17)

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano, lo cual también involucra el aspirar a una desarrollo personal y profesional como se ha dado en el presente caso, dado que, la invitación a asumir un puesto de Ministro de Estado, no sólo repercute en la vida personal de quien acepta, sino que trasciende en el ámbito nacional en la medida la relevancia de la cartera ministerial a asumir.

De ser formalizada la acusación constitucional se reconocería la afectación al derecho fundamental a la *“igualdad ante la ley”* (art. 2 inc.2). Ello, en la medida que generaría una total desigualdad entre cualquier ciudadano y

mi persona en razón al acceso a cargos de dirección de gobierno (Ministro de Estado), dado que *se me exige renunciar al cargo -bajo un procedimiento administrativo largo-* y que no corresponde a la concreción de una condición expectativa como es la designación como Ministro de Estado, la misma que deviene de una condición de confianza y cuya naturaleza es volátil y voluble al ser un cargo político.

Conforme a la igualdad, en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC, este Tribunal Constitucional ha señalado:

El inciso I). del Art. 26 de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.

En la STC N.º 008-2005-PI/TC. ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales. la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

De ser formalizada la acusación constitucional se reconocería la afectación al *“derecho fundamental al Trabajo”*, en tal sentido, el artículo 22º de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. Por otra parte, el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece, en su artículo 7º, inciso b), *“(...) el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva”*.

En consecuencia, el derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo

De ser formalizada la acusación constitucional se reconocería la afectación a la garantía que *“ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales”*, contemplado en el artículo 23° de la Constitución. No obstante, el Tribunal Constitucional reconoce que aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones; ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce.

Finalmente, es muy importante recordar que la Denuncia Constitucional procede por la supuesta comisión de ilícito penal perpetrado en el ejercicio o desempeño de la función. Dicha denuncia opera contra los agentes estatales señalados en el artículo 99 de la Constitución, en ocasión de la supuesta comisión de un ilícito penal cometido por aquel que tiene y ejerce una función pública. Al respecto, en el libro segundo, parte especial, delitos, Título XVII –denominado “Delitos contra la Administración Pública” (artículos 376 y subsiguientes)– del Código Penal, se fija como ilícitos sujetos de perpetración en el ejercicio de la función, dentro de los cuales no se encuentran los delitos acusados, como son Aceptación Ilegal de Cargo Público (art. 381) y Falsedad Genérica (art. 438) del Código Penal.

V. GARANTÍAS EN LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL Y ANTEJUICIO

- Respecto a las garantías en el proceso de acusación constitucional y antejuicio debe tenerse en cuenta que la posición del Tribunal Constitucional en el caso Tineo Cabrera no ha sido seguida por la práctica parlamentaria, que no ha requerido tipificar la infracción constitucional previamente para decretarla e imponer sanciones de destitución o inhabilitación política, sobre la base de entender una diferencia esencial entre la taxatividad penal o disciplinaria, dentro de un contexto constitucional.
- Así, por ejemplo, en octubre de 2018, el Congreso destituyó y/o inhabilitó por diez años, por infracción de la Constitución, al juez supremo César Hinostroza y a los miembros del entonces Consejo Nacional de la Magistratura Julio Gutiérrez Pebe, Guido Águila, Iván Noguera y Orlando Velásquez. Igualmente, en abril de 2021, el Congreso inhabilitó por diez años para el ejercicio de toda función pública

al ya vacado presidente Martín Vizcarra Cornejo, por encontrarlo responsable de infringir la Constitución tras su vacunación irregular contra la COVID-19. En el mismo *impeachment*, la ex ministra de Salud Pilar Mazzetti Soler fue inhabilitada por ocho años, mientras que la excanciller Elizabeth Astete Rodríguez, por un año. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido un camino distinto al planteado por el Tribunal Constitucional peruano, pues ha admitido las consideraciones amplias que suponen las infracciones en los juicios políticos.

- En esa línea de razonamiento, debemos tener en cuenta los fundamentos del Tribunal Constitucional en el caso Tineo Cabrera sobre los *alcances del debido proceso en sede parlamentaria*, donde se tuvo como sustento diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como señala el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En ese sentido, *todo ejercicio de competencias sancionadora, punitiva, jurisdiccionales y más aún política, deben sujetarse a sentencias de la Corte Interamericana resulta vinculante para todos los poderes públicos de nuestro país, incluyendo el Congreso.*
- Del Informe de Calificación de la Denuncia Constitucional N° 001, la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales no ha tenido en cuenta el principio *pro homine* que exige optar por la interpretación más extensiva de los alcances de un derecho humano. En ese sentido, la Subcomisión acotada desconoce “las decisiones del Tribunal Constitucional, las mismas que alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión” (Exp. N.º 04853-2004-AA/TC, fundamento 16).
- Si bien el inciso b) del artículo 89 del Reglamento del Congreso reconoce en la Subcomisión de Constitución el órgano competente para calificar la Denuncia Constitucional N° 001, esta no puede alejarse de cumplir principios constitucionales, tales como el *principio de proporcionalidad*, que también es conocido como “*proporcionalidad de injerencia*”, “*prohibición de exceso*”, “*principio de razonabilidad*”, entre otras calificaciones, el mismo que permite medir, controlar y determinar que

aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales.

- En suma, atendiendo al conjunto de razones expuestas, no resulta comprensible que el Informe de Calificación de la Denuncia Constitucional N° 001 aprobado en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales declare procedente la denuncia acotada, en la medida que pretende desconocer las garantías del derecho al debido proceso, de acuerdo a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, órgano encargado de desarrollar sus alcances; más aún si es deber de todo ciudadano, y en especial de los padres de la patria, respetar, cumplir y defender la Constitución.

**ACUSACIONES CONSTITUCIONALES:
PERMANENTE Y PLENO 2016-2021**

CASO	COMISIÓN PERMANENTE	PLENO DEL CONGRESO
EXCONGRESISTA ALEJANDRO YOVERA FLORES	APROBADO EL INFORME	
INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 2 NUMERAL 15) Y LOS ARTÍCULOS 23 Y 24 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ASÍ COMO POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE CONCUSIÓN, PREVISTO Y PENADO EN EL ARTÍCULO 382 DEL CÓDIGO PENAL	VOTACIÓN NOMINAL: 20 VOTOS A FAVOR, NINGUNO EN CONTRA Y 1 ABSTENCIÓN 27-JUN-2017	-
LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA		
FUNCIÓN PÚBLICA DE DIEZ AÑOS		
CONGRESISTAS FUJIMORI HIGUCHI, BOCANGEL WEYDERT Y RAMÍREZ TANDAZO	APROBADO EL INFORME POR SEPARADO	APROBADAS POR SEPARADO PARA CADA CONGRESISTA RESOLUCIONES LEGISLATIVAS
		QUE DECLARAN HABER LUGAR A LA
		FORMACIÓN DE CAUSA Y SUSPENSIÓN EN EL
INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA LOS ARTÍCULOS		EJERCICIO DE SUS DERECHOS Y DEBERES

Jhonny Tupayachi Sotomayor

35, 39 Y 44 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ; Y	23-MAY-2018	FUNCIONALES EN TANTO DURE EL PROCESO
POR COMISIÓN DEL DELITO DE FUNCIÓN DE COHECHO		PENAL
PASIVO IMPROPIO, COHECHO ACTIVO GENÉRICO Y TRÁFICO DE INFLUENCIA, ILÍCITOS SANCIONADOS EN LOS ARTÍCULOS 394, 397 Y 400, RESPECTIVAMENTE, DEL CÓDIGO PENAL.		7-JUN-2018
		Se acordó reconsiderar las votaciones relativas a las resoluciones legislativas del Congreso formuladas contra los citados congresistas efectuada en día anterior en el Pleno
VOCAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI Y LOS EX MIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA JULIO ATILIO GUTIÉRREZ PEBE, SERGIO IVÁN NOGUERA RAMOS, GUIDO CÉSAR AGUILA GRADOS Y ORLANDO VELÁSQUEZ BENITES	APROBADO EL INFORME 27-SET-2018	APROBADAS POR SEPARADO RESOLUCIONES LEGISLATIVAS: SE DESTITUYE DEL CARGO, LO INHABILITA POR DIEZ AÑOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA AL VOCAL SUPREMO
		CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI

XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

<p>PRESUNTA COMISIÓN DE DIVERSAS INFRACCIONES</p>		<p>SE DESTITUYE Y SE DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE AL EX CONSEJERO DEL</p>
<p>CONSTITUCIONALES Y PRESUNTA COMISIÓN DE DIVERSOS ILÍCITOS PENALES</p>		<p>CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA SERGIO IVÁN NOGUERA RAMOS</p>
		<p>SE DESTITUYE, LO INHABILITA Y DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA CONTRA EL EX CONSEJERO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA JULIO ATILIO GUTIÉRREZ PEBE SE DESTITUYE, LO INHABILITA Y DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA CONTRA EL EX CONSEJERO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA GUIDO CÉSAR AGUILA GRADOS SE DESTITUYE Y DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA CONTRA EL EX CONSEJERO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA ORLANDO VELÁSQUEZ BENITES 4-OCT-2018</p>

Jhonny Tupayachi Sotomayor

<p>JUEZ SUPREMO CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI; Y CONSEJEROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA SERGIO IVÁN NOGUERA RAMOS, GUIDO CÉSAR AGUILA GRADOS, JULIO ATILIO GUTIÉRREZ PEBE, ORLANDO VELÁSQUEZ BENITES</p>	<p>APROBADO EL INFORME POR SEPARADO 22-ENE-2021 Y 5-FEB-2021</p>	<p>APROBADAS POR SEPARADO PARA CADA DENUNCIADO RESOLUCIONES LEGISLATIVAS QUE DECLARAN HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA</p>
<p>PRESUNTA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL, PATROCINIO ILEGAL, COHECHO PASIVO ESPECÍFICO, COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN AGRAVIO DEL ESTADO, TIPIFICADOS EN LOS ARTÍCULOS 317, 385, 395, 398 Y 400 DEL CÓDIGOPENAL, RESPECTIVAMENTE.</p>		<p>12-FEB-2021</p>
<p>CASO EXCONSEJERO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA SEGUNDO BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ</p>	<p>APROBADO EL INFORME</p>	<p>RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO POR LA CUAL EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA RESUELVE ARCHIVAR LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA EL EXMIEMBRO</p>
		<p>DEL CONSEJO NACIONAL DE LA</p>

XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

<p>INFRACCIONES DE LOS ARTÍCULOS 39 Y 150 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SANCIONARLO CON DESTITUCIÓN E INHABILITACIÓN POR 5 AÑOS PARA EL</p>	<p>1-MAR-2021</p>	<p>MAGISTRATURA SEGUNDO BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ POR INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 39 Y 150 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA</p>
<p>EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA</p>		
		<p>(NO ALCANZÓ EL NÚMERO DE VOTOS</p>
		<p>REQUERIDOS PARA LA INHABILITACIÓN PROPUESTA)</p>
		<p>12-MAR-2021</p>
<p>CASO EXCONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA ÉDGAR ARNOLD ALARCÓN TEJADA</p> <p>PRESUNTO AUTOR DEL DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO AGRAVADO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 401 DEL CÓDIGO PENAL, EN AGRAVIO DEL ESTADO PERUANO</p>	<p>APROBADO EL INFORME</p> <p>5-MAR-2021</p>	<p>APROBADA LA RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO POR LA QUE SE DECLARA HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA CONTRA EL SEÑOR CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA EDGAR ARNOLD ALARCÓN TEJADA, EX CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA ADEMÁS:</p>

		<p>FUE APROBADA LA RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO POR LA QUE SE</p> <p>SUSPENDE DEL EJERCICIO DE SUS DERECHOS Y DEBERES FUNCIONALES AL SEÑOR CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA EDGAR ARNOLD ALARCÓN TEJADA</p> <p>16-ABRIL-2021</p>
<p>CASO ESTHER ELIZABETH ASTETE RODRÍGUEZ</p> <p>INFRACCIONES CONSTITUCIONALES A LOS ARTÍCULOS 38 Y 39 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y SE</p> <p>PROPONE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA POR 1 AÑO</p>	<p>APROBADO EL INFORME</p> <p>8-ABR-2021</p>	<p>RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO</p> <p>QUE INHABILITA POR UN AÑO PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA A LA EXMINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES</p> <p>ESTER ELIZABETH ASTETE RODRÍGUEZ</p> <p>16-ABRIL-2021</p>
<p>CASO PILAR ELENA MAZZETTI SOLER</p>	<p>APROBADO EL INFORME</p>	<p>RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO</p>

XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

<p>INFRACCIONES CONSTITUCIONALES A LOS ARTÍCULOS 38 Y 39 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y SE PROPONE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA POR 8 AÑOS</p>	<p>8-ABR-2021</p>	<p>QUE INHABILITA POR OCHO AÑOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA A LA EXMINISTRA DE SALUD PILAR ELENA</p> <p>MAZZETTI SOLER</p> <p>16-ABR-2021</p>
<p>CASO MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO</p> <p>INFRACCIONES CONSTITUCIONALES AL ARTÍCULO 2, (INCISO 2), ASÍ COMO A LOS ARTÍCULOS 7, 9, 38, 39 Y 118 (INCISO 1) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y SE PROPONE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA POR 10 AÑOS</p>	<p>APROBADO EL INFORME</p> <p>8-ABR-2021</p>	<p>RESOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO QUE INHABILITA POR DIEZ AÑOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA AL EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO</p> <p>16-ABR-2021</p>

**VACANCIA PRESIDENCIAL
E INSTITUCIONES
CONSTITUCIONALES ORGÁNICAS**

LA NECESIDAD DE REVISAR LAS CAUSALES PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN VEZ DE SEGUIR INSTRUMENTANDO LA VACANCIA POR INCAPACIDAD MORAL



*Francisco José Eguiguren Praeli**

Sumario: 1. La regulación muy restrictiva de las causales para exigir la responsabilidad penal y constitucional al Presidente de la República, durante el ejercicio de su mandato, en nuestras Constituciones. 2. ¿Se puede investigar preliminarmente al Presidente durante su mandato, a pesar de que no pueda ser acusado en dicho período?. 3. ¿Es posible someter a juicio político al Presidente por imputación de una infracción constitucional y suspenderlo en el cargo a pesar del artículo 117º?. 4. La necesidad de reformar el artículo 117º de la Constitución. 5. La vacancia del Presidente de la República por incapacidad

* Abogado, Magister en Derecho Constitucional y Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la PUCP desde 1983. Ha sido Jefe del Departamento Académico de Derecho (2000-2005) y Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado (2005-2017) de dicha universidad. Ha sido Presidente e integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016-2019); Embajador del Perú en España (2012-2014); Ministro de Justicia y Derechos Humanos (2011); Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Director General de la Academia de la Magistratura (1996-1998); Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas (1991-1996).

- moral. 5.1. La vacancia por incapacidad moral en nuestras constituciones.
5.2. La utilización de la vacancia por incapacidad moral por el Congreso durante la vigencia de la Constitución de 1993. Reflexiones finales.

El régimen político peruano ha estado caracterizado, desde nuestras primeras constituciones, por su indudable raigambre presidencial. Ello hace que una de sus principales características sea la inexistencia de responsabilidad política del Presidente de la República por los actos o decisiones que adopta su gobierno. Tal responsabilidad política es asumida de forma solidaria por el Gabinete de Ministros, e individualmente por el ministro que los refrenda. El Presidente es elegido directamente por el voto popular y ostenta simultáneamente la condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, a pesar de lo cual carece de responsabilidad política y tiene una responsabilidad constitucional y penal muy restringida mientras ejerce su cargo.

Resultan evidentes los riesgos que para el control del poder conlleva esta escasa responsabilidad de quién ejerce la mayor autoridad y el liderazgo político. Más aún en una tradición política como la peruana, marcada por el autoritarismo y los reiterados gobiernos de facto. Por ello nuestras constituciones buscaron incorporar paulatinamente algunos mecanismos para limitar el poder presidencial. Desde la primera Constitución se estableció la necesidad de refrendo ministerial para la validez de todo acto del Presidente, una forma de control intraorgánico dentro del Poder Ejecutivo ajena al régimen presidencial. Posteriormente, desde mediados del siglo XIX, la práctica parlamentaria fue incorporando instituciones de control político interorgánico al Gobierno, originarias de sistemas parlamentarios, como la interpelación y posibilidad de censura a los ministros, o la existencia del voto de confianza del Congreso hacia el gabinete ministerial, para determinar su continuidad o caída.

Si bien el Presidente está sujeto a responsabilidad constitucional y penal por los delitos o infracciones a la Constitución que se le imputa haber cometido en el desempeño de sus funciones, muy pronto se fue afianzando la tendencia a limitar severamente los casos en los que podía ser acusado durante el ejercicio de su mandato, difiriendo la exigencia de estas responsabilidades hasta la culminación del mismo. La comprensible preocupación constitucional por evitar que el Presidente se vea perturbado en su labor de gobierno, por la proliferación de denuncias penales o constitucionales muchas veces motivadas en razones políticas, ha devenido en un régimen

que, por su falta de mayor revisión a lo largo de los años, virtualmente impide someterlo a mecanismos de control y exigencia de responsabilidad frente a actos arbitrarios o delictivos, propiciando la impunidad.

Cabe agregar que, en nuestra historia política, las normas que regulan la exigencia de responsabilidad penal o constitucional al Presidente no han sido mayormente utilizadas, sin duda por el carácter extremadamente restrictivo de los supuestos que habilitan poder invocarlas. Ha sido ante esta virtual inviabilidad de someter a control político el accionar presidencial que, desde hace un par de décadas, se “descubrió” un mecanismo contemplado en nuestras diversas constituciones, pero también con escasa o ninguna utilización en el pasado, que puede permitir la destitución del Presidente de la República por el Congreso con la aprobación de la vacancia por incapacidad moral, con base a imputaciones de posibles delitos o inconductas por los que no puede ser acusado formalmente durante su mandato, o por cuestionamientos políticos a su gestión. Una suerte de responsabilidad política del Presidente de la República ante el Congreso, inexistente en nuestra Constitución y en regímenes políticos de corte presidencial.

En el presente trabajo retomo anteriores estudios y reflexiones personales sobre estos temas¹, que han adquirido singular actualidad en el último sexenio, debido al fenómeno político inédito, durante los 30 años de vigencia de la Constitución de 1993, de Gobiernos débiles que enfrentan un Congreso dominado por una oposición mayoritaria y confrontacional. Ello ha creado permanentes conflictos e inestabilidad política, evidenciado en hechos tales como que, en el período presidencial de 2016-2021, tuvimos 4 Presidentes: Kuczynski, Vizcarra, Merino y Sagasti; 2 de los cuales tuvieron que renunciar y uno fue vacado por el Congreso; 4 pedidos de vacancia presidencial por incapacidad moral, uno de los cuales prosperó; 2 congresos, porque uno fue disuelto por el Presidente Vizcarra, quien luego fue vacado por el nuevo Congreso elegido para completar el mandato.

Las cosas no han cambiado, y hasta se han agudizado, con este nuevo gobierno encabezado por el Presidente Castillo y un Congreso muy fraccionado políticamente. A la inexperiencia política del Presidente y su carencia

1 Ver, por ejemplo, Eguiguren Praeli, Francisco José. Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el régimen político peruano (PALESTRA, 2021); La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional (PUCP - Fondo Editorial, 2007).

de un partido sólido y cuadros técnicos propios, se suma un Congreso donde predominan diversos grupos opositores, interesados en que el Presidente no concluya su gobierno. Es así que en los primeros meses de mandato, ya se votaron, sin éxito, 2 pedidos de vacancia contra el Presidente; y que en el primer año de gobierno se han nombrado 5 Gabinetes, en los cuales han desfilado varias decenas de ministros, algunos por pocos días o semanas.

La crisis e inestabilidad política de los últimos 6 años, ha puesto en evidencia lo negativo que ha sido no revisar oportunamente el tratamiento que nuestras constituciones han dado a la responsabilidad del Presidente de la República y su exigibilidad, más aún ante diversas experiencias de imputación de casos de corrupción contra los presidentes y sus entornos. Hoy resulta indudable que se requiere dar una solución meditada e integral al problema, en vez de continuar con una utilización política instrumental y distorsionada de la vacancia por incapacidad moral, que resulta anómala e incongruente dentro de nuestro régimen político, que siempre ha sido ajeno al régimen parlamentario y no contempla la responsabilidad política del Presidente ante el Congreso.

1. La regulación muy restrictiva de las causales para exigir la responsabilidad penal y constitucional al Presidente de la República, durante el ejercicio de su mandato, en nuestras Constituciones

Si bien nuestra primera Constitución, de 1823, establecía que *“el Presidente de la República es responsable de los actos de su administración”* (artículo 78°), desde la Carta de 1828 empezó a restringirse su exigencia sólo a algunas graves infracciones políticas o delitos. Fue la Constitución de 1839 la que dispuso que tal responsabilidad sólo podría ser exigida culminado el mandato presidencial (artículo 79°), salvo atentado contra la independencia o unidad nacional (artículo 35°). La Constitución de 1856 estableció (artículo 81°) que la exigencia de responsabilidad al Presidente durante su mandato sólo era factible en los casos previstos por la Carta para que se produzca la vacancia de hecho del cargo. Esta vacancia, según el artículo 83°, se producía por celebrar cualquier pacto contra la independencia o la integridad nacional (inciso 2), atentar contra la forma de gobierno (inciso 3) o impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo (inciso 4). Se perfilaba así una tendencia a dotar de un régimen especial a la exigencia de responsabilidad al Presidente, que se ha mantenido, en términos mayormente similares, en nuestras sucesivas constituciones.

Esta tendencia se confirma con la Constitución de 1860, la de mayor duración de nuestra historia republicana, que en su artículo 65° dispuso: «El Presidente de la República no podrá ser acusado durante su período, excepto en los casos de traición, de haber atentado contra la forma de gobierno, de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión, o suspendido sus funciones». La Constitución de 1920, en su artículo 96°, mantuvo un texto similar al de la Carta de 1860.

El Anteproyecto de Constitución de 1931, elaborado por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, aunque mantuvo las mismas causales de acusación al Presidente de la República durante el ejercicio de su cargo, en su artículo 74° ofrece un tratamiento bastante más integral del tema. En el segundo párrafo de este precepto se señala que, luego de culminado el mandato, el Presidente no solo podrá ser acusado por cualquier delito de función, sino también por graves infracciones de la Constitución o de las leyes, a pesar de que no constituyan delitos. En tal supuesto, a falta de una pena prevista legalmente, se autoriza a que el tribunal pueda disponer la inhabilitación temporal o permanente del ex Presidente para el ejercicio de cargos públicos. Se trata de una sanción de contenido político y moral. En el tercer párrafo se contempla la posibilidad de acusar al Presidente durante el ejercicio del cargo por graves delitos comunes, siempre que ello sea aprobado por el Congreso, en reunión conjunta de sus Cámaras, con el voto de tres quintos del número legal de sus miembros. Lamentablemente, la Constitución de 1933 no tomó en cuenta los aportes del Anteproyecto Villarán; su artículo 150° mantuvo los términos tradicionales del tratamiento de la responsabilidad del Presidente y de su exigibilidad mientras ejerce el cargo.

Tampoco la Constitución de 1979 introdujo innovaciones relevantes respecto a las causales que habilitan la acusación del Presidente por el Congreso durante el ejercicio de su mandato. Así, el artículo 210° mantenía, con leves modificaciones, el mismo texto de la Constitución de 1933: «El Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo 227°; y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales». Una primera modificación se refiere a la causal «haber impedido elecciones presidenciales o parlamentarias», que se amplió a «impedir elecciones

regionales o locales»; una segunda modificación también amplía la causal «[haber] impedido o dificultado la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones», agregando en este supuesto al Tribunal de Garantías Constitucionales.

La vigente Constitución de 1993 no realizó mayor revisión sobre este tema. Se mantuvo, en lo esencial, lo establecido en la Constitución de 1979, salvo en cuanto a la eliminación de la causal referida a impedir la reunión o el funcionamiento del Tribunal Constitucional, omisión que — conforme advierte Marcial Rubio — resulta realmente grave.² Así, el artículo 117° de la Carta de 1993 señala que «El Presidente de la República solo 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».

En consecuencia, por cualquier otro delito de función o infracción de la Constitución en que se pueda ver involucrado el Presidente de la República, que no se encuentre contemplado en el restringido listado taxativo del artículo 117°, habrá que esperar a que el Presidente concluya su mandato antes de que pueda ser sometido a Antejudio o Juicio Político en el Congreso. Tratándose de delitos comunes, el Presidente solo podría ser acusado y juzgado penalmente luego de culminar su mandato, sin necesidad de previo Antejudio. 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 al artículo 128^{o3}.

Finalmente, conviene tener presente que la Constitución de 1993, al igual que sus antecesoras, no contiene disposición que señale el número de votos requeridos en el Congreso para aprobar el antejudio o juicio político por imputación de delitos o infracciones constitucionales cometidas en el ejercicio de la función por altos funcionarios titulares de esta

2 Rubio Correa, Marcial. (1999) Estudio de la Constitución Política de 1993; Vol. 4, p. 298.

3 Artículo 128°.- Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan. Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

prerrogativa. Por ello el Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada con ocasión del proceso de inconstitucionalidad promovido por 65 parlamentarios respecto de la votación exigida en el Reglamento del Congreso para aprobar el Antejudio (expediente N° 006-2003-AI/TC) estableció que la acusación constitucional, tratándose del Antejudio por delitos cometidos en la función) debe aprobarse con la votación favorable de la mitad más uno del número legal de congresistas, sin considerar en este cómputo a los miembros de la Comisión Permanente, dado que esta es quien realiza la acusación; en el caso del Juicio Político, por imputación de infracciones a la Constitución, la votación debe ser de dos tercios de los congresistas, también sin computar a los integrantes de la Comisión Permanente. Estas votaciones fueron incorporadas al Reglamento del Congreso (artículo 89°, literal i), pudiendo asumirse que regirán en la aplicación del artículo 117° de la Constitución.

2. ¿Se puede investigar preliminarmente al Presidente durante su mandato, a pesar de que no pueda ser acusado en dicho período?

Resulta cuestionable que, a pesar de los graves casos de corrupción y violaciones de los derechos humanos verificados durante las últimas décadas, que comprometieron incluso a presidentes en funciones, ninguno de los sucesivos Congreso, incluido el constituyente que elaboró la Carta de 1993, hayan efectuado revisión o reforma alguna del régimen de la responsabilidad del Presidente y su exigibilidad durante el ejercicio el mandato.

Fue el breve Gobierno de Transición del Presidente Valentín Paniagua, a inicios del presente siglo, el que, dentro de su impulso a la lucha contra la corrupción e impunidad en el Estado, logró que el Congreso aprobara la Ley N° 27399, que regula la aplicación de las limitaciones de derecho en las investigaciones fiscales preliminares (prevista en la Ley N° 27379) contra altos funcionarios dotados de la prerrogativa de antejudio. Dicha norma habilita al Fiscal de la Nación a realizar investigaciones (hasta por 60 días) previas a la acusación constitucional por delitos contra funcionarios estipulados en el artículo 99° de la Constitución. Tales medidas limitativas no incluyen la detención preliminar, el arresto domiciliario, ni el impedimento de salir de la localidad de residencia; pero si el impedimento de salida del país. No se aplican a los congresistas. Contempla medidas como el levantamiento del secreto bancario o la reserva tributaria, el allanamiento de locales o domicilio,

la incautación de objetos, exhibición de información, inmovilización de bienes, e incomunicación del investigado.

No obstante, se interpretó que el Presidente de la República, por contar con una inmunidad especial que impide que pueda ser acusado durante su mandato, salvo en los casos señalados en el artículo 117° de la Constitución, no podía tampoco ser objeto de investigación penal por el Ministerio Público, una comisión investigadora parlamentaria o en sede jurisdiccional. A lo más podía ser citado como testigo o para brindar declaraciones, pero no con la condición de investigado o imputado.

Siguiendo este criterio, la Fiscalía de la Nación mantuvo como interpretación constante que las denuncias penales formuladas contra el Presidente en ejercicio debían ser desestimadas y archivadas, en aplicación del artículo 117° de la Constitución; así se procedió en los casos de los presidentes Toledo, García y Humala. Más recientemente se ha venido produciendo una evolución en esta interpretación, cuando la Fiscal de la Nación Zoraida Ávalos, en el caso de los presidentes Vizcarra (2020) y Castillo (2022) dispuso la procedencia de investigaciones preliminares, pero la consiguiente suspensión de los actos de investigación hasta la conclusión de sus mandatos. Por último, el Fiscal de la Nación Pablo Sánchez dispuso iniciar investigación preliminar al Presidente Castillo (2022), consistente en que rinda declaraciones ante la fiscalía, sin que se haga mención a la suspensión de la misma. La nueva Fiscal de la Nación, Liz Patricia Benavides, ha dispuesto la continuidad de estas investigaciones, así como la citación al Presidente para rendir declaración ante la Fiscalía por otras indagaciones penales en su contra.

De este modo, y bajo este nuevo criterio de interpretación Fiscal de los límites impuestos por el artículo 117° de la Constitución, tales investigaciones podrán desarrollarse para recabar información hasta antes de formular una acusación penal respectiva. Naturalmente, el Presidente investigado puede al comparecer acogerse a su derecho de guardar silencio. Esta tendencia parece no tener retorno, por lo que es probable que pronto se debata la posibilidad de imponer medidas limitativas al Presidente de la República mientras se encuentra sujeto a investigación preliminar.

Más allá de que existan diversas informaciones o denuncias que puedan comprometer la participación del Presidente Castillo y su entorno político o familiar en posibles actos delictivos, vinculados con la adjudicación

gubernamental de obras públicas o casos de corrupción, asistimos actualmente a la tramitación en el Ministerio Público de varias investigaciones que demandan la concurrencia del Presidente a diligencias fiscales y a dedicar parte importante de su tiempo a coordinaciones con abogados para ejercer su defensa. En los hechos, esta situación contraviene la finalidad del artículo 117º de la Constitución en la protección procesal del Presidente mientras ejerce su cargo. Esta es otra razón para la revisión y reforma de dicho precepto constitucional.

3. ¿Es posible someter a juicio político al Presidente por imputación de una infracción constitucional y suspenderlo en el cargo a pesar del artículo 117º?

El tema de las infracciones constitucionales ha sido poco desarrollado entre nosotros y, por sus imprecisiones, también han sido poco utilizadas en el pasado por el Congreso. Aunque nuestras constituciones han tratado indistintamente a los delitos de función e infracciones constitucionales imputadas a los altos funcionarios como susceptibles de someterse a antejuicio, el Tribunal Constitucional interpretó que la acusación por delitos debe canalizarse por el antejuicio, mientras que las infracciones constitucionales por el juicio político. El antejuicio es la antesala de un proceso penal ante la Corte Suprema, que concluirá con una sentencia; si es condenatoria, el Congreso luego podrá imponer la destitución o inhabilitación. El juicio político, en cambio, se desarrolla íntegramente ante el Congreso y la eventual sanción es impuesta por éste, cuyo contenido es sólo político: suspensión, destitución del cargo e inhabilitación para el ejercicio de cualquier función pública hasta por 10 años.

A diferencia de los delitos, que para imputarse y sancionarse tienen que estar tipificados en el Código Penal, no existe un listado o catálogo de infracciones a la Constitución. Ante esta situación, hay quienes han sostenido que mientras tal identificación y enumeración no se realice, no cabe imponer sanción por ellas. Considero que se equivocan. Por su propia naturaleza, las infracciones a la Constitución no pueden equipararse a los delitos, ni “codificarse” o tipificarse, pues emanan del propio texto constitucional y no tienen sanción penal sino política.

La infracción constitucional se configura cuando la conducta del alto funcionario o ex funcionario, incluido el Presidente en ejercicio, incurre en una manifiesta trasgresión u omisión de cumplimiento de un precepto

constitucional que impone un mandato, un deber de función o actuación concreta y clara, sin que ello se encuentre tipificado penalmente como delito. En consecuencia, para que haya mérito para el juicio político se debe imputar la comisión de una infracción constitucional. Nuestra Constitución no autoriza a utilizar el juicio político para imputar responsabilidades meramente políticas o cuestionar el desempeño político del funcionario, sin que medie una infracción constitucional.

Hay también quienes sostienen que las infracciones constitucionales tampoco pueden ser aplicadas porque no tienen fijada la sanción específica que corresponderá a cada una de ellas. Nuevamente discrepo de tal interpretación. La sanción para las infracciones constitucionales está contemplada en la Constitución, en su artículo 100º, y es política. Puede implicar la suspensión o destitución del cargo, y la eventual inhabilitación del alto funcionario hasta por 10 años, para el ejercicio de cualquier función pública. Corresponderá al Congreso evaluar la gravedad de la infracción constitucional cometida en el caso concreto, para graduar y determinar, dentro de estos límites, la sanción a imponer al acusado. Por lo demás, la votación exigida de dos tercios del número legal de congresistas para imponer estas sanciones en el juicio político, morigerada, de alguna manera, el riesgo de su utilización arbitraria, pues demanda alcanzar un grado significativo de acuerdo político, lo que respeta el principio democrático.

Ahora bien, ante las señaladas restricciones que impone el artículo 117º para poder acusar penal o constitucionalmente al Presidente durante su mandato, algunos sostienen que dicho precepto sólo le otorga una inmunidad respecto a su sometimiento a antejuicio por imputación de delitos, pero que la vía del juicio político, por la imputación de infracciones a la Constitución, estaría expedita, pues los supuestos previstos en el artículo 117º están referidos únicamente a delitos. Discrepo de esta interpretación, principalmente por las siguientes razones:

- a) Dentro de las causales del artículo 117º, que autorizan la acusación al Presidente durante su mandato, no sólo hay delitos (traición a la patria) sino infracciones a la Constitución, como la disolución inconstitucional del Congreso, que no está tipificada como delito. Si bien el Código Penal tipifica delitos contra la voluntad popular o el ejercicio del sufragio, en ellos no se encuentran supuestos como los previstos en el artículo 117º sobre impedir la reunión o el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones o los órganos

electorales, por lo que tales actos del Presidente calificarían más como infracciones constitucionales.

- b) Los artículos 99º y 100º de la Constitución, que contienen según el Tribunal Constitucional los procedimientos parlamentarios de antejuicio y juicio político, aunque no utilizan estas denominaciones, se refieren siempre a “acusar” o al “acusado”; también el artículo 117º enumera los únicos casos en que el Presidente puede ser “acusado” durante su mandato.
- c) No es pues cierto que cuando la Constitución trata de la acusación al Presidente en estos preceptos, se refiera exclusivamente a acusación de contenido penal, sea en sede parlamentaria o jurisdiccional. Dichas normas regulan principalmente procedimientos ante el Congreso (antejuicio y juicio político) para acusar al Presidente tanto por delitos (penal) como por infracciones a la Constitución (políticas).

En consecuencia, considero que el artículo 117º prohíbe expresamente que el Presidente de la República, durante el ejercicio de su mandato, pueda ser acusado ante el Congreso por delitos de función o infracciones a la Constitución en casos distintos a los previstos en dicho precepto constitucional. No existe tal posibilidad de someterlo a juicio político por otras infracciones a la Constitución, ni menos pretender suspenderlo del cargo o sancionarlo por ellas. De allí que insistamos en la necesidad de una reforma constitucional que amplíe las causales con otros delitos o infracciones, que viabilicen la acusación al Presidente durante su mandato.

4. La necesidad de reformar el artículo 117º de la Constitución

La situación descrita hace más que evidente que, en vez de seguir ensayando esfuerzos interpretativos para aprovechar los resquicios o forzar los límites excesivos e injustificados impuestos por el artículo 117º de la Constitución, lo que se impone es afrontar, sin más dilaciones, la revisión y reforma de dicha norma. La racionalidad de esta restricción a la exigencia de responsabilidad al Presidente mientras ejerce su mandato, era evitar que vea perturbado el desempeño de sus funciones de gobierno por tener que afrontar la proliferación de denuncias penales o investigaciones vinculadas a su gestión. Pero, ciertamente, los supuestos enunciados por la Constitución, mantenidos sin mayor alteración por más de un siglo y medio, han dejado fuera a conductas particularmente graves del Presidente,

tanto en el ámbito penal como de infracciones constitucionales, que no encuentran fundamento razonable para seguir protegidas, pues contribuyen a favorecer o encubrir la impunidad y el abuso del poder.

La reforma del artículo 117^o debe hacerse de manera meditada y prudente, superando la excesiva restricción actual de causales, pero sin caer en el extremo de una ampliación desmesurada de las mismas. Dentro de los delitos cometidos en el ejercicio de la función, podría incorporarse la acusación durante el mandato por actos de corrupción, aprovechamiento de bienes y recursos públicos, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y favorecimientos indebidos, violaciones a los derechos humanos, vinculación a organizaciones o actividades criminales, etc. Deben contemplarse infracciones a la Constitución que afecten el respeto al orden democrático, a las competencias de los Poderes del Estado y órganos constitucionales, el adecuado funcionamiento del sistema político y electoral. La prerrogativa de antejuicio y juicio político por tales delitos e infracciones constitucionales, sólo debe comprender a las producidas durante el mandato presidencial en curso, quedando excluidas otras similares producidas en gestiones anteriores como Presidente o alto funcionario.

Los delitos comunes, en especial los más graves y de carácter doloso, deben quedar totalmente excluidos de protección y ser susceptibles de denuncia y acusación durante el ejercicio del mandato presidencial, pues comprometen la dignidad del cargo y de la persona. La acusación debe realizarse sin necesidad de antejuicio, pero con la calificación a cargo del Fiscal de la Nación y el juzgamiento de la Corte Suprema, para controlar que no se motiven en represalias políticas.

5. La vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral

La Constitución de 1993, al igual que varias de sus antecesoras, contempla los casos en que el Congreso puede declarar la vacancia del Presidente de la República; es decir, el cese en su función como consecuencia de la ocurrencia de hechos o situaciones fácticas, taxativamente señaladas en nuestra Carta Política, que determinan la imposibilidad o el impedimento para continuar ejerciendo este cargo. La vacancia presidencial se encuentra actualmente regulada en el artículo 113^o⁴, todas cuyas causales

4 Constitución. Artículo 113^o.- *La Presidencia de la República vaca por:*
1. *Muerte del Presidente de la República.*

tienen como correlato necesario situaciones objetivas y verificables: muerte, renuncia, incapacidad, abandono del cargo, destitución; que el Congreso declara para que opere el cese del Presidente y la sucesión presidencial.

Tales causales de vacancia del Presidente se habían utilizado escasamente en nuestra historia política, en especial durante el último siglo, por lo que no han sufrido modificaciones sustanciales en su regulación en nuestras constituciones. Sin embargo, al presentarse recientemente graves conflictos políticos entre el Gobierno y el Congreso, y quedar evidenciadas las restricciones impuestas por el actual artículo 117° de la Constitución, que limitan severamente la posibilidad de que el Presidente de la República pueda ser acusado durante el ejercicio de su mandato por la comisión de delitos de función y comunes o infracciones constitucionales, se ha buscado encontrar una «salida política» para lograr la destitución del Presidente. Y esta salida ha sido la invocación de la casual de vacancia por «permanente incapacidad moral», declarada por el Congreso, prevista en el artículo 113°, inciso 2, de la Constitución.

La vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física declarada por el Congreso, aunque ha estado contemplada desde anteriores constituciones, no ha contado con una regulación específica sobre los hechos concretos que le deben servir de sustento o acreditación. Nótese que esta norma trata conjuntamente la permanente incapacidad moral o física, lo que haría suponer que somete su declaración por el Congreso a iguales reglas o requisitos. Pese a que implica alguna valoración especializada sobre el grado y permanencia de esta incapacidad, no existe ninguna referencia ni exigencia constitucional a la necesidad de un dictamen técnico previo (sea médico o psiquiátrico) que certifique tal estado de incapacidad y su irreversibilidad.

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.

5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución.

5.1. La vacancia por incapacidad moral en nuestras constituciones

En la Constitución de 1860, la vacancia presidencial se distinguía en función de causales de hecho (artículo 79°) y de derecho (artículo 80°). En este último caso, el numeral 2 contempla la vacancia de derecho «por incapacidad moral o física». A su vez, la Constitución de 1920 disponía, en su artículo 115°, que la Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte, «1° *Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso*». La diferencia entre ambos preceptos radica en que el segundo agrega que la incapacidad, física o moral, debe ser permanente y que será declarada por el Congreso.

En el Congreso Constituyente de 1931, el «Diario de los Debates» consigna que, en la sesión del 4 de abril de 1932, al debatir el tema de la vacancia presidencial, se discutieron los alcances de los términos incapacidad física, mental y moral. Algunos congresistas consideraban que la incapacidad física englobaba aquella incapacidad mental que impedía el ejercicio de las funciones; otros, más bien, consideraban que la incapacidad moral englobaba la incapacidad mental. Queda claro que los congresistas reconocían que el término *incapacidad moral* resultaba bastante «elástico», lo que preocupaba justificadamente a algunos pues podía ser una salida útil frente a ciertos casos, pero conllevaba el riesgo de manipulación política en otros. Se sostuvo que la «incapacidad moral», por un lado, aludía al aspecto mental (enajenación mental) pero, por otro lado, involucraba también a la desaprobación de la conducta personal y desempeño del Presidente.

La opción por la fórmula incapacidad moral, en lugar de utilizar incapacidad mental, daba mayor amplitud para la interpretación y el juego político del Congreso. Así, el artículo 144° de la Constitución de 1933 quedó aprobado en los siguientes términos: «*La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1. Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso*».

En la Constitución de 1979, la vacancia presidencial se encuentra regulada en el artículo 206°, el cual es casi similar al de su precedente de 1933: «La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte, por: 1. Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso». No obstante, merece mención la modificación en la redacción que supone referir el carácter permanente a la incapacidad física —lo que parece razonable— y no a la moral, pues ésta difícilmente podría ser

temporal, a menos que la restrinjamos al caso de una enfermedad mental pasajera, pero no para calificar de manera desaprobatoria la inmoralidad de una conducta presidencial.

Al igual que en el debate constituyente de la Carta de 1933, la discusión de este tema se centró en el significado y los alcances de la incapacidad física, moral y mental, así como en los riesgos de subjetividad o manipulación política en la interpretación de lo moral. La intención de algunos congresistas era incluir estas tres causales de incapacidad; se debatió si la incapacidad mental, que no se mencionaba expresamente, estaba igualmente comprendida. Y la respuesta, al igual que en el debate constituyente anterior, también fue afirmativa, pero la diferencia radicó en que, mientras en dicha ocasión se entendió que la incapacidad moral incluía la mental, esta vez se consideró que la incapacidad física incluía la enfermedad mental. Fue el congresista Enrique Chirinos Soto quien sustentó que la incapacidad moral permitía al Congreso declarar la vacancia y la destitución del Presidente de la República por conductas graves, no susceptibles de acusación durante su mandato, como la comisión de delitos comunes o de conductas reprobables que, sin ser delitos, lo inhabilitaban para el desempeño y la dignidad de la función presidencial.

La Constitución de 1993 no introduce mayor variación sustancial sobre esta causal de vacancia presidencial. En el debate constituyente, nuevamente Chirinos Soto reiteró su posición respecto a que tratándose de delitos que no sean de función, es decir, de delitos comunes que el Presidente haya cometido o ante los cuales exista muy verosímil presunción de ello, el Congreso podrá declarar la vacancia por incapacidad moral sin necesidad de antejuicio ni de juicio político. De igual modo, tratándose de actos presidenciales que, sin ser delictivos, tengan carácter «inmoral», que lo inhabiliten para seguir ejerciendo el cargo⁵.

5.2. La utilización de la vacancia por incapacidad moral por el Congreso durante la vigencia de la Constitución de 1993

Luego de la nueva reelección del Presidente Fujimori en el 2000, se produjo una grave crisis política provocada por la difusión de videos y grabaciones (conocidos como “Vladivideos”), donde aparecía el asesor presidencial

5 Chirinos Soto, Enrique. (1995). Constitución de 1993. Lectura y comentario; Editorial Piedul; pp. 230-231.

Vladimiro Montesinos sobornando a congresistas recién electos para que pasen a conformar la bancada oficialista, o “comprando” la línea editorial e informativa con propietarios o directivos de medios de comunicación social, o la coordinación política para perpetrar o encubrir violaciones a la Constitución o los derechos humanos. Ello originó rápidamente el desprestigio del régimen, por lo que Fujimori y el Congreso se vieron forzados políticamente a aprobar una reforma de la Constitución que recortaba el mandato presidencial y parlamentario a solo un año, convocándose a elecciones generales para el 2001.

En ese contexto político, Fujimori fue autorizado por el Congreso para viajar al exterior — en noviembre del 2000 — a participar en reuniones internacionales. Tras algunas escalas no autorizadas en el itinerario aéreo aprobado por el Congreso, Fujimori huyó al Japón desde donde, el 19 de noviembre, remitió una comunicación al Presidente del Congreso en la que formulaba renuncia al cargo de Presidente de la República. Al tomar conocimiento de estos hechos, el Pleno del Congreso (en sesión de 21 de noviembre de 2000), analizó la aplicación de la vacancia presidencial. No prosperó la propuesta fujimorista de aceptar la renuncia presentada por el Presidente desde el exterior (causal prevista en el inciso 3 del artículo 113° de la Constitución); tampoco se optó por aplicar la causal de vacancia prevista en el inciso 4 de dicho precepto constitucional, que procede cuando el Presidente sale del país sin permiso del Congreso o no retorna en el plazo autorizado, supuesto que objetivamente se había producido.

La inminente caída del régimen autoritario propició que el Congreso resolviera aprobar la vacancia de Fujimori por incapacidad moral con 62 votos (cifra ligeramente superior a la mitad del número legal de congresistas, que era de 120), siendo que la bancada fujimorista finalmente no votó o abandonó la sesión. Fueron diversos los hechos invocados por los congresistas para declarar esta incapacidad moral, vinculados a delitos de corrupción, violaciones de los derechos humanos y de la Constitución, actos de abuso del poder, etc. Se trataba de imputaciones de contenido penal, dotadas de grandes evidencias de verosimilitud, pero para entonces ninguna contaba con acusación fiscal ni alguna sentencia condenatoria. Fue la primera vez que, con este sentido e interpretación congresal, se aplicaba esta causal para declarar la vacancia del Presidente.

Con la vacancia de Fujimori y la renuncia de los dos vicepresidentes fujimoristas, operó la sucesión presidencial y se instaló el Gobierno de

Transición presidido por Valentín Paniagua. Posteriormente, el 30 de noviembre de 2000, varios congresistas presentaron una denuncia constitucional contra el ex Presidente Fujimori, por infracción de diversos artículos de la Constitución; asimismo, el congresista Henry Pease, el 18 de enero de 2001, interpuso denuncia constitucional contra el referido ex Presidente por otras infracciones constitucionales y delitos. Dichas denuncias fueron acumuladas y la Comisión de Acusación del Congreso concluyó que el ex Presidente incurrió en infracción de la Constitución en sus artículos 38° y 118° y en la comisión de delitos de incumplimiento de deberes de función y abandono del cargo, tipificados en los artículos 377° y 380° del Código Penal, respectivamente. El Pleno del Congreso de la República, mediante resolución legislativa N° 017-2000-CR, del 23 de febrero de 2001, declaró haber lugar a la acusación y la formación de causa contra Fujimori por tales delitos. Luego el Congreso aprobó la resolución legislativa N° 018-2000-CR, también fechada el 23 de febrero de 2001, que inhabilitó a Fujimori para el ejercicio de toda función pública durante diez años, en aplicación del artículo 100° de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, con ocasión del ya referido caso N° 006-2003-AI/TC, aprovechó para pronunciarse también sobre el número de votos requeridos para que el Congreso apruebe la declaración de vacancia del Presidente de la República por permanente incapacidad moral. Lo hizo mediante una sentencia “integrativa”, para llenar el vacío normativo existente, determinando que sería de dos tercios del número legal de congresistas; pero sin aportar ninguna precisión adicional sobre los alcances o contenido de esta causal de vacancia.

Es evidente que la votación impuesta por el Tribunal Constitucional al Congreso para aprobar la vacancia del Presidente por incapacidad moral (cifra similar a la que estableció para aprobar el juicio político) tenía una finalidad previsor y limitativa frente a posibles excesos políticos de los parlamentarios. Más aún cuando, en los hechos, su aprobación ha quedado supeditada a alcanzar el número de votos exigidos, sin necesidad de transitar por los procedimientos de antejuicio o juicio político, que permiten mayor análisis y debate, así como cierta verificación sobre la comisión de delitos o infracciones constitucionales por el acusado.

Más allá de la utilidad de que el TC haya establecido esta votación calificada, luego incorporada al Reglamento del Congreso, desde el punto de vista jurídico, pueden formularse algunas objeciones a su congruencia

constitucional. Y es que ninguna de las causales de vacancia presidencial, contempladas en el artículo 113° de la Constitución, hace referencia o exigencia a alguna mayoría calificada para que la apruebe el Congreso, quizás porque se trata de la verificación de supuestos fácticos u objetivos ya producidos. Llama por ello la atención que en el mismo inciso 2° del precepto constitucional, que contempla la vacancia por permanente incapacidad moral o física, el TC exija una mayoría de dos tercios de votos de los congresistas para aprobar la incapacidad moral, pero ninguna votación especial para la incapacidad física; como si se tratara de dos supuestos totalmente distintos, aunque se refieren a incapacidades permanentes de la misma persona para poder seguir ejerciendo el cargo de Presidente.

A partir de la experiencia de la vacancia de Fujimori por incapacidad moral, parece que el TC asumió que esta causal podría ser utilizada con mayores márgenes de discrecionalidad y subjetividad de los congresistas, por lo que estaba más expuesta a la instrumentalización política. Si ese fue el criterio para este trato y votación diferente, debió poner algún esfuerzo adicional, también con visión previsor, para determinar algunos criterios y requisitos para la invocación y aplicación de esta causal de vacancia. Como no lo hizo, la distorsión en el uso de esta institución se ha hecho palpable en los últimos años, aprovechando la imprecisión y ambigüedad del precepto constitucional.

Actualmente, el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República dispone que el pedido de vacancia del Presidente, por incapacidad moral, se presenta por moción de orden del día, respaldada por el 20% del número legal de congresistas; se admite a trámite con el voto favorable del 40% de congresistas hábiles. El Pleno del Congreso cita a sesión para su debate y votación, que no podrá realizarse antes del tercer día ni después del décimo de su admisión; salvo que cuatro quintas partes del número legal de congresistas aprueben su debate en un plazo menor o en forma inmediata. Como ya se dijo, la aprobación de la vacancia del Presidente por incapacidad moral requiere el voto favorable de no menos de dos tercios del número legal de congresistas.

Durante el gobierno del Presidente Kuczynski se presentaron dos pedidos de vacancia. El primero en diciembre de 2017, imputándole posibles actos de corrupción o de beneficio económico (a través de una empresa consultora internacional de su propiedad) cuando ejercía funciones como ministro del Presidente Toledo, más de 10 años atrás. Este pedido

no alcanzó en el Congreso el número de votos exigidos, porque algunos parlamentarios fujimoristas no lo respaldaron a última hora; coincidentemente, algunos días después y antes de Navidad, el Presidente PPK otorgó un indulto humanitario para la excarcelación del ex Presidente Fujimori.

Pocos meses después, en marzo de 2018, se planteó un nuevo pedido de vacancia por incapacidad moral contra PPK, imputándole haber mentido al país en su respuesta ante las acusaciones anteriores. Al difundirse días antes del debate parlamentario grabaciones que comprometían a algunas autoridades del gobierno, negociando con un congresista el ofrecimiento de favores políticos a cambio de su voto en contra de la vacancia, Kuczynski prefirió renunciar al cargo para evitar tener que concurrir ante el Congreso y someterse a la votación de la vacancia.

El Vicepresidente Martín Vizcarra asumió el cargo de Presidente de la República. Al constatar su falta de respaldo parlamentario y la escasa legitimidad del Congreso, tomó la iniciativa de confrontarlo políticamente, captando apoyo popular. En una de estas crisis, el Gobierno consideró que el parlamento, en los hechos, había denegado fácticamente la confianza solicitada por el gabinete, lo que habilitaba al Presidente a disponer la disolución del Congreso y la convocatoria a nuevas elecciones parlamentarias (septiembre de 2019). La composición del nuevo Congreso, que completaría el mandato del disuelto, era bastante fragmentada; el gobierno no contaba con una bancada parlamentaria propia, ni buscó mayores acercamientos con otras agrupaciones. Por ello se conformó un conglomerado mayoritario que actuaba en confrontación con el gobierno.

Esta situación llevó a que, en el segundo semestre de 2020, en un breve lapso, se presentaran dos pedidos de vacancia por incapacidad moral contra el Presidente Vizcarra. El primero (a mediados de septiembre) a propósito de investigaciones en el Ministerio Público y la Comisión de Fiscalización del Congreso sobre posible responsabilidad presidencial por injerencia en la contratación de los servicios de un personaje de la farándula por el Ministerio de Cultura. Esta situación se vio agudizada tras la difusión de grabaciones y videos donde el Presidente, y personal de su entorno en el Despacho Presidencial, concertaban respuestas para hacer frente a estas investigaciones. Sin embargo, la votación final del Congreso rechazó la vacancia ampliamente.

Poco después, a fines de octubre, se presentó un nuevo pedido de vacancia por incapacidad moral, por la difusión de testimonios de varios investigados y aspirantes a colaboradores de la justicia en denuncias penales contra Vizcarra, imputándole haber recibido sobornos para otorgar obras públicas cuando se desempeñaba, años atrás, como Gobernador de la Región Moquegua. Este segundo pedido de vacancia, de manera algo sorpresiva, tras la presentación del Presidente ante el Congreso para ejercer su defensa y el debate respectivo, culminó con la aprobación abrumadora de la vacancia, con 105 votos sobre 130 congresistas.

Como se puede apreciar, los pedidos de vacancia por incapacidad moral contra los presidentes Kuczynski y Vizcarra se sustentaron principalmente en imputaciones de contenido penal, que no contaban para entonces con acusación fiscal y menos con alguna sentencia o condena; estaban referidas a hechos por los cuales un Presidente no podía ser acusado ni enjuiciado durante su mandato, en aplicación del artículo 117°. En el caso del ex presidente Vizcarra, luego de vacado fue sometido a juicio político y sancionado con inhabilitación por diez años para el desempeño de cualquier cargo o función pública, pero debido a un motivo distinto al imputado para aprobar su vacancia: haber recibido, de forma irregular y oculta, las dosis de vacuna contra el COVID 19, cuando esta se encontraba aún en fase de ensayo clínico en nuestro país.

Ya con este nuevo gobierno, sectores opositores en el Congreso señalaron desde el principio su intención de vacar al Presidente Castillo. Los dos pedidos de vacancia por incapacidad moral presentados y rechazados, en sus primeros ocho meses de gobierno, han respondido a motivaciones similares. Se le imputaba al Presidente haber sostenido reuniones (en Palacio de Gobierno y una casa de Breña) con personas que habrían obtenido irregularmente la adjudicación de contratos y obras públicas, y posibles casos de corrupción personal y del entono presidencial. Se trata de acusaciones de contenido penal, por los cuales el Presidente no puede ser actualmente acusado ni juzgado según el artículo 117°, ni sometido a antejuicio en el Congreso.

Estos pedidos de vacancia han sido sustentados por los congresistas proponentes como procedimiento de control político, debido al cuestionamiento de nombramientos presidenciales de algunos ministros y altos funcionarios que, según los objetantes, carecían de la trayectoria personal o calificaciones profesionales idóneas para desempeñar tales cargos. O por

determinadas declaraciones o decisiones presidenciales que son cuestionadas políticamente por la oposición, por considerar que denotan falta de capacidad personal para el desempeño y gestión de la función presidencial.

Por el momento no se ha vuelto a plantear el pedido de vacancia, al constatar que aún no se cuenta con el número de votos necesarios en el Congreso, en parte porque el gobierno parece haberlo neutralizado mediante ciertos acuerdos políticos y favores con determinados parlamentarios. Pero, en atención al curso de los hechos y relaciones políticas, es previsible que en los próximos meses se volverá a intentar, continuando el cuadro de inestabilidad política y escasa gobernabilidad.

Podemos apreciar que, a partir de la práctica parlamentaria, se ha convalidado la interpretación de que la vacancia del Presidente por incapacidad moral puede sustentarse en imputaciones sobre posibles delitos o infracciones constitucionales, o por cuestionamiento a su gestión o desempeño político, sin necesidad de transitar por el antejuicio o el juicio político, ni de juzgamiento o condena. Se asume como un mecanismo de sanción política, supeditado a alcanzar la votación exigida en el Reglamento del Congreso.

REFLEXIONES FINALES:

La experiencia de estos años torna ineludible y urgente la reforma del artículo 117° de la Constitución, para incorporar algunas nuevas causales de acusación al Presidente durante su mandato, referidas a otros delitos de función o comunes e infracciones a la Constitución.

Con esta reforma se haría innecesario mantener la ambigua causal de vacancia por «incapacidad moral», reemplazándola por la permanente incapacidad física o mental, sustentadas en informes técnicos especializados. La actual interpretación amplia y discrecional de la incapacidad moral viene permitiendo, mediante consideraciones meramente políticas o juicios de valor subjetivos de los parlamentarios sobre la conducta o la gestión del Presidente, que el Congreso pueda vacarlo y destituirlo como si se tratara de un procedimiento de censura política, propio de regímenes de tipo parlamentario y no de sistemas presidenciales.

No es conveniente que se continúe instrumentando la vacancia presidencial por incapacidad moral como una «salida» frente a la rigidez y el carácter restrictivo del actual artículo 117° de la Constitución. Ello debilita

la institucionalidad democrática y desnaturaliza el diseño constitucional de nuestro régimen político y el equilibrio de poderes. En nuestro régimen constitucional, el Presidente es elegido directamente por el pueblo, no por el Congreso; lo que impide que los parlamentarios puedan vacarlo o destituirlo por cuestionamientos políticos a su gestión o conducta, simplemente porque consiguen los votos necesarios para aprobarlo.

LA VACANTE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA



*Rubén Hernández Valle**

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes en el Derecho Comparado. A. El impeachment. III. Las modalidades de pérdida del mandato presidencial en Costa Rica. A. Regulación normativa. B. Posible solución a las lagunas regulatorias. IV. Conclusiones.

I. Introducción

La vacancia o la vacante es un concepto referido siempre a un cargo en el cual el titular ha dejado de serlo, por diversos motivos.

La vacancia del Presidente de la República en Costa Rica puede producirse por muerte, renuncia o por declaratoria por parte de la Asamblea Legislativa de que es incapaz física o mentalmente para ejercer el cargo, o bien por suspensión decretada por el órgano legislativo o por un tribunal cuando sea sometido a un proceso penal.

Esta institución se introdujo recién en nuestro país en la Constitución Política de 1949, pues en los anteriores textos constitucionales no se hacía ninguna referencia a este instituto jurídico.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho.

II. Antecedentes en el Derecho Comparado

A. El impeachment

1. Inglaterra

El origen de este instituto proviene del Derecho anglosajón. En efecto, el término tuvo su origen en el inglés antiguo y se utilizó desde el siglo XIV. Su traducción es incierta y significa algo similar a “acusación”, “impedimento”, “impedir”. No obstante, estos vocablos no agotan su contenido.

Según afirman los historiadores, el primer **impeachment** se produjo en 1283; sin embargo, no se consolidó como institución sino recién en 1399.

En 1806 desaparece por innecesario dada la consolidación del Parlamentarismo británico y la consecuente creación de mecanismos internos de control sobre el gobierno.

El **impeachment** en Inglaterra era prácticamente un proceso penal, en el que actuaba la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores, aplicando verdaderas penas, como la confiscación de bienes y la muerte.

2. Estados Unidos de América

La figura pasó a los Estados Unidos, que lo incorporó en su Constitución. En su texto se introdujo el **impeachment** en su artículo I, sec. 2, cláusula 5 y artículo II, sec. 4.

Se tramita a través de las dos Cámaras legislativas e implica la destitución en el cargo del Presidente y su inhabilitación futura para ejercer cargos públicos. Si surgen problemas de naturaleza penal, el caso se traslada a la Corte Suprema Federal para que sustancie el respectivo proceso penal.

El impeachment puede ser utilizado en los siguientes casos: a) alta traición a la Patria; b) cohecho o soborno; c) delitos graves y d) “misdemeanors”, que en español no tiene una traducción exacta. Significa, entre otras cosas, fechorías, faltas graves, conductas indebidas, etc. En suma, se trata de un concepto jurídico indeterminado.

El término impeachment ha sido traducido al español como “juicio político”, dado que en su tramitación existe demanda, contestación, evacuación de pruebas, debate público y sentencia, es decir, se respeta la garantía del debido proceso en beneficio del Presidente imputado.

En la historia de los Estados Unidos ha habido cuatro intentos de vacancia presidencial, ninguna de las cuales tuvo éxito.

En el siglo XIX con Andrew Johnson y en el siglo XX con Nixon - que renunció antes - y Clinton, que el Senado lo salvó por pocos votos.

En el siglo XXI tenemos el caso de Trump, que tampoco llegó a término, pues no se alcanzó la votación necesaria en el Senado.

3. El juicio político en América Latina

La institución se trasladó a los ordenamientos latinoamericanos a lo largo del siglo XIX, siendo la Constitución mexicana de 1824 la primera en acogerlo. De ahí se expandió fundamentalmente a las naciones suramericanas.

En algunos países, el juicio político se desligó de los casos de pérdida de la credencial presidencial por “incapacidad moral”, aunque esta última institución conservó las mismas características del juicio político (proceso breve, respeto de la garantía del debido proceso, etc). En algunos países se extendió también a otros altos cargos públicos.

Algo similar ocurrió en los Estados Unidos en que mediante la Enmienda XXV de la Constitución, introducida a raíz del asesinato del Presidente Kennedy en 1963 y ratificada por los Estados en 1967, se establecieron los procedimientos que han de seguirse para ocupar el cargo de Vicepresidente en caso de encontrarse vacante, además de lo que debe hacerse de encontrarse el Presidente inhabilitado para continuar en su cargo. Esta enmienda reemplazó el texto ambiguo del Artículo II, Sección 1, Cláusula 6 de la Constitución, que no establecía expresamente si el Vicepresidente se convertía en el Presidente, o si actuaba como Presidente en funciones (provisional) si el Presidente muere, renuncia o es cesado de su cargo, o es incapaz por alguna razón de cumplir con las obligaciones del cargo.

III. Las modalidades de pérdida del mandato presidencial en Costa Rica

1. La renuncia

La primera causal para que el Presidente pierda su mandato es la renuncia, la cual debe presentarse ante la Asamblea Legislativa.

El artículo 121 inciso 8) de la Carta Política habla de “conocer las renunciaciones de los miembros de los Supremos Poderes” sin mayor especificación ulterior.

Cabría cuestionarse el significado del término “conocer”, dado que en una primera acepción podría considerarse sinónimo de “tomar nota”, pero sin ninguna potestad decisoria de la Asamblea Legislativa al respecto. En tal hipótesis, la renuncia del Presidente produciría efectos de pleno derecho una vez conocida por el Plenario legislativo, es decir, leída en su seno y tomado nota de ella.

En una segunda acepción, “conocer” implicaría que el órgano legislativo tendría la competencia para aceptar o rechazar la renuncia formulada por el Presidente. En caso de rechazo, el Presidente tendría que continuar ejerciendo el cargo.

Sin embargo, el vocablo “conocer” podría interpretarse también en el sentido de que la Asamblea sólo puede aceptar la renuncia y no rechazarla, pues ésta depende enteramente de la voluntad del Presidente.

En la praxis legislativa se ha entendido que “conocer” significa la potestad del órgano legislativo de dictar un acuerdo expreso de aceptación o rechazo de la renuncia, aunque invariablemente se suele aceptarla.

El Presidente no tiene que justificar puntualmente las razones de su renuncia, por lo que se trata de un acto enteramente discrecional.

En nuestra historia institucional sólo ha habido dos renunciaciones presidenciales: la de don José Rafael de Gallegos (Jefe de Estado) en marzo de 1835 y la de don Federico Tinoco (Presidente de facto) en agosto de 1919.

2. La suspensión del cargo por la tramitación de procesos penales en su contra

El artículo 121 inciso 9) dispone, en lo conducente, que corresponde a la Asamblea Legislativa “Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República,....., declarando por dos terceras parte de votos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento”.

Esta disposición constitucional se aplica a los denominados delitos funcionales, es decir, a los cometidos en el ejercicio del cargo, pues los delitos comunes se someten a un régimen diferente como veremos más adelante.

La Constitución Política guarda silencio en relación con la posibilidad de suspender al Presidente en el ejercicio del cargo mientras dure el proceso penal respectivo.

No obstante el silencio de la Constitución al respecto, el artículo 217 del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa dispone, en lo conducente, que “En caso afirmativo (es decir, que considere que hay lugar a formación de causa) lo pondrá a disposición de la Corte Suprema de Justicia, para que sea juzgado conforme con derecho, con lo cual quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones”.

Por otra parte, el artículo 244 inciso i) del Código Procesal Penal, en el Capítulo de Medidas Cautelares, establece la posibilidad que el tribunal encargado del proceso decrete la suspensión del funcionario público en el ejercicio del cargo cuando se le atribuya un delito funcional.

En consecuencia, el Presidente de la República queda suspendido ipso jure en el ejercicio de su cargo cuando se le someta a juicio por delitos funcionales por la decisión del Plenario Legislativo que ordena ponerlo a disposición de la Sala III de Casación para su juzgamiento.

Este tribunal, que es el encargado de conocer las causas penales contra el Presidente de la República, tiene también la potestad de imponer una medida cautelar de suspensión del cargo con fundamento en el numeral 244 inciso i) del Código de Procedimientos Penales.

En cuanto a los delitos comunes, el inciso 10) del artículo 121 de la Constitución Política dispone que corresponde a la Asamblea Legislativa “10) Decretar la suspensión de cualquiera de los funcionarios que se mencionan en el inciso anterior, cuando haya de procederse contra ellos por delitos comunes”.

Por tanto, el propio Plenario legislativo puede decretar la suspensión del Presidente cuando se le haya sometido a proceso penal por delitos comunes. En este caso es potestativo de la Asamblea Legislativa suspenderlo en el ejercicio del cargo.

En cambio, es obligatorio hacerlo, según el artículo 218 del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, “Si posteriormente el Juez o Tribunal

informare a la Asamblea que dentro de la causa se ha dictado y ha quedado firme un auto de prisión y enjuiciamiento". En esta hipótesis la Asamblea tiene necesariamente que suspenderlo.

La suspensión puede tener efectos temporales o definitivos y dependerá enteramente de lo que tarde el proceso penal al que se someta al Presidente. Por ello, en estos casos quien sea llamado a sustituirlo lo hará de manera temporal y no definitiva, aunque en la praxis le toque finalizar el respectivo período presidencial. Es decir, se tratará, en todo caso, de un Presidente en ejercicio del cargo y no de un Presidente de pleno derecho.

3. La declaratoria de incapacidad física o mental para ejercer el cargo

A. Regulación normativa

El tema de la vacancia del Presidente de la República propiamente dicha está regulado en el artículo 12 inciso 8) de la Constitución Política, al disponer que corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa "resolver las dudas que ocurran en caso de incapacidad física o mental de quien ejerza la Presidencia de la República, y declarar si debe llamarse al ejercicio del Poder a quien deba sustituirlo".

Esta normativa es ambigua y plantea una serie importante de preguntas que se quedan sin respuesta normativa expresa en la Constitución y en el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

1. En primer término, no se establece quién está legitimado para plantear la duda acerca de la incapacidad física o mental de quien ejerce la Presidencia de la República.
 - a. ¿Serán sólo los diputados o puede hacerlo también cualquier ciudadano? En caso afirmativo, ¿cuál es el procedimiento idóneo para plantear tales dudas?
 - b. ¿Bastará plantear la duda sin necesidad de presentar pruebas concretas sobre la incapacidad?
2. ¿Debe la Asamblea Legislativa consultar el criterio técnico de médicos especialistas para determinar la incapacidad? ¿Sería el criterio de los especialistas vinculante para la Asamblea Legislativa, o ésta, por el contrario, podría decidir discrecionalmente acerca de la duda planteada?

3. ¿Tendría la declaratoria de incapacidad efectos permanente o simplemente temporales?
4. ¿Quién determina cuáles médicos son los idóneos para emitir el dictamen técnico correspondiente?

Todas estas interrogantes antes indicadas se encuentran ayunas de regulación en nuestro ordenamiento, por lo que es necesario que, en algún momento, el Reglamento Interno de la Asamblea, las reglamente con detalle.

Mientras ello ocurre, veamos cuál podría ser el contenido de tales regulaciones y las razones jurídicas que las fundamentan.

B. Posible solución a las lagunas regulatorias

En cuanto a quien está legitimado para plantear la duda acerca de la incapacidad física o moral del Presidente para ejercer el cargo, nos parece que debería haber una legitimación popular en vista de la importancia que reviste el tema. Si el pueblo es el que lo elige por mayoría de razón debe estar también legitimado para solicitar la declaratoria oficial de su vacancia.

El procedimiento debería circunscribirse a una simple denuncia, eso sí bien fundamentada y acompañado de las pruebas idóneas para demostrar la incapacidad física o mental del Presidente en su caso, o al menos que arrojen indicios precisos y concordantes acerca de la posible existencia de esa incapacidad. Igual procedimiento se aplicaría cuando la denuncia fuere presentada por un diputado.

La Asamblea debería pedir al Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica que integre un grupo de tres especialistas en la respectiva materia para que examinen al Presidente y rindan un dictamen técnico dentro de un plazo razonable.

El Presidente tendría derecho a que uno o varios médicos de su elección puedan elaborar un contrainforme técnico, rebatiendo los argumentos del dictamen del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.

La Asamblea Legislativa discutiría el caso en forma amplia para tomar una decisión razonada en sesión privada, dada la índole del asunto a discutir. Ninguno de los dictámenes sería vinculante, pues a final de cuentas, se trataría de un acto de contenido político, en el que habría que valorar no sólo los eventuales impedimentos físicos o mentales del Presidente, sino también si esos impedimentos son obstáculo suficiente

para decretar la vacante del Presidente o si el momento en que se discute el asunto no es propicio para los intereses del país, pues podría darse el caso de que la eventual remoción del Presidente suma al país en un caos político e institucional.

La declaratoria podría ser temporal o bien por el resto del período, pues habría casos en que un impedimento físico podría ser superado por el Presidente dentro de un plazo determinado, el cual sería fijado en el peritaje técnico correspondiente.

La vacancia debería aprobarse por simple mayoría de los diputados presentes, pues según el artículo 119 de la Constitución Política las decisiones del órgano legislativo se toman por mayoría absoluta de votos presentes, excepto en los casos en que la propia Constitución exija una votación mayor. En este caso concreto, la Carta Política no exige una mayoría calificada de votos. Pareciera, sin embargo, que sería conveniente reformar la Constitución para exigir una mayoría calificada de dos tercios del total de miembros de la Asamblea para decretar la vacancia de quien ejerza la Presidencia de la República.

IV. Conclusiones

El instituto jurídico de la vacancia presidencial es reciente en nuestra historia constitucional, amén de que se encuentra escuetamente regulado.

Posiblemente el legislado no ha sentido la necesidad de reglamentarlo ya sea en la propia Constitución o en el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa por la sencilla razón de que nunca ha surgido ni siquiera la necesidad o posibilidad de aplicarlo.

En efecto, hasta el momento ningún Presidente ha sufrido importantes quebrantos de salud que lo inhabilite para ejercer el cargo, ni tampoco a nadie se le ha ocurrido invocar su incapacidad mental para evitar que continúe como Primer Mandatario de la República.

LA CONSTITUCIÓN COMO LA CAUSANTE DE LOS MALES Y LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS*: UNA FALACIA POLÍTICA QUE ASOLA LATINOAMÉRICA



*Gerardo Eto Cruz***

Sumario: 1. Marco Introdutorio. 2. Las reformas constitucionales en su contexto actual. 3. El plan de gobierno de Perú Libre. 4. La reciente propuesta de reforma constitucional que autoriza someter a referéndum la convocatoria a una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución. 5. ¿Es la Constitución la causante de los males de un país? Algunas reflexiones sobre la realidad constitucional. 6. ¿Vivimos tiempos de escenarios constituyentes? 7. La concepción taumatúrgica de la Constitución.

Palabras clave: Democracia, Poder Constituyente, Reforma Constitucional, Asamblea Constituyente. Realidad constitucional. Filosofía y Ciencia Política.

* Bajo similar título, el autor expuso desde la plataforma del Colegio de Abogados de Arequipa y dicha conferencia puede verse en: <https://youtu.be/1BazLXd1qII>

** Doctor en Derecho Público por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos y Teoría de la Interpretación Constitucional; ex magistrado del Tribunal Constitucional; y ex director del Centro de Estudios Constitucionales del TC.

Resumen:

El autor plantea una serie de reflexiones desde diversas vertientes disciplinarias en torno al debate que se ha inaugurado con el régimen actual de gobierno: el cambiar la constitución de 1993 de base ideológica liberal, por una futura constitución de techo ideológico socialista. El discurso político de que las constituciones liberales constituyen la causa de los males de un país; y que sólo si se cambian por otras de concepción socialista, solucionará los problemas, evidencia una falacia y una contradicción en su propio enunciado. El tema no es un debate sólo del Perú, sino de diversos países de la región. Se plantea la tesis de preservar la democracia constitucional republicana como la mejor opción de garantizar la libertad, la igualdad, la justicia y la seguridad jurídica de las personas.

1. Marco Introductorio

En los últimos tiempos se ha empezado a reducir el concepto y la propia idea de lo que es una constitución. Este reduccionismo no proviene de los predios académicos, sino de la dinámica política, o de la confrontación que se ha empezado a vivir en diversos escenarios de América Latina en los últimos lustros. El tema no debería alarmarnos ni pasar a mayores problemas si se tratara acaso de algunos círculos o corrientes académicas que nunca faltan y que es parte de la propia apertura a la libertad de opinión y de pensamiento en el mundo académico. Sin embargo, el problema no es ya un tema doctrinario; más bien ha empezado a generarse como un *discurso político*, como *prédica ideológica*, como *proyecto político*; en suma, como trincheras de batallas campales que se vienen pregonando en la región y es como una suerte de un nuevo fantasma que recorre, esta vez, Latinoamérica, como es impulsar nuevas constituciones, bajo nuevos techos ideológicos, para ir refundando a los países de América Latina. Diríase que América Latina ha sido tocada por lo que en Europa ya periclitó en el tiempo las corrientes del pensamiento socialista.

Estas prédicas y discursos vienen siendo auspiciado por movimientos al que aquí bien cabe legitimamente calificarlos de *populistas*. Probablemente la etiología de estos movimientos provengan de la confluencia de diversas organizaciones políticas bajo el sustento de

un renacimiento post cortina de hierro de un *marxismo jurásico*, bien sean de renovados partidos comunistas, de grupos o movimientos de izquierda, radicales extremistas, muchos vinculados a prácticas de insurgencia y terrorismo (Sendero Luminoso, bajo la fachada actual de un eufemismo “Partido Militarizado”, el MRTA, Farc, etc. al que los servicios de inteligencia por lo menos del Perú, se durmieron en sus laureles y bien cabe encontrar una inmensa cuota de responsabilidad, pues el régimen actual de Perú Libre ha copado las instalaciones de este organismo y han empezado inmediatamente a limpiar, depurar y dejar sin efecto toda la información de la seguridad nacional y orden interno). En suma, se trata de una serie de confluencias de heterodoxos movimientos marxistas, provenientes del *Foro de Sao Paolo*; y más recientemente, pero con el mismo norte y empeño en cambiar los modelos liberales, a través del *Grupo de Puebla*. Este desborde político de cuestionar las constituciones, acaso es un pretexto para impulsar reformas totales a las constituciones e instaurar nuevos sistemas políticos. Si bien esto no es nuevo, el tema aparentemente sigue teniendo el mismo signo: que las constituciones son las causantes de los males en los países de la región; pero también se predica, contradictoriamente, que con una “nueva constitución”, ella sería la panacea y la soluciones a los problemas endémicos de más de doscientos años de republicas liberales. Sobre todo, estas corrientes políticas han empezado a generarse en diversos países de democracias liberales y bajo los escenarios de coyunturas electorales. De hecho, la tesis de Fukuyama si bien sigue siendo aceptable, ella no impide observar críticamente que el pensamiento liberal ha empezado a manifestarse como una *profecía no cumplida* (Lyotard) que necesita estar permanentemente revisada en los marcos de los actuales tiempos, tiempos de una sociedad de posmodernidad o hipermodernidad y que viene galopando en un poder globalizado, pero con políticas locales populistas bajo un escenario que asola al mundo con la pandemia; y bajo los paradigmas que impulsa a nivel planetario la cuarta revolución industrial en donde vienen surgiendo nuevos paradigmas que hoy enfrenta la evolución de la civilización humana.

El presente trabajo, es apenas un pequeño esbozo de un planteamiento que en síntesis, lo dejamos *ab initio* precisado: el cambiar una constitución, sea de cualquier signo ideológico, por otro de techo ideológico socialista, es en rigor, una *falacia* al cual simplemente los diversos

movimientos en los interiores de los sistemas políticos de países, como fue en su momento los más paradigmáticos como Cuba, Nicaragua, Venezuela, al que luego siguieron Ecuador, Bolivia, en estos momentos Chile, y la insistencia del régimen que gobierna Pedro Castillo en Perú, cuya meta política es igualmente sustituir la actual constitución por otra acorde a sus proyectos del “socialismo del S. XXI” es, sin duda alguna, una debida coordinación supranacional de estos movimientos, donde se pretende instalar un régimen que la granítica realidad empírica lo ha refutado, más que mil libros escritos: el proyecto socialista o *neosocialista*, es inviable; la experiencia es contundente y demoledora: la antigua URSS definió dejar sin efecto el largo proyecto socialista por su contundente fracaso (1922-1991); el derrumbe del Muro de Berlín (1989) constituye *el annus mirabilis* que sepultó la concepción ideológica del socialismo que aventuró la profecía de la *felicidad colectiva*; pero en Latinoamérica, está ocurriendo un renacer, fruto de diversos líderes nuevamente pertrechados con una aura mesiánica, apoyados -cuando no- por ciertos movimientos intelectuales, una prensa mercenaria que vive del estipendio estatal de publicidad, individualismos rampante de personalidades “políticamente correctas” identificadas en el argot político como “*caviares*”, pues sólo apuestan a un cargo público estatal; en fin, son muchos factores que coadyuvan e impulsan un derrumbe de un sistema político, para inaugurar, míticamente, bajo el liderazgo y el hechizo de las “personalidades de la historia” y el “culto a la personalidad” que la vida presuntamente les ha deparado “grandes derroteros”. Por cierto, igualmente no faltan algunas personalidades empeñadas a impulsar una presunta “refundación del Estado en América Latina”, bajo las cortinas ideológicas de los estados plurinacionales e interculturales, como viene en los últimos tiempos auspiciando Boaventura de Sausa Santos¹. En rigor, todo esto es ya una crónica anunciada que se ha vivido en otros países y que no es nuevo, pero el mesianismo renace; probablemente por culpa precisamente del propio sistema liberal al cual, bien cabe también su gran cuota de responsabilidad en la construcción de un Estado Constitucional de justicia social tantas veces postergado.

1 DE SAUSA SANTOS, Boaventura: *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Lima, 2010, p. 69 y ss.

2. Las reformas constitucionales en su contexto actual

Los Estados no pueden ser estudiado bajo la entelequia abstracta que establecía la vieja Teoría del Estado por ejemplo, Kelsen², Schmitt³, Heller⁴, Smend, sólo para citar las mentes más lúcidas de la construcción del Derecho Público europeo del siglo XX, ni mucho menos el derecho constitucional puede abstraerse sólo a una reflexión abstracta de sus normas⁵. El Estado, como organización política está en permanente devenir. Germán Bidart sostenía “La vida estatal está en perpetuo dinamismo, en continua tensión; es un hacerse, un proyectarse. El estado, en el orden de la realidad, es régimen, y como tal su actividad consiste en realizar repartos de bienes y males. El estado se muestra ante los hombres como un repartidor, encarnado por supuesto en hombres -porque en el orden de la realidad sólo hay hombres- que son los verdaderos repartidores”⁶. Efectivamente, en la dinámica política, existe una permanente lucha de quien está en el poder y que, con ello, pretende impulsar *su régimen*, y por otro lado, los sectores de la oposición, que pretenden desprestigiar o descalificar al régimen político, a fin de ir ganando mayor espacio y también acceder al poder. Esta permanente tensión, es parte de la verdadera esencia de *lo político* y que Schmitt, el gran teórico del *decisionismo político* y uno acaso de la última generación de los “*escritores malditos*” identificó la vida política como una relación de “*amigo-enemigo*” y su esencia misma “*agonal*”, puesto que no se trata simplemente de un juego político entre el vencedor y el vencido. Lamentablemente en el Perú, aún no se ha decantado en forma objetiva y clara quienes son los enemigos y sobre qué. Recordemos que el enemigo es, como identificaba Schmitt, “al grupo de personas que

2 KELSEN, Hans: *Teoría General del derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995; KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Editorial Porrúa S, A, México 187.

3 SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1992; SCHMITT, Carl: *El valor del Estado y el significado del individuo*. Edición, estudio y traducción de Celestino Pardo, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011

4 HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, Séptima edición, México 198.

5 HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Trad. de Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2003

6 BIDART CAMPOS, German: *Derecho Constitucional*. T. I, Buenos Aires, Ediar, 1965, p. 136-137

luchan eventualmente, es decir, de acuerdo a una posibilidad real frente a otros. El enemigo es únicamente el enemigo público, porque todo lo que se relaciona con un grupo de personas y en particular con todo un pueblo se vuelve *público*⁷. Evidentemente, a nivel de las estructuras de los que integran el Parlamento en el Perú, aun no decantan sus posiciones frente al calificativo de los enemigos de la democracia, expresado en el actual régimen que pretende desmontar sus bases, a partir de sus propios mecanismos bajo un proyecto, probablemente el único que tienen como meta concreta, clara y coherente: liquidar la constitución liberal e instaurar una nueva de corte socialista. A ello, le asignamos el calificativo schmittiano de enemigos de la democracia. Recordemos que el mismo Schmitt señalaba que “todo pueblo que no tenga la posibilidad de luchar es un pueblo que no distingue entre amigo y enemigo, por lo tanto, carece de política”. Es lo que a la fecha existe en el país: el *demos*, el pueblo, la ciudadanía, la opinión pública, etc., aun no tienen en claro lo que puede acercarse a futuro, si es que las fuerzas democráticas del país, no apuntan su lucha real y concreta a vencer el proyecto de las fuerzas políticas que hoy han tomado el poder. Si no existe una reacción frontal, el Perú transitará por el club de los países de *estados fallidos* en la vecindad de la región: Cuba, Venezuela, Nicaragua, y amenaza Chile, Bolivia, entre otros. Con estos países, la idea de libertad quedó sepultada y nadie se conmovió; y cuando han querido reaccionar, la cosa ya era tarde. El tiempo actual es aún de lucha, en todos los frentes, incluso el de desenmascarar a quienes pretenden legitimar el régimen socialista ya instalado en el poder.

Es obvio que quien tiene el poder o llegó a él vía las formas que fueren, pretende mantenerse a toda costa -lo que normalmente ocurría con los golpes de Estado⁸, revoluciones⁹ y otras formas de violencia política-, pero estos hechos, hoy se ven en *lontananza del tiempo*; es decir, ya son pocos los portadores de un acceso al poder mediante las formas revolucionarias atizado por radicalizar la prédica de la lucha de clases. Hoy, los tiempos son otros. Y ello ya lo han advertido muy recientemente Levitsky y Ziblatt quienes sostienen lo siguiente:

7 Vid. la reciente versión erudita de ZARRIA, S.M.; MASCHKE, G (2019). El concepto de lo político de Carl Schmitt. Versión de 1927, en Res Pública 22.1, 259-289

8 MALAPARTE, Curzio: *Técnicas de golpe de estado*. Barcelona, Ariel, 2017.

9 ARENDT, Hannah: *Sobre la revolución*. Traducción de Pedro Bravo, Madrid, Alianza Editorial, 2016, p. 29 y ss.

“Una vez una persona potencialmente autoritaria llega al poder, las democracias afrontan una segunda prueba decisiva: ¿subvertirá el dirigente autocrático las instituciones democráticas o servirán éstas para contenerlo? Las instituciones por sí solas no bastan para poner freno a los autócratas electos. Hay que defender la Constitución, y esa defensa no sólo deben realizarla los partidos políticos y la ciudadanía organizada, sino que también debe hacerse mediante normas democráticas. Sin unas normas sólidas, los mecanismos de control y equilibrio no funcionan como los baluartes de la democracia que suponemos que son. Las instituciones se convierten en armas políticas, esgrimidas enérgicamente por quienes las controlan en contra de quienes no lo hacen. Y así es como los autócratas electos subvierten la democracia, llenando de personas afines e “instrumentalizando” los tribunales y otros organismos neutrales, sobornando a los medios de comunicación y al sector privado (u hostigándolos a guardar silencio) y reescribiendo las reglas de la política para inclinar el terreno de juego en contra del adversario. La paradoja trágica de la senda electoral hacia el autoritarismo es que los asesinos de la democracia utilizan las propias instituciones de la democracia de manera gradual, sutil e incluso legal para liquidarla”¹⁰.

Precisamente, las experiencias, fuera de las guerrillas de Fidel Castro en Cuba, quienes acceden al poder frente al régimen dictatorial del General Fulgencio Batista en 1959, dicho movimiento pretendió, tras la victoria en Cuba, extenderse en Bolivia con Ernesto Che Guevara y en el Perú a través de movimientos, entre los que lideró Luis de la Puente Uceda con el MIR, el Frente de Liberación Nacional (FLN); todos estos movimientos fracasaron. Fuera de Cuba, el FSLN en Nicaragua, fue también quienes impulsaron la “revolución” nicaragüense, cuyo motivo fue el derrocamiento de la dictadura de Anastasio Somoza. La experiencia de Chile, cuando accede al poder Salvador Allende en 1970, fue la primera experiencia de llegar al poder por vías y procedimientos democráticos de elecciones; generándose con ello un caso atípico de iniciar un régimen abiertamente socialista sin haber impulsado la “violencia revolucionaria”. Esta experiencia habría de interrumpirse el 11 de septiembre de 1973, con el golpe militar que duramente asestara el general Augusto Pinochet.

10 LEVITISKY, Steven y ZIBLATT, Daniel: *Cómo mueren las democracias*. Traducción de Gemma Deza Guil, Bogotá, Planeta 2021, p. 16.

Hoy, se pretende nuevamente instaurar proyectos de regímenes abiertamente socialistas, bajo los marcos de los propios sistemas democráticos. Y es así como en el Perú, con las recientes elecciones ha llegado al poder un profesor, cuya única experiencia es haber liderado sindicatos de maestros; fuera de esas experiencias, nunca formó parte de una experiencia en el manejo estatal, y sólo lo que ha podido mostrar en su proyecto de vida, fueron las jornadas de huelga general indefinida que supuso la afectación de la enseñanza de los niños y adolescentes de edad escolar.

3. El plan de gobierno de Perú Libre

Perú Libre es un partido creado originalmente para liderar proyectos políticos de la región de Junín, lugar de nacimiento de su mentor y creador, Vladimir Cerrón, formado profesional y políticamente en Cuba. Este médico neurocirujano, le viene su formación política desde la propia familia; su padre igualmente fue un líder comunista de la región que fue asesinado, quedando un manto impune de saber quiénes fueron los asesinos. En su ideario, tiene en concreto un proyecto claro, explícito y contundente: suprimir la actual constitución de 1993 e impulsar una nueva constitución bajo un techo ideológico socialista. Y así se puede apreciar de lo que consta en el documento Perú Libre. Ideario y Programa. Así, en el Capítulo II rubricado "Hacia una nueva Constitución". Sostiene:

"Necesitamos promover y lograr un cambio constitucional que incorpore un enfoque diametralmente opuesto, es decir, la brega por una Constitución solidaria, humanista, rescatista y nacionalizadora. La nueva CPP debe redactarse mediante una Asamblea Constituyente, la misma que debe concluir en el desmontaje del neoliberalismo y plasmar el nuevo régimen económico del Estado."

Cuando se desarrolló la segunda vuelta electoral Perú Libre, bajo la candidatura de Pedro Castillo Terrones, publicaron un Plan de Gobierno de los primeros 100 días. Allí nuevamente sostuvieron la necesidad de la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

"CONVOCATORIA A UN REFERENDUM CONSTITUYENTE

Iniciaremos el proceso para la convocatoria a un referéndum constituyente para que la ciudadanía pueda definir si aprueba o no la convocatoria una Asamblea constituyente que elabore una nueva constitución; en el marco de las actuales reglas constitucionales y legales."

4. La reciente propuesta de reforma constitucional que autoriza someter a referéndum la convocatoria a una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución

El 25 de abril del 2022, el Ejecutivo, en las personas del Presidente de la República Pedro Castillo y su Premier Aníbal Torres, hicieron llegar al Congreso de la República, el Oficio 114-2022-PR el Proyecto de ley de reforma constitucional para que una Asamblea Constituyente elabore una nueva Constitución Política, con el objeto de que el Congreso debata y apruebe la propuesta y sea consultada a la ciudadanía por la vía del referéndum en el mismo acto electoral de las “Elecciones Regionales y Municipales 2022” (Ver Anexo del presente artículo).

Frente a esta propuesta, el Congreso decidió después de un debate archivar dicho proyecto, situación que mereció una réplica de parte de Vladimir Cerrón donde señaló que la convocatoria a una Asamblea Constituyente sería por las vías pacíficas o no pacíficas.

Queda claro pues, que uno de los proyectos, dentro del actual régimen de gobierno que lidera el actual mandatario, es la intermitente campaña de invocar, como así lo han insistido intermitentemente la dupla Castillo-Cerrón, que los males que existen en el país se deben a la actual constitución que, amén de haber sido fruto de un régimen de facto, auspicia un proyecto liberal, del cual una opción socialista significará la solución a los problemas del país.

Hasta aquí, en líneas generales, el contexto muy simple, pero objetivo de lo que se viene desarrollando en la dinámica política del actual gobierno de Pedro Castillo: impulsar la reforma total de la constitución de 1993.

Los escenarios, no cabe duda, no son halagüeños. No existe un real debate sobre el pensamiento político que se pretende impulsar desde las filas de la izquierda del conglomerado peruano; lo propio, la derecha peruana, no expresa un pensamiento liberal de ideas articuladas y unitarias; sino una dispersión de distintos partidos, con los egos y narcisismos galopantes en candidaturas a los gobiernos descentralizados y los empresarios, desde los sectores gremiales de sus empresas, expresan tibiamente las preocupaciones mediáticas sobre las políticas anti mineras, el desmontaje de lo avanzado en la economía, la inseguridad jurídica que cunde por doquier; y los medios de comunicación, igual con posiciones disímiles y con tibia postura crítica al régimen. Es evidente que del lado

del gobierno, tenemos un régimen extremista, y no se vislumbra sectores “moderados”, y de la oposición, hay de todo pero sin capacidad de consolidar un solo bloque que permita enfrentar los diversos escenarios, sea a nivel parlamentario, en el debate público, en las discusiones ideológicas lo que se pretende instaurar. En el mundo universitario, la pandemia ha liquidado la presencialidad, los estudiantes no discuten, no participan, si bien muchos están en orillas contrapuestas, no hay igualmente debate; pero la izquierda sigue ganando adeptos¹¹.

¿Es que realmente el socialismo tiene una *fuerza moral* para cambiar el sistema liberal, por un sistema corporativo, estatista, colectivista y como tal, debe allanarse el camino hacia ese régimen?

¿Realmente se está viviendo una decadencia de la clase liberal en el Perú como en los demás países de América Latina y existe una marcha de los oprimidos hacia una libertad y sin opresión? O es que acaso, la marcha triunfal del actual régimen del Perú, como de otros países de Latinoamérica es hacia el funeral de las libertades y la gente aun no cae en la cuenta que marcha hacia el abismo? Fernando Lamberg, poeta chileno dramatizaba, como suelen hacer los vates, a la gran familia burguesa chilena, cuya decadencia en su narrativa poética pretendía legitimar la experiencia del socialismo de Allende. Este canto, no es nuevamente el canto redivivo de lo que hoy está ocurriendo en Chile; pero el Perú debe mirar al vecino país del sur, a fin de ir tomando las precauciones de las decisiones políticas, para los retos que se pretenden venir. Veamos un pasaje del poemario:

En la vida uno tiene compañía.

En la muerte está solo.

Pero, ¿qué compañía se puede tener

en un planeta lleno de furia?

Nosotras, las grandes familias

sentimos esa asfixia,

la falta del oxígeno.

11 Aunque ha corrido mucha agua bajo el puente, siguen siendo válidos los postulados que reflexionara Norberto BOBBIO: *Derecha e Izquierda*. Prólogo de Joaquín Estefanía. Buenos Aires, Tauros, 2014, p. 81 y ss

Creemos que nada puede consolarnos.
Llegó el tenis de la hora final,
el golf del último crepúsculo,
el polo del potro agonizante,
El ski de la nieve más fría.
¿Qué será de nosotras,
las familias de tradición,
si sopla un viento nuevo,
si se enciende la fragua de la rebeldía,
si cada cual cree que puede ser amo?
Ya lo dijo Ortega:
las masas se rebelan.
No aceptan la existencia
de esta selecta minoría.
No creen que las rosas necesitan quince generaciones
para florecer,
no aceptan que un galgo de raza tiene heráldica,
que el vino se envejece,
que la porcelana debe tener fragua especial,
que la historia no es de descamisados.
Pero sopla este viento maléfico,
se acercan los obreros,
llegan los campesinos,
hay tanta gente que nadie ha presentado,
tantas muchachas sin estreno en sociedad,
tantos muchachos de colegios modestos.
Aparecen personas que nunca habíamos visto,

*seres de ninguna embajada,
mujeres sin teléfono,
hombres sin automóvil,
tanta gente sospechosa de proletariado.
¿Y qué haremos ahora?
¿Por qué nos acorralan?
¿Por qué no entienden que el sol nos pertenece,
que la luna es madrina,
las estrellas cuñadas,
que la tierra necesita al patrón,
que la fábrica requiere ejecutivos?
Suenan esta marea mortal para nosotros.
Las estatuas no nos defienden.
Los jardines no atajan esos pasos.
Angélica, Asunción, Rodolfo,
frutos genealógicos,
racimos de nuestra vida,
defiéndannos.
no dejen que estos pasos rompan nuestras baldosas,
que estas manos quiebren nuestra vajilla.
Defiéndannos en nombre
de lo más sagrado:
la propiedad y la familia¹².*

Es curioso cómo el mundo cultural, en distintas regiones geográficas, tengan siempre el signo de lo “progresista”; pero entre la fragilidad de la cultura, ella también es expresión de la realidad; y el poema, como

12 LAMBERG, Fernando: *Señoras y señores*. Premio Poesía 1973. Casa de las Américas, La Habana 1973, p.83-85

pretexto en este artículo, es evidenciar cómo el pensamiento ideológico marxista concibe una forma de ver, pensar y entender la realidad. Pero la realidad peruana, ni tiene signos ni ocaso de decadencia; ni mucho menos un cambio radical del sistema político significará un giro hacia un estado de bienestar colectivo.

5. ¿Es la Constitución la causante de los males de un país? Algunas reflexiones sobre la realidad constitucional

Toda constitución desde sus inicios es un texto que pretende regular dos grandes estatutos que van a permitir a lo largo de su vigencia, mantener una paz y convivencia pacífica en el pueblo que conforma un Estado determinado. Estos dos estatutos son la regulación del Poder político; y por otro lado, la regulación de las libertades y derechos fundamentales de la ciudadanía y de todas las personas que habitan en un determinado territorio. Sostener que un documento de naturaleza constitucional le es atribuible los males de un país; es una afirmación absolutamente falsa e irresponsable. Y esta afirmación se sustenta en el en diseño de *falacias* que corresponde aquí deslindar y aclarar¹³. Para empezar, los males de un país no obedecen a un conjunto de normas fundamentales que ostenta una constitución; los males que ocurren en un país son producto simple y sencillamente de las personas que encarnan las grandes *decisiones colectiva* y que son los gobernantes o las autoridades que, como tales, fueron elegidas y que son por tanto, los verdaderos responsables¹⁴. Endilgar el reparto de bienes y males a un documento abstracto es abstraerse más bien de la realidad. La realidad, que proviene del término latino *res* (que significa “cosa”, “objeto”) está conformada por muchas cosas. En su significado específico y propio designa el modo de ser de las cosas, en cuanto existen fuera de la mente humana o independientemente de ella. Lo opuesto a la realidad es la *idealidad* que alude el modo de ser de lo que está en la mente y no es, no puede ser, o no está todavía incorporado en las cosas¹⁵.

13 HAMBLIN, Charles L.: *Falacias*. Traducción de Luis Vega Reñón, Lima Palestra, 2016

14 Sobre los grandes misterios de la evolución del progreso y la desigualdad de la humanidad, vid. la reciente reflexión del pensador israelí GALOR, Odar: *El viaje de la humanidad. El big bang de las civilizaciones: el misterio del crecimiento y la desigualdad*. Ediciones Destino, trad. de Olga García Arrabal, Barcelona 2022

15 ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de Filosofía*. Actualizado y aumentado por Giovanni Fornero; trad. de José Esteban Calderón, Alfredo N Galleti, Eliane CAZENAVE,

En filosofía se le identifica como lo ontológico; o una fenomenología de la realidad (fenomenología ontológica u ontología fenomenológica); que al fin y al cabo es el ser¹⁶. Por tanto, la realidad es todo aquello que es o existe de un modo actual u objetivo y, como tal, resulta opuesto a aquello que sólo consistió en una apariencia, una ilusión o una ficción, es solamente posible o ideal, o subjetivo. En el ideal epistémico, la realidad debe ser definido de acuerdo con los presupuestos ontológicos y epistemológicos que brindan la definición del ser, ente o realidad en general¹⁷. Esa realidad es objeto de transformación para bien o para mal, por las personas, a través de su actuar, con tecnologías creadas para diversos fines. Pero quienes detentan el poder estatal, de hecho pueden cambiar las cosas, pues el régimen político es la dinámica de los hechos y acontecimientos que desea, que impulsan quien detenta el poder y cuyas decisiones, sin duda alguna, afectan a toda la sociedad en su conjunto.

No siempre quien tiene el poder, tiene la *legitimidad* en un Estado; lo que sí tiene es la *dominación* de imponerse en los proyectos que pretende instaurar. De allí que Weber señalaba que la dominación es la probabilidad de que, en un grupo determinado de personas, determinadas órdenes, o todas las órdenes, encuentren obediencia. Y para que ello ocurra, se requiere de un aparato que es la estructura misma del Estado. “Este aparato administrativo puede estar obligado a prestar obediencia al gobernante o gobernantes por pura costumbre o por sentimientos o por intereses materiales o por motivos ideales”¹⁸. Justamente, quienes están en el poder, como es en este caso el actual régimen de manufactura socialista de Perú Libre, tiene como una hoja de ruta trazada inquebrantablemente convocar a una Asamblea Constituyente para elaborar una constitución, acorde a su credo y concepción ideológica socialista. Y, para ello, se valdrán de muchos factores para poder desencadenar este proyecto. No sabemos, en la línea del tiempo si una *evolución sincrónica* frustrará este proyecto con

Beatriz Gonzáles y Juan Carlos Rodríguez; 4ta. Edición, México FDCE, p. 891 y ss.

- 16 MORA, Ferrater J.: *Diccionario de filosofía*. Vol. IV, Barcelona, Ariel. Nueva edición revisada, aumentada y actualizada por el profesor Josep-María Terricabras, p. 3014 y ss.
- 17 BENITES, Luis: *Diccionario de Filosofía*, Volumen 2. Dirigido por Marcelo Caballero y Mónica Piacentini, Buenos Aires, Pluma y Papel, 2008, p. 751
- 18 WEBER, Max: *Sociología del poder. Los tipos de dominación*. Edición y traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2016, p. 69-70.

mecanismos que el propio parlamento puede utilizar, como la *vacancia presidencial*. De ocurrir ello, Pedro Castillo puede ser un Jefe de Estado vacado por una causal de *incapacidad moral*¹⁹, dada la serie de inconductas reprochables que en tan poco tiempo ha venido desarrollando. Si fuera así, el tema sigue en pie: la primera vicepresidenta Dina Baluarte, asumiría por primera vez en la historia de la república, la presidencia; igual, ella más que Pedro Castillo, responde al mismo proyecto de inaugurar una constitución propia del socialismo del Siglo XXI. A ello se suma una serie de causales que no permiten que ostente el cargo de Vice-Presidenta de la República por tener simultáneamente otros cargos y que igual, forman parte de la política menuda interna del país. No olvidemos igualmente que esta vice presidenta, responde a la estructura partidaria de Perú Libre. Aunque al estar por las encuestas que intermitentemente realizan las empresas, el grueso de peruanos, aun los que votaron por este gobierno, no les interesa en lo más absoluto una nueva constitución; ni mucho menos esgrimen que los tiempos están para discutir el asunto bajo el escenario de una Asamblea Constituyente. Con todo, partidarios de Perú Libre, siguen recolectando firmas para la convocatoria de una Asamblea Constituyente, sabiendo que ello debe pasar previamente por la decisión del Congreso. A su turno, otro movimiento, esta vez liderado por un joven abogado, Lucas Gherzi, viene haciendo lo propio de recolectar firma; pero para que la reforma a la constitución no sea a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, lo que significa impulsar una reforma en la propia constitución. Igual, en el seno del propio Congreso, existen diversos proyectos de reformas tanto legislativas como constitucionales, para preservar la actual constitución; y otros para reformarla. Este es el estado de la cuestión. Pero veamos un poco más de cerca el tema de la realidad; y si esta ostenta males derivados de la vigencia de una constitución como es la de 1993.

Hoy la *sociedad de la externalización* constituye por ejemplo la sociedad donde el humano ha hecho de la realidad una serie de cambios, correspondiéndole a muchas personas, cambios o beneficios positivos; y al resto de los seres humanos, lo negativo. Lo propio, en el manejo de la política, en la administración de la *res pública*, si no existe una burocracia estatal

19 GARCÍA BELAUNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinadores): *La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada*; 2da edición. Lima Instituto Pacífico, 2018.

meritocrática²⁰ que sepa manejar los ámbitos competenciales de cada entidad gubernamental; sin duda alguna estará destinado al fracaso. Por tanto, una primera constatación empírica que debe reconocerse es que las instituciones políticas, no depende precisamente de su regulación normativa, fuere de una constitución o de las leyes; sino de la conducta propia de los funcionarios y gobernantes, tanto como de entidades privadas.

Pero insistamos en el tema de la realidad, pero esta vez vinculado a la categoría de la “*realidad constitucional*”. Quienes predicán, en este caso, los que dirigen el actual gobierno de Pedro Castillo y los del partido Perú Libre, más toda esa corte ideológica conformado por heterodoxos grupos, individuos como colectivos con ideologías marxistas, etc. sostienen la tesis que la actual constitución, que tiene de hecho ya 28 años de vigor, ha desencadenado males y que en las grandes mayorías más han recibido el reparto de males antes que de bienes. No vamos a entrar a cuestionar esta afirmación; sin embargo, un hecho claro es que desde que se impuso la reforma a la Constitución de 1993 relacionada a la descentralización de los gobiernos regionales y municipales, la propia constitución le ha dotado de una autonomía y un manejo presupuestal que nunca lo han tenido en la historia republicana centralizada en la capital por casi 180 años. Lo que ha existido en los gobiernos descentralizados ha sido un pésimo manejo de políticas públicas y una nula capacidad de gastos deficiente, fuera de las conductas de reproche por corrupción en gruesos gobiernos regionales. Siguiendo con lo nuestro, interesa señalar que una constitución formal, que es el texto, es simplemente la constitución escrita; pero ella no es la expresión absoluta de una realidad constitucional. Un texto constitucional como la de 1993, es cierto que está dentro de la realidad constitucional, pero no se agota dicha realidad con ella. Y apunta Bidart: “Y no la agota porque la constitución para ser constitución tiene que implicar *ejemplaridad*, tiene que ser *normativa*. La constitución como vigencia requiere normatividad, porque la vigencia aparece cuando “lo que es” se torna “debiendo ser”, se ejemplariza”²¹. Y es que, al lado del texto constitucional escrito, la realidad la va a contener a ella, pero también va a tener un conjunto de factores externos como las vigencias constitucionales, las mutaciones

20 WEBER, Max: *¿Qué es la Burocracia?* Traducción de Rufino Arar, México, Ediciones Coyoacán, 2005.

21 BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*. Tomo I, Buenos Aires, Ediar 1964, p. 26-27.

constitucionales y los fenómenos de desconstitucionalización. Es decir, quienes esgrimen que la realidad vinculada al campo constitucional en términos negativos dimana precisamente de la propia constitución, no saben que dichas conductas que no son ejemplares ni valiosas no son las que prescribe la constitución; sino antes bien, son factores *metajurídicos* contrarios a lo que ella prevé.

Por tanto, no podemos atribuir el “reparto de males” a una entelequia abstracta como es un texto constitucional, sino a la voluntad de quien gobierna. Es verdad que una constitución constituye una hoja de ruta donde el gobernante o los detentadores del poder tiene una suerte de cartografía de cómo debe ser un ideal de buen gobierno; donde se respete las prerrogativas y competencias de todos los órganos que conforman el poder político. Lo propio un texto, a lo mejor pueda entrapar determinadas políticas públicas; y si ello ocurre, depende precisamente del buen manejo del gobernante, para que se desarrolle bajo los principios de eficiencia y eficacia su gobernabilidad. Hoy, la politología y la sociología contemporánea, sumado a determinadas ramas del derecho público, como es el derecho administrativo, dan cuenta que el manejo del Estado, si bien puede estar entrapado con una serie de normas que no permiten impulsar en términos rápidos y efectivos las *políticas públicas* que requiere la sociedad, es allí donde el gobernante, que es el que realiza las *decisiones colectivas*, debe saber tomar en forma idónea un buen manejo de lo que es el gobierno.

Ian Whitelaw ha reportado a lo largo de la historia que los males, o los hechos “negativos”, más que de normas jurídicas como son las constituciones, han dependido de las peores decisiones que tomaron quienes estaban en el poder. Efectivamente, este historiador señala que “Los pros y los contras de un evento histórico dependen en gran parte de un punto de vista -la victoria de alguien es la derrota de otro-, y son muy pocos los eventos que no tienen un lado inconveniente, desde la perspectiva de alguien. Tristemente, hay muchos eventos que no tienen un lado positivo en absoluto: actos de avaricia, estupidez, egoísmo y salvajismo que no aportan nada a nadie y provocan sufrimiento de muchos”. A ello, este mismo autor contundentemente sostiene la motivación de las peores decisiones en la historia y señala: “Si tuviéramos que elegir una palabra para describir la causa de los peores sucesos [en la historia] ésta tendría que ser “ideología”: formas de pensar que convencen a unos de que su

creencia -sea religiosa, política, nacionalista o fervientemente étnica- no sólo es correcta, sino tan absolutamente correcta que justifica imponerla a los demás, incluso si ello implica matarlos”²². Solamente para consignar ejemplos recientes en el Perú, la experiencia del manejo de gobierno de Martín Vizcarra, es uno de los peores desastres en el manejo de la pandemia. Su negligencia ha costado más de cien mil muertos con efecto colateral de más de doscientos mil fallecidos por la pasiva actitud de no haber comprado a tiempo las vacunas, pese a que un grupo de profesionales y científicos despojados de claros tintes políticos, les sugerían la compra de los diversos diseños de vacunas que ofrecían en el mercado internacional. Incluso Sagasti tuvo otro pésimo manejo del gobierno, felizmente fue el Canciller Alan Wagner quien hizo eco de lo que impulsaron el “*Comando Vacuna*” y así se pudo adquirir diversas vacunas. Esas son decisiones positivas. Pero, como veremos en este trabajo, la peor decisión que pretende establecer el régimen autoritario de Pedro Castillo y su vicepresidenta Dina Boluarte, es mantener el proyecto de una meta trazada por todos los del régimen de Perú Libre y los demás sectores de la izquierda: inaugurar una Constitución en el Perú, la decimotercera constitución que refunde un proyecto ideológico de régimen socialista.

Precisamente, el formato estatal de las decisiones que realizan los gobernantes, son a través de lo que en la politología se denominan las *teorías de las decisiones colectivas*, que ocupan una larga tradición en el pensamiento occidental. Para entender esta noción, la explicación es muy sencilla, todos los días las personas realizan decisiones individuales lo que supone que lo que ha decidido o resuelto sólo lo beneficia o afecta a dicha persona, en tanto cada persona decide por sí mismo. A la inversa, las decisiones colectivas no las realizan las personas naturales sino un pequeño grupo humano que ostentan los cargos públicos de gobernantes; y su decisión política que tomen, significa que “decide por todos”²³. Una convocatoria a una Asamblea Constituyente, no va a provenir de la decisión individual de la ciudadanía; sino del régimen político que ostenta tras de sí el poder y es el que, en definitiva, se impone en la vía

22 WHITELAW, Ian: *Historia de las peores decisiones. Y de las personas que las tomaron*. Vol. 2, México, Prisa Ediciones, 2014, p. 9

23 D’ALIMONTE, Roberto: “Teoría de las decisiones colectivas”, en BOBBIO, Norberto *et al*: *Diccionario de Política*. Edición revisada y ampliada. Versión española de José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, México, 2007, p. 423 y ss.

de los hechos, en convocar a una constituyente. Aquí resulta pertinente recordar a Carl Schmitt quien sostiene precisamente que el “Poder constituyente es voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo²⁴”. En parte, el régimen actual de Pedro Castillo, tienen la voluntad política, pero no las fuerzas suficientes de poder para imponerlo; es probable que esta insistencia se mantenga en la línea del tiempo, bajo las luchas políticas e ideológicas de quienes apuestan por un país que garantice el respeto a las libertades y derechos fundamentales; o un siniestro proyecto autoritario, colectivista y cuyo futuro es el “éxito” conseguido en Cuba, Venezuela, Nicaragua; y a cuyos predios se alista Chile con el proyecto socialista del otrora líder estudiantil y hoy presidente de Chile, Gabriel Boric Font²⁵. Igual ocurre en Bolivia, y se paralizó el proyecto de esta misma corriente en Ecuador. En suma, si el Perú y las fuerzas democráticas mantienen una posición pasiva; y en el Congreso, los tibios, indecisos, o con subalternos intereses del momento, hipotecan sus votos en favor del actual régimen; puede ocurrir un proyecto que sigue igualmente en pie: buscar el pretexto de cualquier planteamiento de la “*cuestión de confianza*”, para disolver el Congreso y al convocar a elecciones parlamentarias, igual se convocaría a una Asamblea Constituyente, aunque todo ello sea absolutamente inconstitucional. Y es que sigue teniendo peso la postura de Schmitt, “Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser²⁶”. Esta es pues la realidad actual: que tras de sí, hay toda una estructura de prensa cortesana y mediática que sistemáticamente emiten *posverdades*, lo propio las armas de las redes sociales en ambos bandos, bajo las noticias falsas²⁷ pero principalmente de un conjunto de actores financiados por el actual régimen y que están

24 SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid 1992, p. 93-94

25 CHIA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio: *Propuesta para una nueva Constitución (Originada en democracia)*. Instituto Igualdad. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2020

26 SCHMITT, op. cit. p. 94

27 ALANDETE, David: *Fake News: La nueva arma de destrucción masiva*. Barcelona, Editorial Planeta, 2019.

vinculados directa o indirectamente, mediante compromisos, informaciones para tratar de generar adhesiones y apoyo al régimen actual, en suma, hay toda una lucha abierta y subterránea por ir generando una predisposición en favor de apostar por una nueva constitución. Estas metas, sin embargo, han empezado a debilitarse hoy bajo los escenarios de la comunicación política con manifestaciones delictivas de varios actores políticos y familiares del Jefe de Estado cuya justicia hoy los investigan por presuntas comisiones delictivas.

La propuesta del actual régimen de impulsar una Asamblea Constituyente tiene varias lecturas que pasaremos a lo largo de este breve trabajo a precisar. Por lo pronto, debe quedar claro que la Constitución de 1993, de hecho puede ser reformada, total o parcialmente, pero es la propia constitución la que ha establecido sus propios mecanismos de reforma. A esto la doctrina le denomina *Poder Constituyente Derivado*; pero lo que pretende el actual régimen político, desde la plataforma del Ideario y Programa de Perú Libre es auspiciar un *Poder Constituyente Originario* que permita institucionalizarse en una Asamblea Constituyente. Con ello, este órgano *ad hoc*, tendría absolutamente todo el poder y no tendría ninguna norma que le restrinja su potestad de elaborar e imponer la constitución que estimen conveniente. Es claro, que lo que desean es configurar la propia ruta ideológica de tener una constitución de techo ideológico socialista, para impulsar a partir de esta nueva “refundación” de la nación, un texto constitucional que legitime su proyecto de un socialismo que, reiteramos, llevará a la ruina económica, a la miseria y a la conculcación de las libertades fundamentales de la ciudadanía. Así ocurrió con el caso de Venezuela, cuyo poder político se impuso, por encima de los marcos de una reforma derivada de su propia constitución, y entró en el campo de facto, pero que al final, como sostiene Schmitt, lo que vale es la voluntad política con fuerza para imponerse²⁸.

Finalmente, debemos dejar aquí sentado la idea de que quienes pregonan que una constitución es la causante de los males, pero que, con el cambio de ella por otra, será la soluciones a los problemas de un país, están asumiendo una concepción propia del *iluminismo racionalista* que se concibiera en el Siglo XVIII. Se trata de aquella concepción en que una

28 BREWER-CARÍAS, Allan R. y GARCÍA SOTO, Carlos (Compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Temis, Bogotá, 2017

organización política se va a crear (un proyecto socialista en el Perú), con la creencia en que la *razón* va a estructurar la vida del estado simplemente con arreglo a las normas que se conciban (una nueva constitución). García Pelayo que esgrime esta tipología sostiene que el concepto racional normativo “Concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles”²⁹. Subyace en esta concepción, la idea de que por el sólo hecho de que se elabore, en este caso, una nueva constitución que suponga la ruptura de viejas estructuras del poder, y la inauguración de nuevas formas de regulación del Estado y la sociedad, se liquidará el antiguo dominio de la burguesía y las organizaciones colectivas tendrán un mayor bienestar. Lo que ha buscado el actual régimen de Perú Libre es hacer del constitucionalismo, un *discurso político* para justificar su régimen³⁰, en busca de adherentes, ya no sólo con los votos que le otorgaron la victoria (muy discutible aun); sino la adhesión al proyecto que tiene en miras y que para ello, cuentan con una amplia gama de partidos de izquierda y agrupaciones “progresistas”; sumados a la intelectualidad y los diversos movimientos que integran la dinámica cultural peruana, individuos que destacan como escritores, poetas, comentaristas, opinólogos, periodistas etc. En suma, un importante sector de la sociedad peruana. En realidad, esto recuerda que desde hace ya muchas décadas, al ocaso de las luchas por tomar el poder vía las armas de la violencia revolucionaria, se ha generado una suerte de un “*radicalismo latinoamericano*”. En efecto, desde hace ya muchas décadas, América Latina ha enrumado una cultura política tanto individual como colectiva hacia formaciones de centro-izquierda, con una base social de clientela electoral

29 GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*. Introducción de Manuel Aragón, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 34.

30 SCHIERA, Pierangelo: *El constitucionalismo como discurso político*. Traducción de Adela Cañada y Manuel Martínez Neira, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, Dykinson, Madrid, 2012, p., p. 23 y ss.

entre clases medias urbanas, tanto como un grueso sector rural, así como de la intelectualidad burguesa “progresista”. La raíz de esta explicación, puede tomarse brevemente de las reflexiones que realizan José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, el primero con orientación marxista y los dos como latinoamericanistas: “[El radicalismo latinoamericano], su desarrollo, crecimiento y organización fue fruto de un “proceso de descomposición del bloque oligárquico que orientó la construcción de las formas estatales emergentes de la ruptura del orden colonial y el desplazamiento de las corrientes hacia la formación de un nuevo bloque social y político basado en la incorporación de las masas populares en la vida política nacional. En tal sentido, fueron estas corrientes genéricamente radicales las que lograron configurarse como grandes partidos “populares”³¹. En el caso del Perú, este radicalismo devino en la década de los ochenta en organizaciones extremistas y sanguinarias como Sendero Luminoso y el MRTA, grupos al que formalmente, habrían sido liquidados en los campos de batalla, como en el plano político. Pero esta aseveración hoy no es válida, pues irónicamente la estructura partidaria y el conglomerado de Perú Libre, tiene hoy como fuentes, diversas agrupaciones supervivientes de este extremismo y que hoy incluso ocupan diversos cargos en el manejo del Estado. Con todo, no podemos dejar de observar que, el proyecto que se pretende gestar, en los hechos, ha sido un fracaso rotundo en todos los modelos donde se quiso impulsar un proyecto abiertamente socialista. De ello, da cuenta la reciente historia con la caída y desmoronamiento de la antigua URSS y sus satélites de la ex Europa del Este.

A raíz del derrumbamiento del “*socialismo real*” que fue un fracaso absoluto y que la propia URSS terminara autoliquidándose precedido por la *Glasnost* y la *Perestroika*, la era de la cortina de hierro marcaría un hito final, consolidándose presuntamente sin competencia, el liberalismo; pues el siglo XX supuso la partida de defunción del fascismo, quedando sólo dos grandes contendores: el liberalismo y el socialismo. Fenecido el socialismo, diversos pensadores han esgrimido que, en el marco de la evolución de la historia del pensamiento político, sólo reinaría la era de las democracias liberales. No sabemos si esto sea ahora absolutamente cierto. Es verdad que el propio Fukuyama es su “Epílogo” a la segunda edición de “El fin de la historia y el último hombre” (2006) se interroga si los principios como

31 “Radicalismo latinoamericano”, en BOBBIO, Norberto, *et al: Diccionario de Política*, op. cit, Vol. II, p. 1333

por ejemplo *libertad e igualdad*, que son el fundamento de la democracia liberal, tienen acaso un significado universal. Para este pensador, cree que sí y que la lógica es que la democracia se propagará alrededor del mundo con la evolución de la sociedad³². Es cierto que, desde la perspectiva de Lyotard, tanto el liberalismo como el socialismo, se han configurado en los *metarrelatos* al que la posmodernidad enfila sus críticas: el liberalismo predica la felicidad individual y afirma el derrotero del proyecto de vida de cada uno; en tanto en el socialismo, la felicidad colectiva, lo demuestra la experiencia, ha llevado sólo a la ruina y a la frustración de los pueblos sojuzgados por la democracia colectiva y bajo el yugo de un solo partido. Hoy, vemos que en todos los sistemas liberales de democracia existentes en el mundo, la palanca y el motor del desarrollo lo dota la economía que genera nivel de vida de mayor beneficio; y hoy, el mundo contemporáneo se ve asolado por masivas migraciones de personas que se trasladan a países de Europa Occidental, Estados Unidos, Japón Australia; nunca apuestan a países de lo que queda de fachada socialista. Esto revela que la opción de insistir en un proyecto socialista, o bajo el nombre con que se califique el cambio del modelo de las democracias liberales, no tienen un futuro; o dicho de otro modo, los pueblos conducidos a un proyecto antiliberal bajo formas de gobierno autoritario, sin garantías mínimas de la igualdad y la libertad, está ciertamente condenada a seguir reafirmando lo que ya ha ocurrido en la historia del pasado siglo XX: tiranía, muerte, desolación, y la sepultura de las libertades. La experiencia de los regímenes comunistas que han existido en el siglo XX han sido ciertamente desoladores. Los crímenes y parte de lo que forma hoy el mal político³³ arroja un primer balance numérico que es apenas una aproximación mínima³⁴:

- URSS, 20 millones de muertos,
- China, 65 millones de muertos,
- Vietnam, 1 millón de muertos,

32 FUKUYAMA, Francis: *¿El fin de la historia? y otros ensayos*. Presentación y selección de Juan García-Morán Escobedo, Madrid, Alianza Editorial, 2016, vid. Epílogo, p. 144 y ss.

33 WOLFE, Alan: *La maldad política*. Trad. Ana Herrera, Edit. Galaxia Gutenberg, Barcelona 2013

34 COURTOIS, Stéphane; WERTH, Nicolas: *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*. Tercera edición, Arzalia, Madrid, 2021.

- Corea del Norte, 2 millones de muertos,
- Camboya, 2 millones de muertos,
- Europa oriental, 1 millón de muertos,
- América Latina, 150.000 muertos,
- África, 1,7 millones de muertos,
- Afganistán, 1,5 millones de muertos,
- Movimiento comunista internacional y partidos comunistas no situados en el poder, una decena de miles de muertos.

En este contexto, es claro que la democracia occidental, con todos sus yerros que tiene, con sus inevitables gobernantes muchos sin aliento de estadistas; con sus clases políticas posiblemente que no han estado a la altura de desarrollar grandes decisiones políticas y gubernamentales; con toda la cleptocracia que intermitentemente ha existido en la historia, sigue siendo la opción que debe preservarse. Y es que la democracia constitucional tiene sus propios mecanismos para revertir inconductas de gus gobernantes. Es obvio que no queremos gobernantes cleptocráticos, pero no cabe duda que el liberalismo debe y sustenta una profunda ética de la propia dignidad de la persona; situación que el socialismo en su praxis lo que generó sólo fue muerte y desolación; y la individualidad de cada miembro de ese colectivo humano llamado Estado lo postró a una muerte civil. Un Estado Constitucional, sin duda alguna, no permite ni permitirá que existan gobernantes que hayan festinado desde el manejo de su poder conductas delictivas. La historia del siglo XXI en el Perú da cuenta inmediatamente del sometimiento de los que gobernaron el país, a procesos judiciales. Y es que aquí, no está la moral puesta en juego en la individualidad de las personas; es el dilema que ya Weber lo planteó hace muchas décadas: decidir entre la ética de las convicciones o la ética de la responsabilidad³⁵. Es cierto que las recientes reflexiones que plantea Yuval Noha: "...el liberalismo no tiene respuestas obvias a los mayores problemas a los que nos enfrentamos: el colapso ecológico y la disrupción tecnológica.

35 Vid. el trabajo en la coyuntura electoral que escribimos en su momento: ETO CRUZ, Gerardo: "PERÚ: Qué pasó. Un quinquenio de desvaríos (2016-2021). Prolegómenos de un Bicentenario y unas elecciones entre la ética de las convicciones y la ética de la responsabilidad". En: *Reflexiones constitucionales sobre el bicentenario*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2021, p.225 y ss.

Tradicionalmente, el liberalismo se basaba en el crecimiento económico para resolver como por arte de magia los conflictos sociales y políticos difíciles. El liberalismo reconciliaba al proletariado con la burguesía, a los fieles con los ateos, a los nativos con los inmigrantes y a los europeos con los asiáticos, al prometer a todos una porción mayor del pastel". Prosigue este pensador señalando que: "[...] nos queda la tarea de crear un relato actualizado para el mundo". Y sentencia: "Por tanto, las próximas décadas podrán estar caracterizadas por grandes búsquedas espirituales y por la formulación de nuevos modelos sociales y políticos. ¿Podría reinventarse de nuevo el liberalismo como lo hizo a raíz de las crisis de las décadas de 1930 y 1960, y renacer más atractivo que antes? ¿Podrían la religión y el nacionalismo tradicionales proporcionar las respuestas que se les escapan a los liberales, y usar la sabiduría antigua para crear una visión del mundo actualizada? ¿O quizá haya llegado el momento de cortar para siempre con el pasado y elaborar un relato completamente nuevo que vaya más allá no solo de los antiguos dioses y las antiguas naciones, sino incluso de la esencia de los valores modernos de la libertad y la igualdad?³⁶

Como se podrá apreciar, si bien el liberalismo en el marco del Tercer Milenio, con el Siglo XXI y en este año mítico 2021, sumado al epónimo Bicentenario de la Independencia y la fundación de la República del Perú, probablemente por vez primera, fuera del período de los años 30, se enfrenta el choque de un proyecto abiertamente socialista que lo lidera el jefe real del partido Perú Libre; mientras la clase liberal del Perú, no ha consolidado un pensamiento uniforme, pues más han estado pensando en intereses económicos y la cultura política ha venido marcando grandes cotas del poder del pensamiento marxista. A ello se suma la mediocridad de la clase de derecha, dividida, con crisis de liderazgo, con partidos que no han consolidado la renovación de una juventud con ideales democráticos.

No obstante todo ello, el escenario sigue más que parejo: luchar y defender la democracia constitucional republicana. No se trata, por tanto, de sucumbir y rendirse a la tentación liberal; sino que es el sistema liberal el que permite la existencia de la condición humana en libertad e igualdad³⁷; las quimeras del socialismo lo evidencian la realidad con el despojo de

36 NOAH HARARI, Yuval: *21 lecciones para el siglo XXI*. Traducción de Joandoménech Ros, Lima, Debate, 2021, p. 35

37 PORTA PERALES, Miquel: *La tentación liberal. Una defensa del orden establecido*. Barcelona. Ediciones Península, 2009.

las libertades y derechos de los ciudadanos de dictaduras populistas en la región y fuera de ella.

6. ¿Vivimos tiempos de escenarios constituyentes?

Hablar si el Perú vive una necesidad de impulsar una nueva constitución significa formularse la pregunta si efectivamente existen los ambientes externos condicionantes de la presencia de un verdadero “*acto constituyente*”. Y, por otro lado, si acaso es necesario y urgente que el Perú, en estos momentos le sea vital e impostergable que se debata la necesidad de una nueva constitución.

Sánchez Viamonte precisa tres conceptos que resulta pertinentes tomarlos aquí en cuenta:

- a) *El acto constituyente*: que es el instante cronológico donde se impone la necesidad de que existe la voluntad política a través de hechos, cuya eficacia permite al pueblo organizarse en una nueva sociedad civil, en un nuevo régimen, como es el que pregona el gobierno actual. Es evidente, al estar por las encuestas que suministran los medios de comunicación, que lo último que la ciudadanía desea es una constitución. Ello, porque la pandemia ha reducido el poder adquisitivo de los peruanos, existen millones de personas que han perdido puestos de trabajo, todos están con la preocupación de adquirir medios y sustentos económicos para llevar el sustento a sus hogares; sumados al temor de la pandemia; por tanto, no existe, ni aunque el régimen pretenda impulsar, una voluntad a un debate de una Asamblea Constituyente, no existen una atmósfera, no hay condiciones ni psicológicas, ni mucho menos una voluntad espiritual y política del pueblo.
- b) *El poder constituyente*, que consiste en la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico; es evidente que toda constitución presupone la presencia de un poder constituyente; y ya la doctrina ha hecho un deslinde entre un poder constituyente originario y un poder constituyente derivado. Este último es el que existe y lo detenta el Congreso; de tal manera que si se quiere debatir un escenario de reformas, allí está el órgano legislativo que, al reformar la constitución, deviene en un poder constituyente derivado, porque “*deriva*” sus mecanismos de reforma en la propia constitución; lo que

no ocurre en el escenario de una Asamblea Constituyente, donde el poder constituyente originario lo tiene todo, y puede otorgar una constitución con una determinada “voluntad política” distinta a los valores democráticos: una constitución socialista.

- c) *La Constitución*, que es, al mismo tiempo, organización del Estado y orden jurídico para la sociedad³⁸. Esa constitución que saldría eventualmente de una Asamblea Constituyente, tendrá un *techo ideológico*, una *fórmula política* reñida con la democracia militante que encarna una democracia liberal; aun con los problemas que ella, como todo sistema político enfrenta en su propia dinámica política. Y por qué es que este régimen de Pedro Castillo, de Perú Libre, y de todos los sectores del conglomerado de izquierda pretenden una nueva constitución? Muy simple, porque las reglas de juego del estatuto del poder se cambiarían, y con ello, la perpetuación en el poder queda definitivamente asegurado por décadas. De allí que hay que ser absolutamente más que inocente, un minusválido mental, permitir este siniestro proyecto.

Para que exista un acto fundante de una nueva constitución, es necesario que exista un verdadero “acto constituyente” que es la voluntad política. Es claro que esa *voluntad*, para el caso del momento en que se vive sólo es atribuible al actual régimen político. Tienen la voluntad, pero institucionalmente no cuentan con los marcos constitucionales que le permitan llevar a buen puerto su proyecto del delirio de una nueva constitución. El poder constituyente es la función que corresponde al titular de esa voluntad; en este caso una presunta Asamblea Constituyente significaría la presencia de un Poder Constituyente Originario con un poder absoluto donde se impondría una fórmula política socialista. Cualquier pretensión de reforma total de la Constitución sin los requerimientos del Congreso, será un Poder Constituyente Originario, y por tanto, fruto de un *régimen de facto*³⁹. La Constitución es la voluntad jurídica en que esa voluntad política se convierte al adquirir carácter normativo. El tiempo dirá si entre las fuerzas políticas democráticas y las fuerzas de la izquierda, una de ellas vencerá y su voluntad política se verá institucionalizada en una flamante constitución.

38 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *El Poder Constituyente*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 564.

39 ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Poder Constituyente y otros ensayos*. Estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz, Trujillo, Normas Legales, 2002, p. 63 y ss.

Los tiempos, no son de escenarios constituyentes; el que un Partido como Perú Libre, que fue un vientre de alquiler para auspiciar a un candidato inepto a la presidencia de la república haya ganado las elecciones, no debe significar que dicha “voluntad política” se va a ver institucionalizada finalmente en una nueva constitución. Y es que la teoría del poder constituyente supone que tras una constitución, siempre debe haber un poder que lo convoque; y la actual confrontación entre el Ejecutivo y el Congreso, hay una sistemática batalla por establecer los mecanismos de que se genere ese cambio constitucional. Pero no hay ni voluntad política del pueblo soberano, ni de las propias fuerzas políticas en el Estado; aun cuando el poder político lo detente el régimen que auspicia un escenario constituyente⁴⁰.

Si bien es cierto que cada uno es, sin más, hijo de su tiempo y de su época; los hombres inteligentes pueden odiar su tiempo, pero saben de todos modos que su vivencia pertenece irrevocablemente y que no puede huir de *su* tiempo. Son estos tiempos, de pandemia y de crisis mundial, de recomposición del poder a nivel de la globalización, tiempos para impulsar en sede nacional un cambio de constitución? Es realmente oportuno y acaso lo contemporáneo que se vive en América Latina? El filósofo Giorgio Agamben se interrogaba qué es lo que ve uno en su tiempo. Y señalaba que “Todos los tiempos son, para quien experimenta su contemporaneidad, oscuros. Contemporáneo es, justamente, aquel que sabe ver esa oscuridad, aquel que está en condiciones de escribir humedeciendo la pluma en la tiniebla del presente”⁴¹. No hace falta ser inocente o un tonto útil para evidenciar que, un proyecto oscuro de un régimen socialista, no es la luz, ni la verdad ni el camino. El tránsito de estos regímenes, lo único que han causado en el mundo, ha sido muerte, destrucción y la anulación de la individualidad del ser humano. Las libertades, los proyectos de vida de cada uno, serán simplemente una masa amorfa, carente de identidad; es un número más, mientras la opulencia de la burocracia del partido único, bajo la estructura partidaria del régimen, serán los pocos que gozarán de las prebendas estatales dispuestas como un botín.

40 MARDON ZÁRATE, Guillermo: *¿Reforma o Revolución? Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde. Grijley, Lima, 2021, p. 127 y ss.

41 AGAMBEN, Giorgio: “¿Qué es lo contemporáneo?”, en *Desnudez*; 2da edición, traducción de Cristina Sardoy, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2014, p. 21

7. La concepción taumatúrgica de la Constitución

En la Teoría Constitucional, ríos de tinta existen para identificar diversas tipologías, concepciones o clasificaciones de lo que es una constitución; y todas son válidas y ello se mide en función a su propia utilidad. Así lo han abordado, desde los grandes “gigantes de Weimar” como Kelsen, Schmitt, Heller, Smend, entre otros; o posiciones como las de Manuel García Pelayo, Karl Loewenstein; o tipologías esgrimidas desde nuestra Latinoamérica como de Germán Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés en Argentina; o Domingo García Belaunde en Perú, o de Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés, Jorge Carpizo, entre otros en México. Y no hablamos de los clásicos pensamientos con los contemporáneos como de Francia, Italia, España, Portugal. En suma, en todos los países de la región, se han planteado, una serie de apreciaciones y enfoques en torno a las constituciones.

Por lo pronto, nosotros sin pretendemos entrar en una tipología más de lo que es o debe concebirse en torno a lo que es una constitución, bien podemos señalar que se puede identificar una suerte de identificación de ella, a partir de ciertos presupuestos en torno a la forma cómo se le concibe a una norma fundamental.

Taumaturgia es aquella “Facultad de realizar prodigios” y que por lo general son sucesos extraños que exceden los límites de la naturaleza, como son hechos sobrenaturales, milagros. Lo taumatúrgico, está vinculado a las capacidades humanas que pueden detentarlo un mago, un santo, un rey; también se atribuyen estos prodigios a objetos, en el campo religioso a las reliquias. En el caso de una constitución, se puede identificar a este documento político, como una concepción taumatúrgica de que, al contarse con un texto idealizado por quienes pretenden imponerlo, por sí y ante sí, va a tener ese hechizo mágico de mejorar los males que existen en un país. El texto constitucional será así la panacea que abrirá una cartografía de ruta en un sistema político, y con sus nuevos postulados, principios, valores e instituciones políticas que se establezcan en la realidad del país cambiará para mejor. Es probable que una constitución de concepción taumatúrgica, sólo opere bajo los marcos de quienes están detentando el poder, que son la renovación mística de la liquidación de una tradición de gobiernos, y la instauración de un nuevo ciclo de gobierno. Subyace en ella, parte de una concepción racionalista, iluminista como lo fue bajo los antiguos ideales de la revolución francesa que cerraba el ciclo del antiguo

régimen de las monarquías. En efecto, una breve evolución del Estado moderno durante los últimos quinientos años, permite apreciar diversas formas de organizaciones política previas, y lo más probable es que en la mente de los que inauguraban sus proyectos de voluntad política, abrigaban una concepción taumatúrgica de concebir que la voluntad y decisión política, se plasmaría en la realidad, sea del viejo mundo gótico, del renacimiento y lo propio con el advenimiento de los Estados modernos⁴². Hay igualmente en una constitución taumatúrgica el concepto de constitución dirigente que planteaba José Joaquim Gomes Canotilho. Es decir, aquella constitución que es fruto de un testamento histórico de un poder constituyente que establece un conjunto de programas y lineamientos de gobiernos de lo que a futuro debe implementarse. Se trata de un texto en oposición a las constituciones principistas, sino programáticas. Este tipo de constituciones son como arquetipo la brasileña de 1988, la portuguesa de 1976, la mexicana de 1917. Las constituciones taumatúrgicas tienen mucha dosis de utopías no realizables y que, probablemente, Gomes Canotilho en parte rompe y supera esta vieja concepción que manejara en su momento⁴³. Sin embargo, sus planteamientos de reflexión siguen siendo moralmente permanente, pues sostiene que la Teoría de la Constitución debe seguir siendo la instancia crítica de un constitucionalismo reflexivo que evite dos unilateralidades: a) el peso del discurso de la metanarratividad, que hoy sólo podría subsistir como reliquia de una utopía del sujeto del dominio y de la razón emancipatoria; y b) la desestructuración moral de los pactos fundadores escondidos, muchas veces, en un simple esquema procesal de la razón cínica económica-tecnocrática. Si bien, Gomes Canotilho ha replanteado sus reflexiones en torno a la concepción de la constitución dirigente⁴⁴; ello no impide señalar que la constitución taumatúrgica, tiene mucho de estas concepciones, en la medida que el texto constitucional, por arte de una presunta eficacia en modificar la realidad que regula, dicha realidad es modificada por el imperio de la norma constitucional. Así, los valores que ella pregona, el hechizo de su eficacia cambiará la realidad.

42 CÁRDENAS GRACIA, Jaime: *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional de México, México, 2017, p. 47 y ss.

43 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, Número 43, Enero-Abril, 1995; pp. 9-23.

44 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson 2002

Pero es evidente que solo son quimeras normativas, porque simplemente la constitución taumatúrgica está sólo en las mentes de quienes confunden el *desiderátum* de sus mentes, con lo que es la propia realidad.

Lo que debería existir, es un real régimen de gobierno que de cara al bicentenario lo enfrente con pasos firmes; y bajo los marcos de la pandemia que asola al mundo, desarrolle las rutas de lo que debe ejecutarse para que el Perú retome por la senda del bienestar y el desarrollo. Algunas de estas rutas, ya desde la perspectiva de la reflexión privada no se han hecho esperar⁴⁵.

Es más, las presencias de procesos constituyentes han empezado a reaparecer en diversas latitudes no sólo de América Latina, África y Europa, sino incluso en España; y es efectivamente correcto lo que pasa revista Gerardo Pisarello que auspiciar un proceso constituyente significa, entre otros aspectos, las rupturas históricas para auspiciar las refundaciones de nuestras repúblicas; como también ha significado procesos democratizadores del siglo XX, pero el Siglo XXI está tenido por ofensivas “*deconstituyentes y desdemocratizadoras*” apunta este académico, y en cuyo escenario se presentan resistencias como frenos temporales a los procesos de cambio que pueden terminar con “*contrarreformas explícitas, o mediante mutaciones tácitas y cambios sustanciales en la interpretación de las previsiones constitucionales vigentes. Pero también se impondrían, en algunos casos, mediante procesos más o menos violentos, como los golpes de Estado, que desplazan a las instituciones existentes, restaurando los viejos marcos constitucionales o instaurando otros de signo elitista o despótico*”⁴⁶.

En parte, lo afirmado por Pisarello desde la óptica europea no es efectivamente tan cierto, porque no siempre un proceso constituyente como los que se pretenden impulsar en América Latina, son para

45 Por ejemplo: I. Reactivación económica para el crecimiento sostenido (Luis Miguel Castilla). II: Empleo, formalización y protección social (Miguel Jaramillo). III Gestión sostenible de recursos naturales (Roxana Barrantes). IV: Gestión pública eficiente para mejorar servicios (Carlos Oliva). V: Salud desde la prevención y cuidados médicos cercanos (Janice Seinfeld). VI: Educación para la empleabilidad (Daniel Alfaro). VII: Agua y saneamiento de calidad (Milton vos Hesse). VIII: Reforma fiscal para la estabilidad macroeconómica (Luis Miguel Castilla), todo ello en: AA.VV.: *Propuestas del Bicentenario. Rutas para un país en desarrollo*. Lima, Debate, 2021.

46 PISARELLO, Gerardo: *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Trotta, Madrid, 2016, p. 79-80

consolidar una democracia de libertades civiles y políticas, tanto como las libertades económico, sociales y culturales; sino la de un proyecto con clara ideología del socialismo del siglo XXI lo que significa que son proyectos que conducirán a liquidar la democracia liberal, e instaurar una democracia colectivista cuyos resultados saltan a la vista: pobreza, estados fallidos, éxodo, muerte, desolación, ruina, eso es lo que ha dado el socialismo en su historia.

EPÍLOGO

Aunque la historia del constitucionalismo es relativamente moderna, pues se inicia con la primera constitución en el mundo que es la norteamericana de 1787 a la que seguiría luego la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789* y que fuera el preludio de la Constitución Francesa de 1791, como bien apunta Fioravanti, "El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas"⁴⁷, el constitucionalismo significó por tanto, el marco donde se gesta y desarrolla el proceso de formación de los Estados modernos de Europa; de allí que el tránsito de los viejas monarquías del antiguo régimen a la instalación de nuevos regímenes políticos, significaba la presencia de un complejo proceso que el pensamiento constitucional lo ha identificado con la teoría del Poder Constituyente y este proceso constituye el gran cimiento armado del edificio contemporáneo de la constitución como norma fundamental y como norma política. Hace mucho tiempo hemos sostenido que el Poder Constituyente ostenta un complejo archipiélago teórico y que se nutre de distintos ríos que confluyen en un amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo. Así, el Poder Constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios que, en líneas generales son:

- a) El origen fundacional de los Estados modernos;

47 FIOARAVANTI, Mauricio: *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, 2014, p. 17.

- b) La reforma de la Constitución⁴⁸ y con él, se ubica también el tema de las mutaciones constitucionales⁴⁹ y no sólo en su expresión formal del Poder Constituyente Derivado, sino como Poder Constituyente Originario en formal material,
- c) El Poder Constituyente, guarda conexidad con el tema de la interpretación constitucional⁵⁰, por un lado, y nos atrevemos a sostener, con el propio fundamento de la defensa de la Constitución⁵¹;

48 DE VEGA, Pedro: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos; Madrid 1995;

49 JELLINEK, George: *Reforma y Mutación Constitucional*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú, trad. de Cristian Forster, CEC, Madrid 1991. DAU-LIN, Hsu: *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

50 A.J. RICHARDS, David: "La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional"; en RCEC, N° 1, Set-Diciembre, 1988; p. 141-171; Raúl CANOSA USERA: Interpretación constitucional y Fórmula Política, CEC, Madrid, 1988 (Prólogo de Pablo Lucas Verdú); p.50 y ss.; MARMOR, Andrei: *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*. Traducción y estudio preliminar de Jorge Luis Fabra y Juan Gabriel Acosta, Ara Editores, Lima 2011, p. 306 y ss. GUASTINI, Riccardo: *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 236 y ss. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: "Reformar interpretando. La jurisdicción constitucional como poder de reforma constitucional", en ALÁEZ CORRAL, Benito (Coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*. Foro y Debates. Universidad de Oviedo, CEPC, Madrid, 2020, pp. 441-468

51 Al respecto, puede verse una bibliografía básica tales como: KELSEN, Hans: "Las Garantías Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", en Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1974; pp. 471-515 (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán).

Del mismo Kelsen: "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?" (Estudio preliminar de Guillermo Casió, traduc. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin), Tecnos Madrid 1995; Kelsen, Hans: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Liminar de Luis Cervantes Liñán y edición al cuidado de Domingo García Belaunde. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 2017; recientemente se ha publicado una nueva compilación de las reflexiones en KELSEN, Hans: *Escritos sobre la justicia constitucional*. Presentación de Manuel Atienza, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos, Madrid, 2021; SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución* (Prólogo de Pedro de Vega), trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid 1983. Igualmente a Rodolfo REYES: *La Defensa Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid, 1934, vid, Específicamente p. 125 y ss. AA.VV.: *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México 1984 y más modernamente: FIX ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2da. Edic. UNAM, México 1998; en la misma línea: FIX-ZAMUDIO, Héctor: *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del aparato*. Liminar de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y

- d) El Poder Constituyente igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía, como lo han planteado, entre otros y en forma orgánica, Ignacio Burgoa y Bidart Campos⁵²;
- e) Otros, en cambio, vinculan la temática del Poder Constituyente en la *transición política*, según la singularidad con que se desarrolló en la escena de cada país⁵³.

Actualmente América Latina viene atravesando por un renacimiento de «refundar las repúblicas latinoamericanas»; apelando a la problemática de cambiar los sistemas de constituciones liberales por proyectos de corte socialista; esto lo que ha ocurrido recientemente con el proyecto de la Constitución de Chile⁵⁴ o lo que planteara en su momento Allan R. Brewer-Carías y Carlos García sobre el régimen de facto que supuso la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente del 2017⁵⁵ en Venezuela; lo que significó como apunta Franco Pérez una “perversión del poder constituyente originario”⁵⁶; por otro lado la problemática ha desencadenado que en los Tribunales Constitucionales empiece a desarrollarse el control constitucional de las reformas a la Constitución⁵⁷ lo

Alberto Saíd, Porrúa, Edición facsimilar de 1955, México 2015; GARCIA BELAUNDE, Domingo: *De la jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (nota introductoria y edición al cuidado de José Palomino Manchego).

- 52 BURGOA, Ignacio: *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, duodécima edic., México 1999, p. 189-279 y en forma específica p. 238 y ss. BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional* T. I, Edic. Ediar; Buenos Aires. 1961, p. 157-206, específicamente p. 162 y ss.
- 53 TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*; tercera edic. renovada. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992, Vol. I p. 5-26
- 54 CHIA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (Editores): *Propuesta para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago 2020.
- 55 BREWER-CARÍAS y Carlos García Soto (Compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Bogotá 2017
- 56 FRANCO PÉREZ, Antonio-Filiu: “Uso y perversión del poder constituyente originario en Venezuela (1999-2019)”, en ALÁEZ CORRAL, Benito (Coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, op. cit., p. 263-286.
- 57 RODRÍGUEZ Gaona, Roberto: *El control constitucional de la reforma a la Constitución. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*. Dykinson, Madrid 2006

que entraña sus límites al propio Poder Constituyente⁵⁸; hay quienes vienen planteando la reforma constitucional como un cambio en la propia continuidad de la constitución, tesis que plantea recientemente Javier Tajadura⁵⁹ y otros que plantean los mecanismos de referéndum para la reforma de las Constituciones⁶⁰; hay otros académicos que vienen reflexionando que la presencia del Poder Constituyente derivado debe significar una concordia, un diálogo y un consenso; y que muchas veces puede abortar en la instauración de una dinámica de discordias⁶¹; y en fin otros autores plantean el permanente tema académico y político de quienes son los sujetos titulares morales y de facto del ejercicio del Poder Constituyente⁶²; y otros que han esgrimido en su momento la problemática teórica de la teoría del Poder Constituyente *in abstracto*⁶³.

De nuestra parte creemos que el escenario peruano muy al margen del trabajo reciente de Guillermo Mardon⁶⁴ constituye un falso dilema el debate de una reforma constitucional bajo un proyecto de auspiciar una reforma total de la Constitución «con olor, color y sabor a pueblo» expresión que balbuceara en su momento el presidente Pedro Castillo con su propuesta presidencial hacia una nueva Constitución bajo el marco de cambiar radicalmente el sistema político liberal que mantiene el modelo

-
- 58 COLOMBO MURUA, Ignacio: *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*. Prólogo de Jorge Reinaldo A. Vanossi, Editorial Astrea, Buenos Aires 2011; RAMÍREZ CLEVEZ, Gonzalo: *Los límites a las reformas constitucionales y las garantías límites del Poder Constituyente. Los derechos fundamentales como paradigma*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá 2003.
- 59 TAJADURA TEJADA, Javier: *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons, Madrid 2018.
- 60 SÁENZ ROYO, Eva: *El referéndum en España. Debates Constitucionales*, Marcial Pons, Madrid 2018.
- 61 ALZAGA, Óscar: *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid 2011
- 62 SAUQUILLO, Julián: *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 2018; NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert: *Entre lo viejo y lo nuevo. El sujeto constituyente*. Trotta, Madrid 2017
- 63 ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Poder Constituyente y otros ensayos*, Edit. Normas Legales, Trujillo 2002; RECASENS SICHES, Luis: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento Español*. Javier Morata Editor, Madrid 1931.
- 64 MARDON ZÁRATE, Guillermo: *¿Reforma o revolución. Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Editorial Grijley, Lima 2021.

peruano. Una reforma debe pasar necesariamente por el mecanismo de un poder constituyente derivado como es lo que establece el actual art. 206 de la Constitución; en el caso se auspiciare una asamblea constituyente serán los preludios de los tambores de guerra de la instauración, de mantenerse el actual régimen de Pedro Castillo, de un proyecto hacia el socialismo del siglo XXI; es decir un proyecto hacia la quiebra del modelo constitucional republicano incorporándose el Perú al club de los modelos del fracaso y de la ruina como son los vecinos de diversos países que han abrazado esta opción que supone restricción de libertades y de la estafa de una felicidad colectiva como profecía que nunca se ha cumplido en los proyectos socialistas.

ANEXO

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA SOMETER A REFERÉNDUM LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PARA ELABORAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente

Artículo 1.- Objeto de la Reforma

El objeto de la reforma constitucional es autorizar al Presidente de la República, someter a referéndum, de conformidad con el procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 206 de la Constitución Política, la convocatoria de una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución Política.

Artículo 2.- Incorporación del artículo 207 de la Constitución Política del Perú

Incorpórese el artículo 207 de la Constitución Política, conforme al texto siguiente:

“Artículo 207. Asamblea Constituyente La elaboración y aprobación del proyecto de nueva Constitución está a cargo de una Asamblea

Constituyente elegida por el pueblo, cuya propuesta de texto constitucional es sometido a referéndum popular ratificatorio.

La iniciativa de convocatoria a referéndum para la elección de miembros de la Asamblea Constituyente corresponde al Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros; o por solicitud de los dos tercios del número legal de Congresistas; o por un número de ciudadanos y ciudadanas equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional.

Dicha iniciativa se remite al Congreso de la República para su aprobación.”

Artículo 3.- Incorporación de disposiciones transitorias especiales

Incorpórese a la Constitución Política, las disposiciones transitorias especiales cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima y undécima.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS ESPECIALES

CUARTA. El referéndum para una convocatoria a una Asamblea Constituyente se realiza en el mismo acto electoral de las “Elecciones Regionales y Municipales 2022”. El presente proceso de referéndum será un proceso autónomo e independiente al proceso electoral convocado mediante D.S. N0001-2022-PCM. No modifica ninguna regla del mencionado proceso electoral convocado y contará con una cédula especial para dicha consulta.

QUINTA. El referéndum se realiza por medio de una cédula especial que contiene la pregunta: **¿Aprueba usted la convocatoria de una Asamblea Constituyente encargada de elaborar una nueva Constitución Política?**, con las alternativas a la pregunta: **SÍ** o **NO**.

SEXTA. La convocatoria para la elección de miembros de la Asamblea Constituyente la realiza el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, con aprobación del Consejo de Ministros. La elección de Asambleístas deberá realizarse en un lapso no mayor de ciento veinte (120) días calendario contados desde su convocatoria. La Asamblea Constituyente se instala en un plazo no mayor de quince (15) días calendario desde la proclamación y acreditación de los Asambleístas electos por el Jurado Nacional de Elecciones. La Asamblea Constituyente aprueba su

propio Reglamento. Los Asambleístas gozan de las mismas prerrogativas e incompatibilidades que los Congresistas.

SÉPTIMA. La Asamblea Constituyente tiene como única competencia la elaboración y aprobación del proyecto de nueva Constitución Política, en un plazo máximo de nueve (09) meses, contados desde su instalación, el que podrá prorrogarse, por una sola vez, por tres (03) meses.

Durante la elaboración del proyecto de nueva Constitución Política, todos los organismos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales y locales y demás entidades públicas, mantienen plenamente sus funciones, competencias y atribuciones.

Los poderes constituidos u organismos constitucionalmente autónomos no pueden impedir en forma alguna las decisiones de la Asamblea Constituyente. **Ésta tampoco podrá modificar el actual periodo del mandato para el cual fueron elegidos por el Presidente y los congresistas de la República.**

Una vez redactado y aprobado el proyecto de nueva Constitución Política, es comunicado al Jurado Nacional de Elecciones, quien convoca a un referéndum, que se realiza en un plazo no mayor de noventa (90) días calendario, para que la ciudadanía apruebe o rechace dicho proyecto. Culminado el plazo antes señalado la Asamblea Constituyente se disuelve de pleno derecho.

La aprobación de la nueva Constitución Política en el referéndum popular ratificatorio requiere el voto favorable de más de la mitad de sufragios, sin considerar los votos en blanco y nulos. El resultado se comunica al Presidente de la República, quien la promulga y dispone su publicación en el Diario Oficial El Peruano. La nueva Constitución Política entra en vigor al día siguiente de esta publicación y queda derogada la Constitución Política de 1993.

OCTAVA. - La Asamblea Constituyente está conformada por ciento treinta (130) Asambleístas y será de carácter popular, plurinacional y tendrá paridad de género. Pueden ser asambleístas los ciudadanos y ciudadanas que reúnan las condiciones contempladas en el último párrafo del artículo 90 de la Constitución Política. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones regula la forma de elección y la distribución de escaños de la Asamblea Constituyente, que deberá estar compuesta por: el cuarenta por ciento

(40%) por representantes de organizaciones políticas inscritas, el treinta por ciento (30%) por candidatos o candidatas independientes, el veintiséis por ciento (26%) por representantes de pueblos indígenas y el cuatro por ciento (4%) por representantes de los pueblos afroperuanos. La elección se realizará por distrito electoral múltiple.

NOVENA. - Los pueblos indígenas constituyen una circunscripción electoral especial, siendo la asignación de escaños proporcional a su representación en cada región. Los pueblos afroperuanos constituyen una circunscripción electoral especial a nivel nacional.

DÉCIMA.- Para efectos de la elección de miembros de la Asamblea Constituyente, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario contados desde el día siguiente de la publicación de la presente reforma constitucional, regula la distribución de escaños; el financiamiento de las candidaturas independientes, de representantes de pueblos indígenas y de representantes de pueblos afroperuanos; el porcentaje de firmas que se requiere para la inscripción de listas de dichas candidaturas; y todo lo concerniente a la elección de Asambleístas. Con su regulación deberá garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la composición de la Asamblea Constituyente, así como la participación de personas con discapacidad.

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones elabora y aprueba el cronograma electoral en un plazo no mayor de diez (10) días calendario desde la convocatoria para la elección de miembros de la Asamblea Constituyente.

UNDÉCIMA. - El Poder Ejecutivo garantiza los recursos que resulten necesarios para cubrir los gastos de instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU CONTENIDO PARA EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES EJECUTIVO-LEGISLATIVO

A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS N°0006-2018-PI/TC Y N°0006-2019-CC/TC



*Carlos Hakansson Nieto**

Sumario: I. ¿Es una técnica para gobernar o la filosofía del buen gobierno civil? II. Los presupuestos institucionales básicos para la constitucionalidad III. ¿Cuál es el contenido constitucional de la separación de poderes? IV. Las afectaciones al contenido de la separación de poderes V. La separación de poderes: principio longevo, vigente y sin reemplazo a la vista.

Palabras clave: Separación de poderes, autonomía funcional, balance de poderes, cuestión de confianza, disolución parlamentaria

* Abogado. Bachiller por la Universidad de Lima. Licenciado en Derecho por la Universidad de Lima. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Comparado e Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Contacto: carlos.hakansson@udep.edu.pe; carlos.hakansson@fulbrightmail.org. Una primera versión de este trabajo fue publicado en BOBADILLA RODRÍGUEZ, Francisco (coordinador): *La Constitución de 1993: presente y futuro*, Editorial Jurídica Themis, Asociación Civil Thémis, Lima, 2022.

Resumen

La separación de poderes es un principio tan antiguo como vigente para el constitucionalismo. Su significado y propósito es claro y cerrado desde su nacimiento y difusión de las formas constitucionales de gobierno, por eso los jueces deben reconocer que la idea del contenido constitucionalmente protegido no sólo se circunscribe al ámbito de los derechos fundamentales, su parte dogmática, sino también a las instituciones políticas que se agrupan en la llamada parte orgánica. El presente trabajo se ocupa de explicar el contenido del principio de separación de poderes y sus recientes erosiones en sendas resoluciones del Tribunal Constitucional.

I. ¿Es una técnica para gobernar o la filosofía del buen gobierno civil?

En mi primer viaje a la Argentina, con motivo de una clase de postgrado impartida en la Universidad Austral en Buenos Aires, tuve un inolvidable recorrido por el centro de su bella ciudad, fina cortesía de los profesores de la misma casa de estudios¹. Durante el paseo, cuando transitamos por la Avenida de Mayo, que comienza en la Calle Bolívar y su trazo, de este a oeste de la ciudad, que conecta la histórica Plaza de Mayo, sede del ejecutivo (también conocida como la Casa Rosada) con la Plaza del Congreso en el extremo opuesto, los profesores me contaron que su significado urbanístico revela que ambas instituciones, debidamente separadas por la distancia de unas diez cuadras aproximadamente, que “son los poderes que se miran y también se controlan”². Una anécdota que nos invita a reflexionar si la separación de poderes posee un contenido constitucionalmente. En ese sentido, el funcionamiento de la cuestión de confianza y la disolución parlamentaria prevista en la forma de gobierno peruana no son ajenas al respeto del principio de separación y equilibrio de poderes, cuando incluye entre sus disposiciones un conjunto de garantías para evitar su afectación durante el llamado interregno parlamentario.

¿La separación de poderes es una técnica o una filosofía? La respuesta dependerá por dónde se mire. Quedarnos solamente en una forma de

1 Agradecido con los profesores, doctores Juan Cianciardo y Fernando Toller de la Universidad Austral de Buenos Aires.

2 Se trata de los profesores, doctores Juan Cianciardo y Fernando Toller, compañeros de doctorado en la Universidad de Navarra (Pamplona, España) durante mi primera visita a Buenos Aires, el 24 de octubre de 2007.

gobierno con determinados grados de relación, más o menos tajante entre poderes, nos llevaría a pensar más en una técnica o regla; pero si la observamos desde el punto de vista cultural podríamos sorprendernos sobre su profundidad. En el cine norteamericano apreciamos ejemplos de una cultura de libertades; por ejemplo, en la película titulada “La búsqueda del tesoro. El libro de los secretos”, donde el protagonista, Benjamín Gates, junto con su amigo y mediante un *drone* tratan de leer la inscripción en una de las copias de la Estatua de la Libertad, ubicada en la Isla de los Cisnes del Rio Sena (Paris), cuando dos policías galos lo detienen para reprenderlo por el ruido y hacerle las preguntas de rigor. Benjamín, acercándose a ellos, les recordó cómo un compatriota suyo influyera con sus ideas en la Constitución federal estadounidense, refiriéndose nada menos que a Montesquieu³. Por eso, estamos más cerca a un modo de comprender la forma que los ciudadanos libres desean ser gobernados por nuestras autoridades, “sin que uno tema del otro” como sostenía el señor de la Brède.

En el presente trabajo explicaremos el contenido constitucional del principio de separación de poderes y sus garantías para el funcionamiento de su forma de gobierno. Para dar inicio a nuestros argumentos, recordemos que la teoría constitucional divide en dos las materias que comprende una carta magna codificada, una parte dogmática y otra orgánica. La primera dedicada a los derechos humanos y las garantías para su protección, es decir, su fundamentación y estudio del contenido constitucionalmente protegido de los derechos, su dimensión individual y social, la discusión sobre la posibilidad, o no, que los derechos puedan colisionar, si el test de ponderación deba estar referida a los derechos o las circunstancias (Castillo, 2007). En el ámbito supranacional, el ejercicio del llamado control de convencionalidad, que también produce un efecto vinculante en los estados miembros que reconocen la competencia contenciosa de Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴; por otra parte, las materias que corresponden a la parte orgánica, que se ocupa del estudio de las instituciones políticas, sus funciones, competencias y relaciones que dependen de su forma de gobierno.

3 Película producida por Walt Disney Pictures (2007) y dirigida por Jon Turteltaub.

4 Véase, el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de septiembre de 2006.

Aludir a la parte dogmática y orgánica en una Constitución responde a una división metodológica que, si no lo advertimos, nos puede conducir a errores e injustas valoraciones, pues, una estricta distinción como la propuesta, restringe la dogmática a los derechos fundamentales reconocidos, su interpretación e instrumentos procesales de garantía, concluyendo que las instituciones que conforman un sistema de gobierno pueden carecer de principios para su debido funcionamiento, es decir, reducirlas a una suerte de reglas mecánicas para comprender la relación entre instituciones estatales, un conjunto de procedimientos reglados para la solución de las crisis de gobernabilidad mediante el control político.

Al igual que los derechos fundamentales reconocidos, descubrimos insumos dogmáticos entre las relaciones de las instituciones de la parte orgánica⁵, es más, consideramos que es posible determinar un contenido constitucional para el principio que rige su comportamiento en el marco constitucional: la separación de poderes. Si recurrimos a los textos constitucionales históricos, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, reconoce que “[u]na sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”, un vínculo indisoluble, irreducible, incuestionable de dos materias que conforman la unidad dogmática de ambos conceptos para la configuración de un Estado constitucional de derecho. Un estrecho vínculo entre ambas, reconocimiento de libertades a través de la dispersión del poder y que juntas producen una realidad: la Constitución. Como señala el Profesor Pereira Menaut, “[l]a separación de poderes no es una técnica sino una filosofía, la misma del constitucionalismo. No se agota en ninguna formulación legal ni institucional, pues es relativamente fácil cumplir la letra mientras se defrauda el espíritu” (Pereira, p. 229).

La teoría sobre el contenido constitucional de los derechos también debe aplicarse al principio de separación de poderes, es decir, la necesidad de reconocer los elementos que lo configuran y permiten su plena realización para el funcionamiento de la forma de gobierno de una comunidad política. En otras palabras, si es posible reconocer el contenido abierto que

5 La propia sentencia del Tribunal Constitucional afirma, como si se trata de un núcleo duro e irreductible para toda carta magna, que “[l]os conceptos de democracia y limitación o separación de poderes, esenciales para los Estados constitucionales modernos”; cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento N°13).

poseen los derechos fundamentales, por ejemplo, si la libertad de información protege la veracidad, ponderándose si existe un interés público, o no, para determinar su regular ejercicio por un medio de comunicación; de lo contrario, si se tratara de una información privada y su ejercicio forma parte del derecho a la intimidad, *mutatis mutandi*, también podríamos realizar un ejercicio similar sobre el contenido de otras instituciones constitucionales, como el principio de separación de poderes.

II. Los presupuestos institucionales básicos para la constitucionalidad

Un ordenamiento constitucional que prescindiera de la democracia y la representación política resulta inviable. El sistema del gobierno de la mayoría que respeta a la minoría, sumado al significado que el ganador “no se lo lleva todo” sino que debe respetar las competencias ajenas, así como la opinión y decisiones de la oposición política, todas ellas son condiciones indispensables para el respeto de sus instituciones. La democracia como concepto más longevo desde la Edad Antigua, se emparentó con la Constitución a partir del siglo XVIII junto con la representación política. Son dos presupuestos básicos que comentamos a continuación.

A) El principio democrático

Es el principio que demanda a los representantes de los poderes estatales para que sean electos en sufragios libres y transparentes, recibiendo un mandato directo de los ciudadanos que otorga legitimidad, es decir, un justo título para el mando, observando los límites para el ejercicio de sus competencias. A partir de la elección de los poderes del estado, las disposiciones constitucionales y legales establecen los procedimientos para el nombramiento del resto de miembros de la administración pública, los cuales también reciben una legitimidad, pero derivada de los titulares del parlamento, gobierno y judicatura.

La democracia es un presupuesto básico en toda forma constitucional de gobierno, presupone que los poderes estatales guardan una separación de funciones, no puede afirmarse lo mismo respecto a las llamadas constituciones semánticas, propias de regímenes autoritarios y dictaduras, en esos casos sería aplicable lo dispuesto por la declaración francesa del siglo XVIII. Se trata de un principio donde si bien gobierna la mayoría electa, el ejercicio de gobierno se realiza respetando a la minoría, lo cual demanda diálogo para la consecución de acuerdos

ejecutivo-legislativo, especialmente cuando no se cuenta con mayoría parlamentaria; por eso, también se le conoce como principio de solución democrática de las controversias⁶.

B) El principio de representación política

Se apoya en la democracia para dotar de legitimidad el ejercicio de cada poder, es decir, del justo título de quienes ocupan los altos cargos públicos para ejercer sus competencias; en efecto, la legitimidad que se otorga a los titulares de las instituciones, fortalece y brinda sustento a la representación política, un principio de derecho privado aplicado al derecho público (Pereira, 2001), precisamente, cuando las autoridades abusan o comenten arbitrariedades en el ejercicio del cargo, se pierde ese justo título para el mando, por tanto, su pierde su legitimidad y, en consecuencia, la representación política reconocida en un proceso electoral.

La representación política en democracia demanda pluralidad, la presencia de un gobierno cohesionado demanda una oposición organizada que sostenga ante la ciudadanía que las acciones del ejecutivo pudieron ser mejores o más acertadas en favor del bien común y que se encuentran preparados cuando sean gobierno. Si durante un proceso electoral y resultados finales nos crean un clima democrático, el trabajo de la oposición nos permite mantenerla en el tiempo gracias al ejercicio de las libertades civiles y políticas. Una clara afectación a este principio se produce cuando su labor es malinterpretada por un progresivo cambio de percepción ciudadana, es decir, no controla y fiscaliza, sino que obstruye al gobierno.

La creación de estereotipos en las relaciones entre poderes, ejecutivo “débil que lucha contra la pobreza, la corrupción, etcétera” contra un

6 Al respecto, el Tribunal Constitucional reconoce entre sus argumentos al principio de solución democrática que, de acuerdo con el máximo intérprete, “(...) pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos”; cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento N°32); en otras palabras, que tanto la búsqueda como creación de oportunidad para establecer consensos debe agotarse entre los poderes ejecutivo y legislativo, buscando puntos de encuentro por ambas partes, pues, siempre será más saludable que la exigencia de responsabilidad política como una renovación de la confianza parlamentaria solicitada por el primer ministro.

legislativo “mayoritario y soberbio” que representa a la clase tradicional, es una manifestación del populismo que también afecta la representación política. Otro problema que afecta la percepción ciudadana sobre representación es la concepción de partidos políticos como simples estructuras electorales, más que reales vehículos para el ejercicio de la democracia representativa, con presencia permanente y consciente de los problemas de su provincia o región como de sus electores, así como organizaciones con propuestas de solución de llegar al gobierno y parlamento.

La salud del principio democrático y la representación política determinará el correcto funcionamiento de la separación de poderes en una forma de gobierno. Una manera de medir su temperatura es a través del estado de los principios que forman parte de su contenido, como son los principios de manifestación popular, participación, gobierno de la mayoría respetando a la minoría y alternancia en el poder. Teniendo en cuenta esta afirmación, conozcamos los principios que contiene la separación de poderes. Al respecto, en nuestra forma de gobierno podemos distinguir los tres grados de relación entre los poderes. El primero es la investidura que produce la relación fiduciaria entre ejecutivo y legislativo a partir de la aprobación de la cuestión de confianza al primer ministro. De acuerdo con la teoría de las formas constitucionales de gobierno, la denominada investidura justifica que el Congreso luego pueda censurar al gobierno electo directamente por el pueblo. El segundo nivel lo componen el ejercicio de las invitaciones, preguntas, interpretaciones y comisiones (control político), que conforman la conocida “gimnasia parlamentaria”. En tercer lugar, la negación de la cuestión de confianza y moción de censura (exigencia de responsabilidad política). Siendo así los tipos de relación, una primera conclusión será reconocer que nuestra forma de gobierno comprende una separación menos tajante entre poderes, un modelo atípico al presidencialismo clásico.

III. ¿Cuál es el contenido constitucional de la separación de poderes?

El contenido constitucional de un derecho fundamentales responde al conjunto de atribuciones que un bien humano debido depara para su titular, realizando a la persona y que permite reconocer al derecho como tal y no uno con una naturaleza y significado distinto. La argumentación jurídica aplicada para explicar el contenido constitucionalmente protegido de los

derechos también se extiende a todas las instituciones jurídico-políticas. Es probable que la principal diferencia sea que mientras los derechos humanos cuentan con un contenido abierto por derivar de la dignidad humana, las instituciones de la parte orgánica gozan de principios cerrados y no negociables en el marco de cualquier reforma política; a pesar que no siempre se ha respetado la naturaleza y exigencias de las instituciones para su correcto funcionamiento.

Sólo por poner unos ejemplos recientes, reformar la Constitución para prohibir la reelección inmediata y eliminar la inmunidad parlamentaria termina por vaciar de contenido la institución del Congreso. En sentido contrario, si se reconoce judicialmente que la jefatura de Estado puede interpretar la denegación fáctica de un pedido de cuestión de confianza sobre una competencia propia del Congreso, permite una invasión en sus atribuciones constitucionales.

El principio de separación de poderes reposa en otros que permiten su realización y evitan vaciarlo de contenido: la autonomía funcional, el balance de poderes y la cooperación son los cuatro pilares indispensables para la salud de cualquier forma constitucional de gobierno, pues, cabe añadir que no existe una amplia gama de variantes, básicamente son dos: parlamentarismo y presidencialismo, a través de ellas se han derivado otras menos difundidas por razones históricas y circunstancias excepcionales, como el semipresidencialismo (Loewenstein, 1986). En todos los modelos, la separación de poderes opera, en unos de forma más tajante, el presidencialismo, o menos tajante, el tradicional modelo parlamentarista, como explicaremos más adelante. En todos los casos, la democracia y la representación política, como principios rectores, sumada a la autonomía funcional, balance y cooperación, se convierten en pilares para la configuración de la separación de poderes, hagamos referencia a la vital importancia de cada uno:

A) La autonomía funcional

Una vez conocida la relación de la democracia y representación política dentro del contenido de la separación de poderes de un Estado constitucional de derecho, la autonomía funcional confirma la división de competencias entre las principales instituciones del Estado. Se trata de un principio que se vale de los dos anteriores para el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y las leyes le otorgan, respectivamente, a cada

institución estatal que ejerce su cuota de poder con independencia, dado que su conformación ha sido fruto de una elección democrática, gozan de una representación política que les permite el ejercicio de competencias constitucionales con legitimidad (Hamilton, Madison & Jay, 2001). Se trata de un principio que opera como una garantía institucional, que prohíbe cualquier tipo de invasión o menoscabo de funciones por otro poder estatal⁷; sin embargo, la operatividad del ejecutivo y legislativo en las formas de gobierno no resulta una suerte de compartimentos estancos, pues, como adelantamos, el principio de separación de poderes admite la colaboración entre órganos, la cual no es espontánea sino debidamente regulada en las disposiciones constitucionales.

B) El balance o equilibrio entre poderes

La Constitución estadounidense fue la primera que instaura la necesidad que los poderes no estén separados de modo tajante, sino que colaboren en la perfección de una decisión política institucional. Desde la publicación de los papeles del federalista se le conoce como *checks and balances*, una suerte o arte de equilibrio que modera las decisiones entre las funciones del poder para evitar arbitrariedades (Friedrich, 1975).

Se trata de un principio que promueve la salud y correcto funcionamiento de la separación de poderes, la cual puede ser tajante o más tajante, no carente de un mínimo de funciones en la cual ejecutivo y legislativo concursan en aras de perfeccionar la decisión política, pero que se encuentren debidamente establecidas y regulado su procedimiento en la Constitución, no sólo mediante una ley orgánica. Como mencionamos, el principio de separación de poderes no debe interpretarse como si se tratara de la suma de tres compartimentos estancos (ejecutivo, legislativo y judicial), sin ningún tipo de relación entre ellos; nada de eso, la Constitución dispone cómo deben operar en aras de consumir la decisión política. En ese sentido, como el propio Tribunal sostiene entre sus argumentos, “[d]e esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de “lealtad constitucional”, el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el

7 Como sostiene el Tribunal Constitucional, el respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos son parte de los mecanismos de equilibrio entre poderes; véase Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 31).

comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política”⁸.

En materia legislativa, el parlamento estudia, debate y aprueba la ley, pero el ejecutivo la promulga, pero, para evitar cualquier tipo de bloqueo, es decir, que el gobierno sólo promulgue aquellas normas que sean de su especial interés, el *speaker*, o titular del Congreso, puede aprobarlas por el procedimiento de insistencia⁹, fruto de la mayoría absoluta de parlamentarios para ser promulgada, publicada y surta efecto; otro ejemplo, se aprecia en la aprobación de tratados, el ejecutivo ratifica un acuerdo internacional y el legislativo lo aprueba para que pueda integrarse al ordenamiento jurídico y surtir efectos en el derecho interno¹⁰. De esta manera, las funciones de poder se encuentran separadas, pero cooperan entre sí, como si se tratara un mecanismo de control extra órgano, pero, como mencionamos, está impedido de invadir competencias de los otros poderes estatales, pues, en ese caso, ya no estaríamos ante una cooperación, sino al menoscabo de la autonomía funcional de un poder del estado contra otro, también integrado por representantes electos democráticamente (Burns, Petalson & Cronin, 1998).

Sobre el equilibrio de poderes, el propio Tribunal en el fallo que resuelve la demanda competencial, nos dice que “(...) no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso (...); para concluir en consecuencia que “(...) se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución y que es parte medular de nuestro modelo”¹¹; precisamente, la “parte medular” que hace referencia nuestro máximo intérprete corresponde al núcleo duro, al mínimo irreductible sin el cual el principio de

8 Cfr. Exp. N°0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 32).

9 El Reglamento parlamentario establece que “(...) reconsideración por el Congreso requiere del voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”; cfr. artículo 79 del Reglamento del Congreso.

10 Véase el artículo 55 de la Constitución peruana de 1993.

11 Cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 31).

separación de poderes quedaría vaciado de contenido, desnaturalizando su sentido y propósito como garantía de funcionamiento de un gobierno constitucional. La autonomía funcional es parte del contenido más rígido de la separación de poderes donde no caben excepciones admitidas por las disposiciones constitucionales (Janda, Berry & Goldman, 1992).

C) El principio de cooperación

La evolución de los parlamentarismos en Europa continental y los presidencialismos iberoamericanos permitieron ciertos cambios para la relación entre poderes. Las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial dieron lugar a una serie de ajustes para las relaciones ejecutivo-legislativo. El primer cambio consistió en el denominado parlamentarismo racionalizado. Con la finalidad de promover la gobernabilidad y estabilidad política, los instrumentos del control parlamentario se pusieron al alcance de las mayorías. El ejemplo más emblemático fue la moción de censura constructiva en la Ley Fundamental de Bonn (1949), que además de establecer un conjunto de requisitos y mayoría calificada para su aprobación, exigía el nombre del sucesor del Canciller que desea ser censurado.

El segundo cambio para las relaciones ejecutivo-legislativo consistió en la flexibilidad de las relaciones ejecutivo-legislativos en las formas constitucionales de gobierno; por ejemplo, la facultad de legislar podía delegarse temporalmente al gobierno para materias debidamente autorizadas por ley ordinaria, pero debidamente controladas por los parlamentos en sus comisiones; asimismo, los proyectos de ley enviados por el ejecutivo con carácter de urgencia serán revisados con prioridad por el Congreso. Otro ejemplo es la posibilidad que el primer ministro pueda nombrar a su gabinete con personas no representantes al Congreso, son dos ejemplos de cooperación entre poderes permitida por las constituciones modernas¹².

Las formas de gobierno clásicas han mantenido con el tiempo una tradición, no han producido cambios drásticos en su interior. La historia, la política y el azar fueron los ingredientes que sumados a la paciencia, tolerancia y empeño dieron lugar a unas relaciones ejecutivo-legislativas que se transmiten a sus políticos de generación en generación. En el caso del Perú, la Constitución de 1860 puso a la pugna entre liberales y

12 Incluso en los parlamentarismos europeos, en España es posible que un ministro no sea representante de las Cortes Generales.

conservadores, incorporando al Consejo de Ministros e interpelaciones que abrieron la puerta al resto de instituciones parlamentaristas con las cartas de 1920, 1933, 1979 y 1993. Las dos últimas dotaron de mayor cooperación a las relaciones ejecutivo-legislativo.

Como primera conclusión, al margen de la forma constitucional de gobierno en cada comunidad política¹³, el regular y sano ejercicio del principio de separación de poderes demanda la observancia y respeto a los tres principios mencionamos, pues, si faltara alguno se estaría vaciando su contenido constitucionalmente protegido; así, si bien las instituciones de hábeas corpus, hábeas data y amparo, garantizan la vigencia de los derechos fundamentales, el proceso competencial es la garantía que se ocupa de la protección en el ejercicio de la separación entre los poderes e instituciones públicas, por infracción de la constitución y la ley. De esta forma, si la dignidad humana es la fuente de los derechos fundamentales en el orden jurídico, la separación de poderes lo es para las relaciones político-institucionales, además del constructo teórico de origen liberal, a través del cual se garantiza la salvaguarda de los bienes humanos que realizan a la persona como titular o centro del derecho; ambos, derechos fundamentales y separación de poderes, se vinculan y complementan para realizar un Estado constitucional de derecho.

IV. Las afectaciones al contenido de la separación de poderes

El principio de separación de poderes demanda unos límites a las funciones estatales básicas para el normal ejercicio de sus competencias. La Constitución dispone cómo se relacionan, ya sea mediante el balance de poderes (el Congreso legisla y el presidente promulga; el gobierno ratifica un tratado, el parlamento lo aprueba), con el control político (investidura, interpelaciones, moción de censura, cuestión de confianza, entre otras) o en

13 En el ejercicio de la separación de las funciones del poder, observamos que puede ser menos tajante (parlamentarismo) o más tajante (presidencialismo). La forma de gobierno parlamentarista es menos tajante porque el primer ministro, titular del ejecutivo, procede del legislativo, elegido por una mayoría congresal propia o por coalición con otros partidos que gozan de representación política. El presidencialismo, en cambio, ejerce una separación más tajante, porque tanto el ejecutivo y legislativo son elegidos en procesos electorales distintos y no coincidentes, cada función del poder, ejecutivo y legislativo, gozan de una legitimidad independiente una de la otra, con mandatos distintos.

forma cooperativa (el presidente propone al Contralor General, el Congreso lo designa). Los parlamentarios acatan una sentencia que inaplica los efectos de una ley ordinaria y la judicatura no interfiere el ejercicio de las funciones representativas, legislativas y fiscalizadoras del Congreso.

Los jueces en el ejercicio de sus funciones no pueden interferir el curso de cualquier investigación parlamentaria, nombramiento de altas autoridades y en el ejercicio de cualquiera de sus competencias constitucionales. La regla se resume en no intervenir en las denominadas “cuestiones políticas” (*political questions*) que se ventilan en el hemiciclo. Si bien el control constitucional en sede parlamentaria es reconocido cuando se afecta el debido proceso en el curso de una investigación, no significa que pueda interrumpirse por tratarse de un menoscabo a las competencias parlamentarias, hasta que un dictamen final y decisión del pleno produzca una afectación a los derechos fundamentales que deberá resolverse en la vía judicial.

En este apartado nos dedicaremos al análisis de los expedientes N° 0006-2018-PI/TC; N° 0006-2019-CC/TC que resolvieron las demandas de inconstitucionalidad y competencial, respectivamente, presentadas por el Congreso de la República contra los límites de la cuestión de confianza y la validez de la disolución parlamentaria decretada por el presidente de la República, así como la consecuencia de interpretar una denegación fáctica de la cuestión de confianza como nueva atribución presidencial. Un medio para reconocer el actual estado y defensa constitucional sobre la aplicación del principio de separación de poderes.

A) La cuestión de confianza obligatoria y facultativa

El presidente del Consejo de Ministros debe exponer la política general del gobierno en el Congreso¹⁴. En el discurso puede solicitar la autorización para la legislación delegada, también una propuesta de aumento del gasto público para ser aprobado en el presupuesto general, exponer nuevas políticas para administrar la hacienda pública, propuestas para regular tarifas arancelarias, negociar empréstitos, entre otras competencias. Por eso, la cuestión de confianza obligatoria tiene la finalidad de producir una relación fiduciaria para el posterior ejercicio de las herramientas parlamentarias de control

14 Véase el artículo 130 de la Constitución de 1993.

político, como las invitaciones, preguntas e interpelaciones¹⁵. La cuestión de confianza facultativa se plantea cuando el primer ministro, o cualquier ministro individual, condiciona su permanencia en el gabinete sino recibe la confianza para el ejercicio de una concreta política del gobierno, siempre sobre las competencias atribuidas por la Constitución.

1. Es un instrumento de exigencia de responsabilidad política

La cuestión de confianza no es una institución de contrapeso como sostiene el fundamento 74 de la Sentencia N° 0006-2018-PI/TC. La moción de censura y el rechazo a la cuestión de confianza son instrumentos para la exigencia de responsabilidad política¹⁶, ambas ponen término a la relación fiduciaria del Congreso con el gabinete o un ministro individual. En cambio, los principios de cooperación y contrapeso promueven la relación ordinaria entre los poderes, por ejemplo, el Congreso legisla y el ejecutivo promulga; el jefe de Estado ratifica un tratado y luego el legislativo lo aprueba, son los llamados *checks and balances* que forman parte de la teoría constitucional clásica.

2. La delimitación de la cuestión de confianza

La delimitación de la cuestión de confianza también se aprecia en las disposiciones constitucionales. El ejecutivo no puede plantearla para impedir una moción de interpelación a los ministros, por estar obligados a concurrir al Congreso cuando los llama para ser interpelados¹⁷. La función de control parlamentario no puede limitarse, lo contrario también sería un menoscabo a la función fiscalizadora del poder legislativo. De igual manera, el presidente de la República tampoco podría interponerse una cuestión de confianza a un proyecto de ley de reforma constitucional, porque su procedimiento constitucional impide que puede observarla. Un límite justificado por tratarse del debate y aprobación por el poder constituyente constituido de una norma del más alto rango jerárquico.

15 Véanse los artículos 129 y 131 de la Constitución de 1993.

16 Véase el artículo 132 de la Constitución de 1993.

17 Véase el artículo 131 de la Constitución de 1993.

B) Una crítica al contenido de la cuestión de confianza para el Tribunal Constitucional

El Congreso de la República aprobó una modificación al literal (e), artículo 86 de la Reglamenteo parlamentario que establecía límites al ejecutivo para el ejercicio de la cuestión de confianza. De modo insólito, los parlamentarios opositores presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa N° 007-2017-2018-CR, que modifica el Reglamenteo parlamentario tras establecer que «no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político». Los alcances de la cuestión de confianza en la Constitución peruana fueron interpretados por el Colegiado en su sentencia Exp. N° 0006-2018-PI/TC. Los argumentos que destacamos fueron los siguientes:

1. La cuestión de confianza es una institución de contenido abierto

El Colegiado interpreta que la cuestión de confianza recogida por el constituyente de 1993 es de contenido abierto, es decir, que puede plantearse por el ejecutivo para buscar respaldo parlamentario a las políticas del gobierno¹⁸. Si bien la afirmación es correcta, su enunciado no significa que pueda plantearse sobre las competencias exclusivas de otro poder estatal, pues ello significaría lo que precisamente el fallo del Tribunal desea evitar: una afectación al equilibrio de poderes. Un principio que tiene la finalidad que las relaciones ejecutivo-legislativo eviten o cuenten con los instrumentos para evitar o poder fin a episodios de crispación política. Se logra a través de la necesidad que para algunas competencias los poderes perfeccionen sus decisiones con el concurso de otro poder; por ejemplo, el proceso de legislación parlamentaria culmina con la promulgación presidencial, pero si ésta no se produce, o es observada, el balance de poderes opera cuando la ley entra en vigencia gracias a su promulgación por el presidente del Congreso, o por insistencia gracias a una votación por mayoría absoluta.

18 “Este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera”; cfr. Exp. N° 0006-2018-PI/TC (Fundamento jurídico 75).

El fundamento de voto del Exp. N° 0006-2019-CC/TC que también hace referencia al contenido abierto de la cuestión de confianza, sostiene que si “(...) el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional está a cargo únicamente del Congreso de la República, y, por tanto, no permite al Poder Ejecutivo impulsar una cuestión de confianza relativa al mismo, se inscribe en una concepción desfasada del concepto de separación de poderes”¹⁹. Contrarios con esta afirmación, sostenemos que el equilibrio o balance opera para ambos poderes. La interpretación que se realice en el marco de las relaciones ejecutivo-legislativo se asemejan a un sistema de vasos comunicantes. Un producto interpretativo erróneo produce la invasión por menoscabo de competencias que resulta inconstitucional para el funcionamiento de cualquier forma de gobierno. La separación de poderes puede ser más o menos tajante dependiendo de la forma de gobierno que se trate, pero no mutan en su interior o se desfasan en su aplicación, debe regir para la salud de las instituciones políticas y su estabilidad.

2. Es un instrumento de contrapeso político

El Tribunal Constitucional considera que la cuestión de confianza es un instrumento de contrapeso, cuando se trata de un medio de exigencia de responsabilidad política junto con la moción de censura²⁰. Los contrapesos, o *checks and balances*, son las relaciones ejecutivo-legislativo que permiten perfeccionar las decisiones entre poderes cuando se legisla, se aprueban tratados internacionales, se propone a un alto funcionario y el Congreso lo ratifica. El ejecutivo no “contrapesa” sino pide respaldo parlamentario a una política general o de un sector del gobierno. Por eso, sólo se plantean para ganar, no para perder. Considerar la cuestión de confianza como contrapeso al legislativo significa asociarla al cumplimiento de la causal de disolución parlamentaria, lo cual resulta un despropósito, pues, su finalidad cambia para convertirse en un instrumento provocador que respalda a la política general del gobierno.

Si la cuestión de confianza es entendida como una facultad del Poder Ejecutivo, cuya finalidad esencial es servir de contrapeso a la potestad del

19 Véase el fundamento de voto del Magistrado Miranda Canales en el Expediente N 0006-2019-CC/TC (Fundamento 12).

20 Véase el artículo 132 de la Constitución de 1993.

Congreso de hacer políticamente responsable a los ministros (mediante la moción de censura), las restricciones a dicha facultad introducidas por la norma impugnada vulnerarían el *principio de balance entre poderes*, que es un rasgo de identidad de nuestra forma de gobierno, el cual no puede ser alterado ni aun vía reforma constitucional sin quebrantar la separación de poderes (artículo 43 de la Constitución).

3. La posición del máximo intérprete

Los argumentos del Colegiado sobre la cuestión de confianza concluyen que la Resolución Legislativa N° 007-2017-2018-CR, que modifica el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, cuando establece que «no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político», es una norma inconstitucional por tres razones:

- a) Por afectar el balance entre poderes, restringe la facultad de los ministros para plantear al Congreso cuestiones de confianza sobre asuntos que demande el poder ejecutivo.
- b) Por desnaturalizar la finalidad de la cuestión de confianza en el marco del principio de la separación de poderes²¹.

4. El contenido de la cuestión de confianza en las formas de gobierno

Para responder a la pregunta partamos por conocer la finalidad de la cuestión de confianza en las relaciones ejecutivo-legislativo. En la Constitución peruana distinguimos dos tipos. El primero es obligatorio cuando se nombra un nuevo presidente del Consejo de Ministros y gabinete. El artículo 130 establece que dentro de los treinta primeros días en el ejercicio de funciones acude al Congreso para exponer la política general del gobierno, planteando al final una cuestión de confianza; si fuese rechazada, no se produce la relación fiduciaria entre ambos poderes y el titular del gabinete y sus ministros deben presentar su renuncia al jefe de Estado. El segundo es facultativo y puede plantearse por cualquier ministro sobre una política concreta de su sector; de serle denegada, el ministro debe renunciar. Luego

21 Véase el Exp N° 0006-2018-PI/TC (Fundamento jurídico 76).

de distinguir cuando se plantean, veamos que su contenido versa sobre las mismas materias competenciales:

- a) En ambos casos, el contenido de la cuestión de confianza versa sobre la política general o sectorial llevada a cabo por el presidente del Consejo de Ministros o el ministro de un sector del gobierno, respectivamente.
- b) Las políticas de gobierno representan el ejercicio de las competencias que la Constitución atribuye al ejecutivo, versan sobre las atribuciones propias de otro poder estatal.
- c) Por lo tanto, no puede plantearse cuestión de confianza sobre el modo de ejercicio de las atribuciones exclusivas a otra función del poder.

La interpretación del Tribunal Constitucional cometió el error que sus argumentos decidieron evitar tras reconocer la separación de poderes, pues, dotar a la cuestión de confianza de un contenido abierto sólo puede interpretarse en el marco de las competencias exclusivas del poder ejecutivo, mas no de las que corresponden de modo excluyente al Congreso. Una interpretación contraria produce un claro conflicto de competencias por menoscabo.

- C) La polémica sobre la denominada denegación fáctica de la cuestión de confianza

La resolución del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de confianza (Exp. N° 0006-2018-PI/TC) se conecta con la posterior decisión del Colegiado en una demanda competencial (Exp. N° 0006-2019-CC/TC) que avaló la decisión presidencial para disolver el Congreso interpretando la validez de una denegatoria fáctica de la cuestión de confianza, contra la decisión parlamentaria de continuar con la sesión agendada para el nombramiento de seis nuevos magistrados al Tribunal Constitucional.

La aludida sentencia del Tribunal Constitucional peruano también contiene un conjunto de aseveraciones respecto a la finalidad de la cuestión de confianza y su interpretación respecto a su forma de aprobación. Son varios los fundamentos jurídicos dedicados a este instituto, los cuales pueden resumirse con los siguientes argumentos²²:

1. El Poder Ejecutivo contaba con competencia para plantear una cuestión de confianza para proponer una reforma a la Ley Orgánica del

22 Véase el Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 239).

Tribunal Constitucional, así como para solicitar la postergación de la elección de los magistrados.

2. La cuestión de confianza estaba motivada por “la especial coyuntura política que aun atraviesa el país” en la cual también coincidían la Defensoría del Pueblo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
3. Dada la negativa del Congreso para suspender la sesión de votación y nombramiento de nuevos magistrados, el Colegiado interpretó su decisión para denegar la confianza al Poder Ejecutivo.
4. Siendo la segunda oportunidad que se denegaba la confianza a un Consejo de Ministros, el presidente de la República estaba facultado para disolver el Congreso de la República de acuerdo con el artículo 134 de la Constitución.
5. El Tribunal Constitucional concluye confirmando la validez del Decreto Supremo N° 165-2019-PCM.

La validez para interpretar un rechazo fáctico al pedido de cuestión de confianza, en una sentencia aprobada por cuatro votos conformes de siete magistrados, admite que el principio de separación de poderes pueda ser inaplicable, toda vez que el ejecutivo desconozca la autonomía funcional del Congreso para el ejercicio de sus competencias exclusivas. Se trata de una resolución que además reconoce una nueva y peligrosa atribución presidencial para el equilibrio de poderes, como es la capacidad de interpretar y dar por manifiesta la voluntad congresal sin que ésta se haya producido expresamente, por los procedimientos señalados en la Constitución y el reglamento parlamentario, un mal antecedente para el correcto y debido funcionamiento de la cuestión de confianza por futuros gobiernos²³.

23 El efecto, el propio Tribunal se pone en esa hipótesis cuando advierte que la excepcionalidad pudiera convertirse en un recurso recurrente del ejecutivo; al respecto, el máximo intérprete advierte que “En efecto, no es negativo para este Tribunal que, frente a una tensión política recurrente e insubsanable, se convoque al titular de la soberanía para que brinde una suerte de veredicto respecto del futuro del país, lo cual se ha materializado en el Decreto Supremo 165-2019-PCM de 30 de septiembre de 2019. De hecho, es saludable que, en una democracia, se llame a las urnas a la población para renovar (o rechazar) la confianza depositada en las autoridades políticas. Sin embargo, un uso reiterado de esta institución podría despojarle de ese halo

La nueva composición parlamentaria elegida para el período 2021-2026 aprobó un proyecto de ley de desarrollo constitucional para acotar la cuestión de confianza dentro de los parámetros constitucionales, es decir, que no sea instrumentalizada con la finalidad de cumplir con las condiciones para disolver el Congreso, sino para que se mantenga como un medio de exigencia de responsabilidad política al ejecutivo, conforme a los artículos 132 y 133 de la Constitución, estableciendo que “la facultad que tiene un ministro y la del presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, de plantear una cuestión de confianza conforme al último párrafo del artículo 132 y al artículo 133 de la Constitución Política del Perú, está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose, entre ellas, las relativas a la aprobación o no de reformas constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos”²⁴.

Uno de los fundamentos de voto en la sentencia se detiene en la materia y forma. Con relación a la materia u objeto de la cuestión de confianza para poder ser planteada; sobre la forma o procedimiento, si su aprobación puede ser expresa o tácita, y sobre la materia, si correspondía o no presentar una cuestión de confianza. Un resumen de los argumentos son los siguientes:

1. La Constitución establece entre las atribuciones presidenciales el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, así como cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales²⁵.
2. El fundamento de voto considera válida la materia sobre la que se planteó la cuestión de confianza para paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

de excepcionalidad que ostenta, y, con ello, su utilidad”; cfr. Exp. N°0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 236).

24 El Congreso de la República aprobó la norma por 74 votos a favor, 41 en contra y 3 abstenciones, autógrafa que al momento de culminar este trabajo todavía sigue en manos del presidente de la República para su promulgación u observancia.

25 Véanse los incisos 1 y 9, artículo 118 de la Constitución de 1993.

3. Con relación a la forma, se argumenta que no puede interpretarse que el Poder Constituyente ha querido que todos los casos se cumplan con una formalidad de aprobación expresa.
4. Sí hubo la voluntad del Pleno del Congreso de la República para no paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, lo cual resulta una denegación de confianza²⁶.

Los argumentos relativos a la materia y forma no resisten mayor análisis cuando el contenido de la separación de poderes, concretamente, la autonomía funcional de un poder, pueda producir la disconformidad en la oposición política o del ejecutivo, pero siempre respetando las competencias exclusivas de un poder estatal; por tanto, no se justifica plantear una cuestión de confianza sobre atribuciones constitucionales de otra función del poder. El deber de cumplir y hacer cumplir las disposiciones constitucionales y resoluciones judiciales no convierte al jefe de Estado en un fiscalizador de las decisiones parlamentarias en aras de su independencia y autonomía, que tampoco están comprendidas en las relaciones de cooperación y balance de poderes establecidas expresamente por la Constitución.

Las decisiones parlamentarias se expresan mediante la votación de los representantes políticos reunidos en el pleno, la máxima asamblea deliberativa del Congreso; al respecto, el Reglamento parlamentario dispone que en el pleno "(...) se debaten y se votan todos los asuntos y se realizan los actos que prevén las normas constitucionales, legales y reglamentarias"²⁷. En ese sentido, entiende que la aprobación de una cuestión de confianza se aprueba mediante votación expresa, como fue aprobada por el hemiciclo y cuyos efectos para revisar y modificar el procedimiento de elección de magistrados al Tribunal Constitucional deba debatirse, votarse y aplicar para el siguiente proceso debido a que los efectos de sus decisiones y leyes no gozan de retroactividad.

La posibilidad de interpretar una aprobación tácita del Congreso se admite en la medida que pueda verificarse desde el Congreso un conjunto de actos de atención o corrección sobre lo planteado en una cuestión de confianza, pero siempre en el marco de las competencias que

26 Véase el Exp. N° 0006-2019-CC/TC (fundamentos de votos 12 a 16).

27 Cfr. Artículo 29 del Reglamento del Congreso de la República.

constitucionalmente le corresponden, así como el deber traducirse la voluntad positiva del pleno en una votación expresa. Por otro lado, la denegación fáctica de la cuestión de confianza no resulta posible, precisamente, porque en el derecho parlamentario las decisiones se toman por mayoría simple, absoluta o calificada de acuerdo con las disposiciones constitucionales y reglamentarias, así la materia de una cuestión de confianza sea sobre una competencia del ejecutivo.

D) ¿Cuáles son las garantías del principio de separación de poderes en el marco de la disolución parlamentaria?

A diferencia de la Constitución peruana de 1979, el *iter* constituyente colocó un contrapeso a la facultad presidencial para de disolver el Congreso, estableciendo un conjunto de garantías al principio de separación de poderes. Una vez cumplida la condición que establece la Constitución peruana, una vez que el presidente de la República esté facultado a disolver el Congreso, surgen una serie de garantías que tienen la finalidad para salvaguardar el principio de separación de poderes que, por ser consustancial a la idea de Constitución, no se debe soslayar antes, durante y al final de un periodo de interregno parlamentario. Se pueden resumir del siguiente modo:

1. Las condiciones para decretar la disolución parlamentaria

Las relaciones ejecutivo-legislativo establecidas en la Constitución peruana, dispone que la censura o rechazo de la cuestión de confianza a dos consejos de ministros, faculta al jefe de Estado para decidir decretar la disolución temporal del Congreso y convocar elecciones extraordinarias, pero la decisión política demanda realidad y las disposiciones constitucionales invitan al ejercicio de la prudencia política para decidir el momento de tomar la decisión, o no, para decretar la disolución del Congreso; cumplida la condición, el jefe de Estado deberá evaluar la coyuntura política, es decir, si convocando elecciones su partido podría alcanzar una mayoría congresal o la posibilidad de establecer consensos en su interior con otras bancadas, pues, la falta de cálculo podría producir un efecto contrario a sus propósitos de alcanzar la gobernabilidad²⁸.

28 En 1997, Jacques Chirac, Jefe de Estado francés, contando con mayoría parlamentaria, decidió disolver la Asamblea Nacional para tratar de prolongarla cinco años más, pero Lionel Jospin, líder de izquierda, sorprende en los resultados electorales y, tras

En consecuencia, debemos partir de la idea que el parlamento no se disuelve *ipso facto* con la aprobación de una moción de censura, o rechazo de la cuestión de confianza, a dos consejos de ministros, sino que da inicio a un periodo donde el jefe de Estado tiene tiempo, hasta un año antes de finalizar su mandato, para evaluar si las relaciones ejecutivo-legislativo han podido alcanzar la gobernabilidad, pues, la debilidad institucional de nuestro ejercicio democrático sugiere reconocer a la disolución como una institución disuasoria a la performance de la oposición; finalmente, si transcurrido un año no se disuelve, se entiende que durante ese tiempo se han podido establecer alianzas con otras bancadas parlamentarias, superando la crisis y quedando sin efecto dicha facultad temporal.

2. Las formalidades a cumplir para decretar la disolución parlamentaria

Transcurrido el tiempo y restando más de un año para concluir el mandato presidencial, si el diálogo permanece infructuoso para establecer consensos, el presidente de la República sigue facultado para decretar la disolución del Congreso y convocar elecciones parlamentarias extraordinarias. Una vez cumplidas las condiciones establecidas para permitir al jefe de Estado la disolución temporal del Congreso, su decisión se manifiesta expresamente con la dación de un decreto supremo que deberá ser refrendado por el primer ministro y contener la fecha de convocatoria a un proceso electoral, que deberá producirse dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, como una garantía que impide dilatar más de lo razonable la democrática reconstitución parlamentaria, además que el ejecutivo no podrá modificar el régimen electoral preexistente a la disolución²⁹.

3. Las garantías que se aplican durante la duración del interregno parlamentario

La Constitución de 1979, que contaba con un Parlamento bicameral, impedía la disolución del Senado³⁰. El artículo 134 de la Constitución de 1993

ganar la mayoría con el apoyo de los ecologistas, Chirac tuvo que nombrarlo primer ministro por cinco años.

29 Véase el artículo 134 de la Constitución peruana de 1993.

30 El artículo 228 de la Constitución peruana de 1979, primera en incorporar la disolución parlamentaria, establecía que sólo correspondía al jefe de estado la disolución de la Cámara de Diputados si censura o rechaza confianza a tres gabinetes.

establece como límite que la Comisión Permanente no podrá ser disuelta³¹. Como garantía producto de la decisión, para evitar un vacío del poder o menoscabo de sus funciones, la Comisión permanente se mantiene en funciones; una garantía para la vigencia del principio de separación de poderes pues, en estricto, corresponde al Senado en un legislativo bicameral para la conservación y ejercicio de los principios de representación y control político. De acuerdo con la Constitución, el titular del Congreso preside las funciones de la Comisión permanente.

Durante el tiempo de ausencia del pleno, el ejecutivo gobierna mediante la expedición de decretos de urgencia, normas de naturaleza extraordinaria, con materia económica y financiera, dando cuenta a la Comisión permanente cada uno de ellos, los cuales deberán elevarse al pleno para su estudio una vez instalado en el nuevo Congreso³².

4. Las garantías al final del interregno parlamentario

La Constitución de 1993 dispone que una vez instalado el Congreso de la República, deberá recibir al Presidente del Consejo de Ministros para que exponga los actos producidos durante el interregno parlamentario³³, es decir, el episodio de la disolución parlamentaria no culmina con el proceso electoral del pasado 26 de enero de 2020, sino con la investidura del primer ministro; por eso, la instalación del nuevo Congreso se inicia con el ejercicio del control político sobre los actos realizados durante la disolución parlamentaria. Se trata de una garantía que promueve el equilibrio entre poderes, es decir, el deber de un poder de controlar al otro.

El artículo 135 constitucional agenda las primeras acciones a realizar por el nuevo Congreso electo. El deber de investir al presidente del Consejo de Ministros y su gabinete, un modo de normalizar, constitucionalmente, sus funciones dado que la Constitución establece que debe, dentro de los treinta días de su funcionamiento, acudir al Congreso, exponer su programa de gobierno y solicitar la cuestión de confianza³⁴. Se trata de regularizar

31 Esta disposición constitucional debe ser concordada con el artículo 45 del Reglamento del Congreso.

32 Desde la aprobación del DS N° 165-2019-PCM, el ejecutivo tiene el promedio de emitir cada tres días un nuevo decreto de urgencia.

33 Véase el artículo 135 de la Constitución de 1993.

34 Véase el artículo 130 de la Constitución de 1993.

los actos pasados durante la disolución parlamentaria, como si el llamado interregno fuese un paréntesis que comienza con el decreto de disolución y que culmina con la aprobación de la cuestión de confianza³⁵; sin embargo, si ésta fuese rechazada por el pleno, el primer ministro y su gabinete deben poner a disposición su cargo al jefe de Estado y, dentro de setenta y dos horas, nombrar un nuevo Presidente del Consejo de Ministros³⁶; por otra parte, aunque la Carta de 1993 no lo prescribe, la sesión de instalación del nuevo Congreso e investidura del primer ministro, también podría significar la derogación de todos los decretos de urgencia y, en la práctica, una vuelta al estado anterior del decreto de disolución.

5. La retroactividad de todo lo actuado ante un proceso electoral inconcluso

La disolución parlamentaria fue la última institución de la forma de gobierno en aplicarse, pero, dado que las elecciones se realizaron el pasado 26 de enero de 2020, nos quedan por aplicar algunas disposiciones complementarias que, tras consumarse la disolución, el resto de presupuestos establecidos por la Carta de 1993 permanecen entre los efectos sin aplicar. El primero de ellos figura en el artículo 136, que se pone en la posibilidad de restitución de facultades del Congreso que fuera disuelto. El constituyente estableció que, si las elecciones no se efectúan dentro del plazo señalado en el decreto de disolución, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades, y destituye al Consejo de Ministros y, en consecuencia, también se dispone que ninguno de ellos, puede ser nombrado nuevamente ministro durante el resto del mandato del parlamento disuelto.

Sobre el contenido y real propósito de esta disposición de garantía, las salvaguardas son ilusorias, especialmente por la debilidad de nuestras instituciones democráticas, sin embargo, el mismo artículo confirma el deseo de los constituyentes peruanos de que las elecciones no dejen de ser generales, pues, el último párrafo nos dice que el Congreso extraordinariamente elegido sustituye al anterior, incluida la Comisión permanente, completando el período constitucional del parlamento disuelto. La finalidad de esta disposición es clara: no habrá elecciones separadas y no

35 Véase el DS N°165-2019-PCM.

36 Véase el artículo 132 de la Constitución peruana de 1993.

coincidentes para la elección del ejecutivo y legislativo, una diferencia con la separación tajante de poderes de los presidencialismos.

a) La vigencia de la separación de poderes no admite excepciones, pero sí garantías durante el interregno parlamentario

El contenido de la resolución del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda competencial declarándola infundada, cae en contradicciones cuando a la vez que realiza una argumentación favorable a la vital importancia, respeto, garantía y condición *sine qua non*, de la separación de poderes en una forma constitucional de gobierno y la propia idea de Constitución, admite la posibilidad de circunstancias que producen un estado de excepcionalidad³⁷; cuando dichos supuestos deben ser debida y expresamente previstos y reconocidos por la Constitución, como ocurre en caso de los regímenes de excepción (el estado de emergencia y de sitio), ambos regulados sobre las causas para poder ser decretadas, los límites del ejecutivo establecidos por la Carta de 1993 (artículo 137) y la posibilidad, o no, suspender los derechos fundamentales donde, a pesar de admitir la posibilidad, parte importante de la doctrina sostiene que no es posible. Los derechos humanos pueden restringirse, temporalmente, de modo más fuerte bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de acuerdo con la Constitución (Castillo Córdova, (a) p. 46).

b) El ejercicio de la disolución se armoniza con el contenido de la separación de poderes

En modo resumen, la disolución parlamentaria prevista en nuestra forma de gobierno, respeta el principio de separación de poderes a través de un conjunto de disposiciones constitucionales que limitan el ejercicio de poder durante el interregno parlamentario. El estricto cumplimiento de la condición que faculta al jefe de estado, la expedición de un decreto de disolución refrendado por el primer ministro con la fecha de elecciones extraordinarias al Congreso, la permanencia de la Comisión permanente

37 El Tribunal Constitucional argumenta que si bien "(...) no queda ninguna duda que el acto de votación es un signo considerable respecto de la decisión del Congreso de la República, pero ello no puede impedir que, en supuestos excepcionales (...), sea posible asumir que incluso una votación favorable puede disfrazar una intención de no brindar la confianza solicitada"; cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 137).

que se mantiene en funciones hasta la instalación del nuevo Congreso, así como la posibilidad del ejecutivo para gobernar mediante decretos de urgencia pero sólo bajo coyunturas extraordinarias, en materias económica y financiera dando cuenta la Comisión permanente sobre la expedición de cada uno.

A las garantías que se inician con el decreto de disolución, se suman las que operan durante el interregno parlamentario y, al final, aquéllas disposiciones que establece dejar sin efecto el decreto, cuando la Constitución advierte que, de no producirse las elecciones extraordinarias previstas en el decreto, los congresistas disueltos recuperan sus facultades representativas, legislativas y fiscalizadoras para completar el mandato parlamentario y destituyen al jefe de gabinete con sus ministros³⁸. La disolución es una atribución reconocida constitucionalmente por causas excepcionales, circunscritas para este supuesto. Se trata de una institución que no debe confundirse con la moción de censura, que requiere un procedimiento y ser aprobada por mayoría absoluta, que tiene la finalidad de restaurar, retroactivamente, el equilibrio de poderes³⁹. La disolución opera más bien como una disposición disuasoria que busca cambiar el comportamiento de la oposición política a un ejecutivo en minoría.

V. La separación de poderes: principio longevo, vigente y sin reemplazo a la vista

El principio de separación de poderes, como el respeto a los derechos libertades, son pilares fundamentales, permanentes y constitutivos de cualquier forma constitucional de gobierno. La aplicación de la disolución parlamentaria reglada por la Carta de 1993 establece unas garantías, antes (cumplimiento expreso de las condiciones establecidas en la Constitución), al momento de decretarse (decreto de disolución refrendado y fecha de elecciones congresales), durante el interregno (la Comisión Permanente no se disuelve y el ejecutivo gobierna mediante decretos de urgencia que da cuenta), y al final con la instalación del nuevo pleno del Congreso (investidura del primer ministro), así como una penalidad en caso no se efectúe el proceso electoral extraordinario (la reinstalación de los congresistas

38 Véase el artículo 136 de la Constitución peruana.

39 Cabe precisar que la Constitución de 1979 (artículo 228) establecía el término “cesar” al Consejo de Ministros, cuando lo más correcto es destituir, como corrige la Carta de 1993.

disueltos, que recobran sus facultades, e inmediata destitución del Consejo de Ministros).

El contenido de la sentencia que resuelve la demanda competencial llama la atención tanto en sus argumentos como los fundamentos de voto, existiendo unanimidad para reconocer los conceptos de separación y equilibrio de poderes, autonomía funcional, lealtad constitucional, así como la cita al artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, que afirma la importancia, *sine qua non*, de los derechos y libertades y la separación de poderes para que exista Constitución, entre otros argumentos a favor, para que culmine declarándola infundada por mayoría tras reconocer un conjunto de circunstancias que se consideran excepcionales para la observancia del mismo principio⁴⁰.

A lo largo de todo lo dicho, una regla que puede inferirse de toda forma constitucional de gobierno es que las circunstancias de “excepcionalidad” que pueden reconocerse en una Constitución o una resolución judicial, no conlleva a otorgar más atribuciones a un poder menoscabando la autonomía funcional de otro, pues, así como existe un principio *favor libertatis* para la correcta interpretación y alcance de los derechos fundamentales, en compensación también debe existir un principio *favor potestatum separationem*, pues, ante la duda o falta de unanimidad de una decisión judicial⁴¹, no cabe favorecer a un poder en desmedro de las competencias de otro. En conclusión, cualquier interpretación que desvíe lo constitucional y expresamente establecido para la aplicar la disolución congresal, resulta una violación y vacío de contenido al principio de separación de poderes; equivalente a la promulgación de una ley que recorte o deje de reconocer un derecho fundamental.

40 Sobre esta afirmación, entre otros argumentos de la sentencia véanse los fundamentos jurídicos número 13, 21 (separación de poderes), 32 (autonomía, lealtad constitucional y no subordinación de un poder a otro), 19 (artículo 16 de la Declaración francesa, citada también en el fundamento 55 del voto del Magistrado Eloy Espinoza Saldaña-Barrera).

41 La sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda competencial fue aprobada por la mayoría de cuatro votos conformes, sin considerar los fundamentos de votos de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Espinoza Saldaña-Barrera (en contra de la demanda), Blume Fortini, Ferrero Costa y Sardón de Taboada (a favor); véase el Exp. N ° 0006-2019-CC/TC.

VI. Referencias

- BURNS, J. PETALSON, J.W, CRONIN, Th. & MAGLEBY, D. (1998). *Government by the people. National, State, and Local Version*, Prentice Hall.
- CASTILLO, L. (2008). "Los derechos fundamentales no se suspenden ni se restringen en un régimen de excepción". *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* N° 9. 46.
- (2007). "Los llamados conflictos de derechos fundamentales" en *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, 323-398.
- FRIEDRICH, C. (1975). *Gobierno constitucional y democracia*. Instituto de Estudios Políticos.
- HAMILTON, MADISON & JAY (2001). *El federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- JANDA; K., BERRY, J. & GOLDMAN, J. (1992). *The Challenge of Democracy. Government in America*.
- LOEWENSTEIN, K (1986). *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona.
- PEREIRA, AC. (2011). *En defensa de la Constitución*, Palestra Editores, Universidad de Piura, colección jurídica.

LA VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA A TRAVÉS DE LOS CASOS



*Daniel Figallo Rivadeneyra**

Sumario: 1. Introducción. 2. Las vacancias y las Constituciones del Perú: una mirada a la historia. 2.1. El caso José de la Riva Agüero. 2.2. El caso de Guillermo Billinghurst. 2.3. El caso de Alberto Fujimori. 2.4. El caso de Martín Vizcarra. 3. Materias que deben abordarse para el adecuado control del poder y su relación con la vacancia del Presidente de la República. 3.1 La reforma de la normativa de partidos políticos y la concurrencia a la voluntad popular y su relación con la vacancia del Presidente de la República. 3.2. La reforma de la inmunidad del Presidente y el procedimiento de vacancia, acusación constitucional y juicio político que se instaure contra el Presidente de la República. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Palabras clave: Vacancia por incapacidad moral, inmunidad presidencial, concurrencia de la voluntad popular, partidos políticos, acusación constitucional, historia constitucional.

* Profesor universitario. Ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos. Ex asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

En el presente artículo planteo como hipótesis que, históricamente, los hechos han prevalecido sobre las normas constitucionales cuando, en situaciones de crisis política, el Presidente de la República es sujeto de una sanción de vacancia. Estos precedentes han impedido que en el Perú se afinque la institucionalidad necesaria para superar las crisis con el adecuado respeto de la Constitución. Para graficarlo, hacemos una revisión de cuatro casos de vacancia: las de los gobiernos de José de la Riva Agüero, Guillermo Billinghurst, Alberto Fujimori y Martín Vizcarra.

El escrutinio histórico nos permite identificar una problemática que es estructural y que evidencia la inadecuada posición de los partidos políticos en concurrencia de la voluntad popular; la exagerada inmunidad presidencial; la ausencia de principios que sirvan de guía al Congreso de la República al momento de realizar su función de control de los actos del Presidente; y la inexistencia de un procedimiento del juicio político adecuado que promueva la racionalidad en las decisiones.

Por ello proponemos modificaciones constitucionales y legales para un adecuado desahogo de las tensiones políticas y que no supongan un asalto del poder de gobierno ante causas que sean ajenas al principio de soberanía popular y que tampoco signifiquen la condena de soportar un gobierno cuyo propósito sea la satisfacción del interés particular.

1. Introducción

La caída del Presidente o Jefe de Gobierno es uno de los asuntos más espinosos en la temática de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, independientemente del régimen de gobierno, tanto desde la perspectiva política como desde la jurídica. Este evento, que viene precedido de una serie de tensiones y crisis en todo el espectro político y social de un Estado, se produce cuando otras instituciones no han podido absorberlas o digerirlas para evitarlo.

Por lo dicho, un estudio cabal de la institución de la vacancia no puede ser ajeno al repaso de los otros institutos constitucionales. En el caso del Perú, nos referimos a la acusación constitucional y a la inmunidad reforzada del Presidente de la República.

Aprecio que durante nuestro devenir histórico no se ha consolidado un sistema institucionalizado que provoque la instalación, acción y evolución de los partidos políticos y, más bien, se ha persistido en un sistema en el que

los consensos no encuentran un adecuado nivel de debate y asimilación y dan cabida a los intereses individuales y la proliferación del clientelismo. Ello mantiene y profundiza el estado de crisis y, como consecuencia, la precariedad del mantenimiento del cargo de Presidente de la República.

2. Las vacancias y las Constituciones del Perú: una mirada a la historia

Si la vacancia del Presidente de la República se produce por factores preceptivos como la muerte, o la incapacidad mental o física, no hay mucho que añadir: el hecho relacionado con la norma prescriptiva llama a la consecuencia. Sin embargo, si la vacancia se produce por la aplicación de normas constitutivas, como la incapacidad para gobernar o la incapacidad moral, su aplicación concreta es esquiva al derecho y más propensa a convertirse en una cuestión política.

Al respecto, la historia de los casos que abordo sucintamente (y como un *amateur* en los afanes de la historia), nos muestra que la aplicación de los principios y de las normas a los hechos concretos en circunstancias de grave crisis institucional que terminan con la caída del Presidente de la República, se alejan de la prescripción o la constitución normativa y su sanción frente a los hechos.

2.1. El caso José de la Riva Agüero

La palabra vacancia referida al cargo de Presidente de la República aparece por primera vez en la Constitución de 1834, aunque ya se encuentra implícita en la Constitución de 1823. Esta, de corte asambleísta, indicaba que al Presidente de la República lo elegiría el Congreso de la República a propuesta del Senado (artículo 60.24) y que el vicepresidente sería llamado a asumir la presidencia en caso de “muerte, renuncia, destitución del Presidente, o cuando llegare el caso de mandar personalmente la fuerza armada”.

Aunque la Constitución de 1823 no llegó a regir, sirvió de pauta para el tratamiento de la “vacancia” del primer Presidente del Perú, José de la Riva Agüero, pues su texto era debatido al momento en que esta se produjo.

Aquella época de definiciones y de crisis devenida de la necesidad de consolidar la independencia e instituir las bases de la República coloca a los actores principales en un escenario de debates que hace muy difícil aislarlos de sus circunstancias.

Por un lado, Bernardo Monteagudo persigue la monarquía constitucional o una “suerte de monarquía republicana” según intenciones que ya había manifestado claramente durante el protectorado (Mac Evoy, 2019: 71 y 57) De otro lado, Faustino Sánchez Carrión y otros “liberales moderados” se enfrascaban en gruesos debates no solo contra la propuesta de la monarquía constitucional, sino también contra las posiciones de Mariano Arce y otros “liberales radicales”. Unos para la construcción de un modelo de separación de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo y otros abogando por un asambleísmo omnipotente que dotara al Congreso de funciones ejecutivas y reuniera en él al Ejecutivo y al Legislativo.

En medio de este movimiento pendular encontramos a José de la Riva Agüero, amotinado en Balconcillo contra la inoperancia de la Junta Gubernativa para responder militarmente a los realistas. Ante la amenaza del militar de disolver el Congreso Constituyente, este le responde nombrándolo Presidente de la República el 28 de febrero de 1823. En puridad, estamos ante un gobierno de *facto*, pero “en la forma” el Presidente fue electo por el Congreso Constituyente. A este episodio se le reconoce como el primer golpe de Estado en el Perú.

Meses después, cuando las fuerzas militares realistas comandadas por Canterac llegan a ocupar Lima, y a la vista de la intención del presidente Riva Agüero de acordar una paz negociada con España, el Congreso decreta, el 19 de junio de 1823, el nombramiento del general Antonio José de Sucre como el conductor del “poder militar con las facultades necesarias, á efecto de que haga cuanto convenga para salvar a la República”. Además, retiran del Ejecutivo a Riva Agüero; el 22 de junio lo cesan “en el ejercicio de sus funciones en los puntos que sirven de teatro de guerra” y al día siguiente lo retiran de la Presidencia bajo esta consideración: “el Gran Mariscal don José de la Riva Agüero queda exonerado del Gobierno” (Obin y Aranda, 1825: 491, 492).

Debemos recordar que el 21 de setiembre de 1822 se publica el nombramiento de la Junta Gubernativa, a cargo de tres miembros del Congreso, y se decreta que el Congreso Constituyente aglomere provisoriamente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo hasta el dictado de la Constitución. Luego se dispone mediante el artículo 4 de la Ley de 15 de octubre de 1822 que la Junta Gubernativa “permanecerá hasta la promulgación de la Constitución, ó hasta que alguna circunstancia exigiere á juicio del

Congreso el que se desprenda del poder ejecutivo, que conserva con arreglo al decreto de 21 de Setiembre”.

El asunto desde la dimensión jurídica no es baladí, pues el órgano que puede disponer de tal desprendimiento -del ejercicio del poder ejecutivo- es el propio Congreso y tal asunto es por mucho confuso, pues no se entiende cómo la Junta pudiera recobrar el Poder Ejecutivo.

La cuestión cobra gran importancia cuando el Congreso decreta la exoneración de Riva Agüero al cargo de Presidente de la República, advirtiéndose del Decreto de exoneración del 23 de junio de 1823 que se produce teniendo en cuenta lo “(...) *expuesto verbalmente por el Presidente de la República a los señores Presidente y a dos diputados del Soberano Congreso, asegurándoles que estaba llano a dimitir el mando (...)*” (CONGRESO, 1823)

No podemos atribuirle al evento de la aludida exoneración los contornos de la figura de la vacancia por renuncia (es decir al hecho de que se le exonera del cargo porque el Presidente estaba llano a dimitir), desde el cumplimiento propio de las reglas o los procedimientos; el propio Mariscal Sucre dirige una comunicación al Congreso solicitando el *cúmplase* del decreto de 19 de junio que eximió de las facultades del poder ejecutivo a Riva Agüero (Obin, 1895, 295), y rechaza el mando del Ejecutivo. Estos hechos documentados arrojan evidencias sobre la verdadera naturaleza de la exoneración al ejercicio del cargo de Poder Ejecutivo que trata de hacerla parecer a una vacancia, inclusive por expresa renuncia o intención de renuncia, pero el proceso se encuentra muy lejos de lo que realmente aconteció.

La “exoneración” fue en puridad una derrota política y no la consecuencia del proceso pacífico de una renuncia aceptada. Riva Agüero, a raíz de tal decisión del Congreso, decretó, desde Trujillo, su disolución e instaló el propio mediante Decreto de 19 de julio de 1823. El teatro de operaciones militar y político quedó así dividido en dos frentes: uno con Sucre y otro con Riva Agüero, sin que la crisis escalase hasta una guerra civil.

Tales sucesos se producen en un momento fundacional, con una revolución que busca consolidar a la nueva República del Perú. La juricidad cede ante los acontecimientos, pero no para desaparecer, sino para adaptarse.

2.2. El caso de Guillermo Billinghurst

En el año 1896 se aprueba la legislación electoral que permite la concentración de este “poder electoral” en una cúpula política cuyo propósito sería el de controlar las elecciones que ya venían minusválidas por el recorte de la habilitación para sufragar solo a quienes sabían leer y escribir.

El preludeo del encumbramiento de Billinghurst hacia la Presidencia se da, de un lado, con las elecciones para la renovación del Congreso de la República (1907) gestionadas por la coalición civil-demócrata y, de otro por las artimañas del gobierno “para poner expedita su maquinaria del fraude” y colocar a su candidato Antero Aspíllaga como sucesor de Leguía (Salinas Sánchez, 2014: 26-29). Valga recordar que la legislación electoral había sido diseñada por los partidos políticos para alternarse en el poder y manipular la voluntad popular controlando a la Junta Electoral que era elegida por los partidos que tenían mayoría en el Congreso conforme lo establece el Reglamento Electoral de 1896 y luego la Ley Electoral N.º 1533 de 1912 (de los 9 miembros que constituirían la Junta, 9 serían elegidos por el Congreso y 1 por el Poder Ejecutivo)

Las manifestaciones y los paros contra el poder electoral y su control sobre las próximas elecciones se extendían por las provincias de Lima y el Callao. El 4 de mayo de 1912, Billinghurst, invocado como posible candidato por el pueblo, lanza su candidatura por fuera de la justa electoral (Torrejón, 2010: 31).

El fenómeno agitador llegaría a su cumbre en los días de las elecciones generales, 25, 26 y 27 de mayo de 1912 durante las “jornadas cívicas”, cuando reclamaciones y eventos violentos boicotearon las elecciones y obligaron a Leguía a iniciar conversaciones con Billinghurst para salir de la crisis (Torrejón, 45-52).

Frente a esta situación de caos e indefinición, el Congreso tomó la batuta (Sánchez: 66). Luego de barajar diversas soluciones, se nombró a una Comisión de Cómputo que concluyó la invalidez de los resultados electorales. Se estableció que correspondía al Congreso elegir al Presidente de la República. Este eligió a Billinghurst con 130 a favor de los 160 (Salinas Sánchez: 100).

Ante este panorama sucintamente descrito, cabe la pregunta de si la elección de Billinghurst fue legítima. Para responder es necesario apuntar

que la Constitución de 1860 dispone que el presidente de la República es elegido por los pueblos, en la forma que prescribe la ley (artículo 80) y según la Ley Electoral de 1860 “no hay elección si no han sufragado, cuando menos, la tercera parte de ciudadanos que tengan derecho a sufragar” (artículo 160); además, el artículo 59.10 de la Constitución señala que es atribución del Congreso “Proclamar la elección del Presidente y de los Vice-presidentes de la República; y hacerla, cuando no resulten elegidos según la ley”.

A la luz de los hechos, resultaba difícil constatar si se había producido la elección conforme a ley, o inclusive, si se habían producido las elecciones. Como podemos apreciar el asunto jurídico es complejo, pero nuevamente las condiciones fácticas que rodearon el momento fueron determinantes para adoptar una opción y que el Congreso nombrara a Billinghamurst.

Si la designación de Billinghamurst como Presidente de la República fue inconstitucional, entonces podríamos afirmar que su gobierno fue *de facto* y, por lo tanto, su vacancia sería más bien el camino para la restauración del poder constitucional. Pero en una República en la que se “constitucionalizan” los eventos por la fuerza de los hechos, nuevamente las instituciones serán funcionales a los hechos adaptándose las figuras jurídicas para otorgar el bautismo y sanear el pecado original. Esta temática es una muestra de nuestra debilidad institucional. Es la no-Constitución histórica.

Ya en el ejercicio del Poder Ejecutivo, Billinghamurst comenzó a usar su poder plebiscitario y un discurso nacionalista y populista que terminó por alejarlo del apoyo de los partidos representados en el Congreso. A ello se sumaron las reivindicaciones de la clase obrera y de los trabajadores, quienes sentían que habían adquirido el derecho de “cogobernar” pero no encontraban eco suficiente para su satisfacción. La crisis mundial y la subida de precios de los víveres en un entorno internacional inestable se hacían sentir, además del déficit fiscal que acusaba las cuentas de la República y la imposibilidad que el presidente encontró en el Congreso para la aprobación del Presupuesto y la ejecución del gasto mediante decretos.

Paralelamente a estos eventos, la prensa alertaba sobre la intención de Billinghamurst de clausurar el Congreso de la República y de instalar una Asamblea Constituyente. Asimismo, se le acusaba de armar a los huelguistas y a algunos comités para formar una milicia que lo defendiese.

La crisis ya no tenía salida y la reunión de los civilistas con el ejército, que Billinghamurst no pudo desmontar, terminó el 4 de febrero con el golpe de Estado de Oscar R. Benavides. Ese mismo día se publicó en el diario *El Comercio* un manifiesto del Congreso de la República, en el que, aludiendo a la “decisión del Poder Ejecutivo de cancelar dictatorialmente los poderes del Congreso y convocar a elecciones generales de Senadores y Diputados”, y a la imposición de una “dictadura fiscal y política” declara que “ha vacado la presidencia de la República porque don Guillermo Billinghamurst está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912 y en el cual cesa desde este momento” (CONGRESO, 1912).

¿Vacancia o golpe de Estado? En lo formal se produce la vacancia por incapacidad moral pues así lo establecía el inciso primero del artículo 88 de la Constitución de 1860 y al Congreso le competía declararla (inciso 12 del artículo 59 de la Constitución). Sin embargo, conforme lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, la consecuencia de la vacancia debió haber producido la sucesión en el mando por Rafael Leguía y no el nombramiento de Oscar R. Benavides, primero como presidente de la junta de gobierno provisional y luego como Presidente de la República.

2.3. El caso de Alberto Fujimori

En términos políticos, a Alberto Fujimori se le califica como un *outsider*. Su discurso populista invita a la conexión directa con el electorado y ataca a los partidos aprovechando el desencanto de las masas para insertar y justificar una “ofensiva antipolítica” (García Montero, Mercedes, 2009: 52, 53).

Fujimori aprovecha el descrédito de la clase política para adentrarse en el autoritarismo y lo hace denostando contra el Congreso de la República, lo que se hace impudicamente visible con el autogolpe del 5 de abril de 1992 y la emisión de los decretos leyes que le sucedieron, comenzando por el Decreto Ley 25418 publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 6 de abril de 1992 por el que disolvió el Congreso de la República. Además, se dictaron decretos leyes que intervinieron prácticamente todos los órganos constitucionales, destituyendo a la mayoría de sus altos funcionarios. Todo ello con el fin de “lograr una auténtica democracia”, tal como se expresa en el referido Decreto Ley.

La dictadura de Fujimori se enfrentó a un escenario hostil en el exterior y en lo político. La forma en la que se “legitimó” en la esfera política nacional e internacional fue convocando, mediante Decreto Ley 25684 de 21 de agosto de 1992, a un Congreso Constituyente integrado por 80 congresistas para reemplazar la Carta de 1979, además de dictar las leyes conforme las atribuciones y facultades otorgadas por la Constitución de 1979 siempre que fueran aplicables según el decreto impuesto por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Es decir, los Decretos Leyes sería intocables (Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Ley 25684). Nótese que sucedió lo inverso a lo ocurrido en 1914.

En la elección del Congreso Constituyente Democrático no participaron los partidos con arraigo histórico (APRA y Acción Popular) ni parte de la izquierda, lo que dejó el terreno libre al autoritarismo fujimorista. (Tanaka, Martín, 2005: 20,21). El Congreso Constituyente Democrático refrenda en el puesto a Fujimori al emitir la ley Constitucional de 6 de enero de 1993 que, solo como una formalidad, declara vigente la Constitución de 1979, deja a salvo los decretos leyes dictados y además declara que el “*El Presidente de la República elegido en 1990 en actual ejercicio es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la Nación*” (García Belaunde, 2005: 581)

Hay mucho más que exponer sobre este momento que parece repetirse una y otra vez en nuestra historia, y así lo ve el Tribunal Constitucional (2003) que en dos sentencias ha tratado el tema del origen, la legitimidad y validez de la Constitución de 1993. Si bien no es un asunto para tratar ahora, sirve para apreciar la fortaleza del argumento de la primacía de los eventos y las deficiencias estructurales en la institucionalidad constitucional que circundan el problema de la pertinencia de un sistema de control del poder por medio de los *check and balances* en la dinámica vacancia-juicio político- disolución del congreso.

Luego de promulgada y vigente la Constitución de 1993, transcurrieron casi 7 años y dos reelecciones. La última reelección fue la exhibición de un poder sin control, y que tuvo un halo de fraude que inclusive ocasionó un hecho sin precedentes cuando la misión de observadores de la OEA se retiró del Perú e informó al Consejo Permanente de dicha organización hemisférica que el proceso electoral había sido irregular y contenía una severa crisis de credibilidad, afirmando que estaba lejos de ser “libre y justo” (OEA, 2000). Al final La Asamblea General de la OEA, lejos de

imponer sanciones, decidió enviar una misión con el objeto de “explorar formas para fortalecer la democracia en ese país” (OEA, 2000).

Es importante anotar que la posibilidad de la tercera reelección de Fujimori se erigió sobre la Ley 26657, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de agosto de 1996, conocida como la Ley de Interpretación Auténtica que interpreta a su favor el artículo 112 de la Constitución Política de 1993. Esta ley fue declarada inaplicable para el caso de Alberto Fujimori por el voto de tres magistrados del Tribunal Constitucional: Rey Terry, Aguirre Roca y Revoredo Marsano, quienes luego fueron destituidos por el Congreso de la República. Fujimori logra que la situación se revierta por intervención de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Jurado Nacional de Elecciones.

Es en este tercer mandato que se produce el fenómeno del transfuguismo en el seno del Congreso de la República. Por medio del soborno y el chantaje a congresistas de otras bancadas, y con el fin de recuperar la mayoría en el Legislativo (el partido del gobierno había logrado solo 52 escaños de un total de 120), el fujimorismo logra la mayoría en el Congreso de la República y captura el control de la mesa directiva del dicho poder del Estado¹.

Pero esto duró muy poco tiempo: el 14 de setiembre de 2000, ante la difusión de un video que acreditaba la compra de curules, se inicia el desbande. Muchos congresistas tránsfugas se vuelven “retránsfugas” y otros abandonan el movimiento que soportaba a Fujimori. La oposición logra el control de la Mesa Directiva al censurar aquella impuesta con los congresistas tránsfugas, y nombra Presidente del Congreso a Valentín Paniagua quien luego sería presidente del conforme a la sucesión que establece el artículo 115 de la Constitución Política ante las renunciaciones aceptadas de los dos vice presidentes de la República

1 La cuestión del transfuguismo ha merecido pronunciamiento del Tribunal Constitucional y, en línea con lo expuesto, anota cuales son algunas de las consecuencias “nefastas” que produce: el falseamiento de la representación política, el debilitamiento del sistema de partidos, favorece la corrupción, deteriora la cultura política democrática y perjudica la gobernabilidad, aun así se expulsa del ordenamiento jurídico una modificación del Reglamento del Congreso que buscó desincentivar el transfuguismo y evitar la fragmentación en el Congreso de la República, con sesudos votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada La sentencia completa se puede leer en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00006-2017-AL.pdf>

Esta revelación sería el inicio de otras que destaparon la corrupción en las altas esferas del poder político y económico y la configuración de una organización criminal que involucró al Presidente de la República.

El deterioro político era de tal magnitud que el 16 de setiembre de 2000 el Presidente de la República Alberto Fujimori brinda un mensaje a la nación anunciando la desactivación del servicio de Inteligencia y la convocatoria a elecciones generales (para la presidencia de la República y para el Congreso) en las que él no participaría (CONGRESO, 2000).

El 13 de noviembre, en plena tormenta política, el Presidente Fujimori viajó fuera del país con autorización previa del Congreso de la República para representar al Perú ante el Foro de la Alianza Asia-Pacífico (APEC) entre otras misiones. Terminó en Japón, destino no autorizado y, desde allí, envió vía fax su renuncia a la presidencia de la República.

El día martes 21 de noviembre de 2000, el Pleno del Congreso de la República debate la vacancia al cargo de Presidente de la República de Alberto Fujimori Fujimori por la razón de incapacidad moral, a la vez que la aceptación de su carta de renuncia. Ambos asuntos en conjunto (incisos 2 y 3 del artículo 113 de la Constitución Política).

En el debate, aunque resulte paradójico, la mayoría de los congresistas que votaron por la vacancia por permanente incapacidad moral, sustentaron su posición en que había renunciado desde Japón y no en el Perú; inclusive, algunos defensores del régimen expresaban su pesar y desconcierto por esta decisión tomada desde el exterior. Sin duda la renuncia impulsó el argumento de la vacancia por incapacidad moral. Sin embargo, también se expusieron por un lado las críticas y denuncias respecto de las acciones que el régimen había desarrollado desde 1990 y por otro una defensa de los logros durante ese periodo (CONGRESO, 2000). La exposición y los argumentos de quienes apoyaron la vacancia era la de una auténtica catarsis, pues incluyó un juicio que escapa a la conducta; un juicio a la política desarrollada por el régimen. Finalmente, con 62 votos a favor, 9 en contra y 9 abstenciones el Congreso de la República declara la incapacidad moral del Presidente de la República Alberto Fujimori en aplicación del inciso 2 del artículo 113 de la Carta Fundamental.

2.4. El caso de Martín Vizcarra

El Presidente Martín Vizcarra asumió el mando como consecuencia de la renuncia de Pedro Pablo Kuczynski, quien evitó así su inminente vacancia. El Presidente Vizcarra también hizo uso de su poder plebiscitario ante el descredito del Congreso y los partidos políticos. Disolvió el Congreso y este se reconfiguró, con una reforma que impide la reelección de los congresistas, y Vizcarra quedó sin partido ni partidarios, y las circunstancias suyas y ajenas lo debilitaron con la misma velocidad que lo elevaron a la Presidencia. Es muy pronto para tomar distancia, y muy poco el espacio para profundizar, por ello solo voy a limitarme al momento de la vacancia sin remontarme a los antecedentes de su asunción al cargo y de su comportamiento en él.

Antes de ser vacado el Presidente Martín Vizcarra se salvó de un intento con el mismo objetivo. Desde la dimensión jurídica, en aquel debate que se produjo el Congreso de la República, el día 18 de setiembre de 2020, el abogado defensor del presidente ante el Pleno acertó marcando un asunto trascendental: los hechos por los cuales se sometía al procedimiento de vacancia eran hechos controvertidos y estaban siendo sujetos a una investigación fiscal. Anotaría que solo si dichos hechos se corroboraban en su certeza podían ser fuente de decisiones institucionales definitivas, como, por ejemplo, una vacancia (CONGRESO 2020). La cuestión aquí planteada tiene arraigo desde el enfoque procesal penal, y el argumento es indestructible desde esa orilla del derecho. También es central desde la dimensión política, pues si el objeto de cuestión radica en la conducta expresada del Presidente de la República, es claro que dicha conducta debe de ser claramente identificable y cierta, además debe tener una entidad suficiente de gravedad que haga necesario evaluar la separación del Presidente del ejercicio del cargo.

Así, dada la poca entidad de las acusaciones y la falta de certeza en los hechos, el argumento de defensa que esgrimió el abogado Roberto Pereyra sirvió al caso concreto. No obstante, considero que aun cuando los hechos no estén acreditados con la suficiente certeza, es posible instaurar el proceso de vacancia precisamente para acercarse a dicha certeza e inclusive evaluar si se está ante una suerte de “prueba indiciaria” que en su conjunto permita atribuir al presidente de la República una conducta que lo convierta en persona indigna para representar al Estado y a la nación,

derrotando al principio de presunción de inocencia. Ello, y la reunión de los votos suficientes del Congreso, concretiza la obligación y el deber del presidente de la República de ser el Jefe de Estado y personificar a la nación conforme lo establece el artículo 110 de la Constitución Política y la facultad de control del Congreso.

La segunda moción de vacancia presentada contra el presidente Martín Vizcarra (Moción de Orden del Día N.º 12684) (CONGRESO, 2020) el 18 de octubre de 2020 se produce a raíz de informes periodísticos que exponen testimonios de aspirantes a colaboradores eficaces en una investigación penal que lo involucraron recibiendo sobornos y beneficiando a empresas para el otorgamiento de buenas pro en licitaciones de infraestructura cuando era gobernador de Moquegua; se suma el hecho de que se propalan audios del presidente en conversaciones con secretarías de despacho en el que se le aprecia tratando de “alinear” posiciones respecto de las pesquisas que se hacían en torno a la contratación de un “asesor” que se había producido supuestamente de manera irregular (dicha contratación fue motivo de la anterior moción de censura).

Nuevamente se trata de hechos no corroborados y que estaban siendo investigados por el Ministerio Público (a la fecha de redacción del presente artículo sigue la investigación en curso), pero la “entidad” o gravedad de los supuestos hechos es mucho mayor que la anterior, ello solo para tener en cuenta la razón jurídica: no se puede “sancionar” a partir de hechos no probados, es débil al momento de aproximarse a la sanción política: el estándar penal para la sanción no operó, al menos en la práctica, para la sanción política. El 9 de noviembre de 2020 con 105 votos a favor, 19 en contra y 4 abstenciones el Congreso de la República vaca al Presidente de la República Martín Vizcarra en aplicación del inciso 3 del artículo 113 de la Constitución Política por la causal de permanente incapacidad moral.

3. Materias que deben abordarse para el adecuado control del poder y su relación con la vacancia del Presidente de la República

La historia de los casos es elocuente y acusa un escaso respeto a las instituciones jurídicas y la prevalencia de los hechos frente al derecho en circunstancias en las que se produce una lucha encarnizada por el poder.

Dicho lo anterior considero que para recuperar la institucionalidad se debe abordar como mínimo lo siguiente: a) La reforma de la normativa

de partidos políticos y la concurrencia a la voluntad popular, y b) la reforma de la inmunidad del Presidente y el procedimiento de vacancia, acusación constitucional y juicio político que se instaure contra el Presidente de la República.

3.1. La reforma de la normativa de partidos políticos y la concurrencia a la voluntad popular y su relación con la vacancia del Presidente de la República

Apreciamos que en el Perú se ha producido una precarización de los partidos políticos que los hace virtualmente incompetentes de producir la concurrencia adecuada de la voluntad popular conforme lo establece el artículo 35 de la Constitución Política del Perú: “Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular”.

La opción que se ha establecido a partir de diversas modificaciones a la Ley de Organizaciones Políticas (Ley 28094) profundiza el problema. Se han reducido los requisitos para su inscripción de modo que conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 30995 del 27 de agosto de 2019 se requiere “la relación de afiliados equivalente, como mínimo el 0.1 por ciento de los ciudadanos del padrón aprobado para el último proceso electoral nacional” y no el 4 por ciento de los ciudadanos que sufragaron en las últimas elecciones de carácter nacional como se dispuso en 2016 (Ley 30414). Solo considerando las últimas elecciones nacionales de 2021, según datos de la ONPE sufragaron 17,713.716 ciudadanos y en el padrón había 25,287.954 electores. Por consiguiente, se han reducido de 708,549 a 25,288 los afiliados requeridos para inscribir un partido político.

La tarea de los partidos para impulsar sus propuestas y lograr la afiliación se ha reducido de tal manera que es posible alinear intereses económicos o gremiales menores o inclusive intereses coyunturales y con ello lograr el propósito de inscribir un partido político sin que signifique la participación en la concurrencia de la voluntad popular para decidir la conducción que del país, sobre todo en el nivel nacional.

Otro aspecto que se debe abordar es el señalado por Martín Tanaka y que en principio suscribo admitiendo que la propuesta resulta provocadora. Me refiero al estudio de la eliminación o limitación del *ballotage* ya

que perpetúa o inclusive propicia la fragmentación del voto y la proliferación de partidos políticos, y cuando la cantidad de partidos es grande, la “batalla” por los votos comienza a ser atractiva, pero para quedar en segundo puesto y no necesariamente para ganar la elección en primera vuelta (Tanaka, Martín, 2005: 123). Esta fragmentación tiene implicancia en la concurrencia de la voluntad popular a través de los partidos políticos, pues si bien el hecho de que se realicen en conjunto la elección para presidente con la del Congreso de la República debería propiciar el voto de arrastre, el asunto se diluye intensamente con la segunda vuelta ya que la elección conjunta pierde sentido para el logro de ese propósito (Crespo Martínez, Ismael, 2019: 181).

En suma, la relación entre el partido del que será el Presidente de la República y la composición del Congreso no se retroalimenta adecuadamente para provocar un voto que los reúna de manera suficiente.

La baja exigencia del “reclutamiento” partidario y su lejanía respecto del trabajo electoral de campo que busque la fidelización sumada a la precepción de que lo político es malo, produce efectos aún más letales en el sistema representativo. Por ello, se ha visto cada vez más la necesidad de que los partidos recurran a “independientes” para que formen sus filas en momentos electorales e integren las listas de candidatos al Congreso. Este fenómeno se aprecia inclusive en la propia fórmula presidencial. A ello se le suma el voto preferencial y la no reelección. La evidencia muestra que se impulsa el individualismo sobre el partido y se aleja al elector del escrutinio de las decisiones corporativas.

Lo expuesto produce que el mapa de la repartición de los escaños en el Congreso varíe sustancialmente, se rehaga permanentemente y, consecuentemente, incida en la instrumentalización de la vacancia.

Desde lo jurídico constitucional considero que se ha vaciado de contenido el artículo 35 de la Constitución Política del Perú y solo es posible una reconfiguración electoral que la rellene desde la sede política. La opción que se plantea de “abrir la cancha” a nuevos actores sin realizar un análisis estructural como viene ocurriendo profundiza el problema en lugar de solucionarlo.

3.2. La reforma de la inmunidad del Presidente y el procedimiento de vacancia, acusación constitucional y juicio político que se instaure contra el Presidente de la República

El 117 de la Constitución señala cuáles son los supuestos por los que se puede acusar al Presidente de la República: 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), e impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. El artículo 113.2 de la Carta Fundamental señala que la presidencia de la República vaca por su permanente incapacidad moral declarada por el Congreso de la República.

El profesor Domingo García Belaunde considera que la vacancia por incapacidad moral del Presidente de la República aparece en nuestro sistema como una “cláusula de escape” dado el blindaje que en la Constitución se le brinda respecto de la acusación que puede sufrir durante su mandato y que solo se reduce a cuatro supuestos. Añade que la vacancia por incapacidad moral se asemeja al *impeachment* de tradición constitucional norteamericana, el que procede incluso para faltas o delitos no graves, aunque con un procedimiento sui generis, y que “pese a ser una institución que tiene 180 años, casi no se ha usado” en nuestro país (García Belaunde, 2018: 34-45).

Suscribo lo expuesto aportando que cuando la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica incluye la frase “*High crimes and misdemeanors*” como causal de instauración del juicio político que pueda llevar a vacar al Presidente de la Federación, no se limita a lo que para nosotros hoy son “crímenes y faltas” y tampoco lo fue cuando así se estipuló originalmente. La concepción de “crimen y falta” estaba asociada a la grave conducta que el Presidente (o cualquier otro alto funcionario) podía adoptar poniendo en riesgo la integridad del cargo².

2 En este sentido el profesor Frank O Bowman III señala que “*There are two strong arguments against the idea that the phrase requires criminal behavior: a historical one and a practical one. The history of the phrase “high crimes and misdemeanors” and of how it entered our Constitution establishes beyond serious dispute that it extends far beyond mere criminal conduct. The practical reasoning is in some ways more important: A standard that permitted the removal of presidents only for indictable crimes would leave the nation defenseless against the most dangerous kinds of presidential behavior*” Bowman III, Frank O. (2019) The Common Misconception About “High Crimes And Misdemeanors” en The

En efecto, el procedimiento de *impeachment* en Estados Unidos de Norteamérica se ha instaurado contra muchos funcionarios y en muchos casos no ha estado relacionado con crímenes y faltas en el sentido penal, sino más bien en el sentido de la conducta. Es más, en el debate para su incorporación en la Constitución Norteamericana se incluye porque la opción de solo “*treason or brybery*” era extremadamente limitada, barajándose colocar “*maladministration*” que finalmente se descartó.

Hamilton (1788), que defendió la competencia del Senado para determinar la vacancia del Presidente de la República, expuso respecto del sometimiento de los altos magistrados a la jurisdicción del *impeachment* que “*The subjects of its jurisdiction are those offenses which proceed from the misconduct of public men, or, in other words, from the abuse or violation of some public trust. They are of a nature which may with peculiar propriety be denominated POLITICAL, as they relate chiefly to injuries done immediately to the society itself.*” Y similar posición adoptó Madison (1787) en debate de la ratificación de la Constitución.

Hechas las notas que servirán luego para el desarrollo de siguiente acápite considero acertada la posición de Domingo García Belaunde; hay un grave problema en la limitación que se tiene para acusar al Presidente de la República en caso de graves atentados contra la dignidad del cargo según lo expuesto en el artículo 117 de la Constitución y, en efecto, la válvula de escape aparece en la vacancia por incapacidad moral. La mutación que se viene dando en el artículo 117 es reflejo de ello. En efecto, a mi criterio, cuando el constituyente adopta el verbo “acusar” en la disposición lingüística contenida en el artículo 117 de la Constitución no se refiere a la acusación penal sino a la sindicación, al señalamiento, a la denuncia, en el sentido común adoptado por la Real Academia de la Lengua Española; sin embargo, el blindaje es tan amplio y desmedido que, ante graves hechos que colocan al Presidente de la República directa o indirectamente ligado a presuntos delitos cometidos, el término “acusar” adquiere otro significado. En el momento de este artículo, el Ministerio Público ha adoptado esa postura al permitirse iniciar investigaciones contra el Presidente de la República. Veremos que sucede cuando estas lleguen a su fin.

Atlantic, USA. El artículo se puede consultar en <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/10/what-does-high-crimes-and-misdemeanors-actually-mean/600343/>

Por su lado, Francisco Eguiguren expone que el hecho de que el órgano competente para determinar la vacancia sea político (el Congreso) no implica que las causales que determinan el juicio en dicha sede sean políticas. Añade que las causales políticas se entienden en el régimen presidencialista o presidencial “parlamentarizado” como las que provocan la censura o la falta de confianza, y estas no son aplicables al Presidente de la República que carece de responsabilidad política. Por ello se produce una distorsión cuando la figura de la vacancia presidencial se utiliza como un instrumento para destituir al Presidente solo haciendo uso de los votos que para ello se requiere, transformando el modelo constitucional e ingresando a lo que muchos han calificado como “golpe de estado parlamentario” (Eguiguren, 2018: 197-199).

La pertinencia de lo expuesto por Eguiguren implica necesariamente disponer del límite necesario para que el “juicio político” de la vacancia no se convierta en una censura o denegación de la confianza, pues el Congreso ni es el competente para ello ni el Presidente es necesitado de ello, en otras palabras, no puede someterse a juicio la política adoptada por el gobierno, y tampoco si ha cometido o no delitos el gobernante.

La cuestión estriba en desarrollar una reforma constitucional que permita incorporar en línea de principio aquello que es pasible de calificar como la “permanente incapacidad moral” ante la imposibilidad de tasar todas las conductas que pueden ser pasibles de aquel juicio y sanción³; es decir se debería formular que la incapacidad moral en razón de la evidencia cierta de que la conducta del Presidente ha atentado contra los valores que la sociedad comparte y acepta comúnmente y ha afectado la dignidad del cargo, siendo indispensable su separación en tanto genera una profunda inestabilidad social⁴.

A lo dicho se debe añadir una reforma constitucional del artículo 117. En dicha formulación debe permitirse expresamente que el Presidente

3 El magistrado Blume Fortini, en su fundamento singular emitido en la sentencia 00002-2020-CC/TC destacó el asunto; ver Sentencia del Tribunal Constitucional 778/2020, fundamento de voto del Magistrado Ernesto Blume Fortini, fundamento Jurídico 6, págs. 15 y 16, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf>

4 Este asunto fue abordado por los Magistrados Ledezma y Ramos en sus votos expuestos en la sentencia 000020-2020-CC/TC. Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 778/2020, fundamento de voto de los Magistrados Ledezma y Ramos, fundamento Jurídico 53, pág. 46, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf>

pueda ser investigado y acusado por crímenes graves contenidos en el Código Penal, adaptándose de mejor modo la fórmula de suspensión temporal en el ejercicio del cargo. Valga anotar que tanto el artículo 117 como el artículo 113.2 deben de pasar a ser atribuciones del Congreso de la República y no del Poder Ejecutivo (salvo la referencia obligada).

Asimismo, considero indispensable modificar el Reglamento de la “acusación Constitucional” y diseñar un procedimiento propio para el caso de la vacancia del presidente de la República que siga las pautas del procedimiento establecido en el artículo 89 A del Reglamento del Congreso de la República.

Por otro lado, es necesario que se establezca la bicameralidad y sea el Senado el que determine la vacancia o, en todo caso, la inhabilitación; de no ser así posible, el procedimiento debe involucrar a la Comisión Permanente como si fuera una cámara baja solo para acusar y al Pleno, sin la participación de la Comisión Permanente, para vacar. Ello con requisitos de mayor concurrencia de votos para la adopción de decisiones tanto para la denuncia, como para la adopción de su admisibilidad, procedencia y resolución.

4. Conclusiones

La vacancia por incapacidad moral del Presidente de la República se erige confundiendo el control político del gobierno con el control de las conductas del Presidente que lo hacen indigno de conducir a la nación.

La precariedad institucional y el irrespeto de la Constitución Política en circunstancia de crisis se vuelve funcional a los hechos sociales, políticos y económicos, excediendo los límites de la interpretación constitucional. Así, el origen del mandato y su falta de legitimidad sirve para la expulsión del Presidente de la República sin respetar la Constitución.

Se evidencia un desarraigo entre los partidos políticos y la concurrencia de la voluntad popular que provoca una representación nacional ajena a lo que el elector expresa en el ejercicio de su derecho de sufragio y que incide en la debilidad de la Presidencia de la República y la ausencia de racionalidad en el juicio del Congreso de la República.

Se propone reformar la Constitución Política en la parte referida a la vacancia por incapacidad moral dotándola de las pautas de principio

que sirvan de interpretación al propósito del control de las conductas del Presidente de la República que puedan afectar gravemente la dignidad del cargo y el orden social.

Se propone reformar la Constitución Política del Estado para ampliar el catálogo de delitos respecto de los que puede ser acusado el Presidente de la República durante su mandato.

Se propone establecer un procedimiento especial en el Congreso de la República cuando se acuse al Presidente de la República que permita adoptar decisiones en base al principio de razonabilidad con las garantías suficientes de defensa del acusado y los mecanismos suficientes para dotar de la máxima certeza posible a las conductas juzgadas.

Para dotar de estabilidad al proceso de asunción, ejercicio y límite del poder, se propone abordar el problema estructural de la poca o nula participación de los partidos políticos en la concurrencia de la voluntad popular, estimulando su institucionalidad y desalentando el clientelismo y la radicación de intereses ajenos a los de la nación.

BIBLIOGRAFÍA

- Billinghurst, Guillermo (1914) *Mensaje a la Nación*. Disponible en <https://www.congreso.gob.pe/Docs/participacion/museo/congreso/files/mensajes/1901-1920/files/mensaje-1914-6.pdf> [consulta julio 2022]
- Bowman III, Frank O. (2019) *The Common Misconception About 'High Crimes And Misdemeanors'* en *The Atlantic*. USA. Disponible en <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/10/what-does-high-crimes-and-misdemeanors-actually-mean/600343/> [consulta julio 2022]
- Congreso de la República del Perú (1823). D. 23 de Junio de 1823. Disponiendo que el gran mariscal D. José de la Riva Agüero queda exonerado del gobierno y autorizando a D. Francisco Valdivieso para el despacho del Gobierno. Disponible en <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/files/pdf-presidentes/8.pdf> [consulta julio 2022]
- Congreso de la República del Perú (1912). Disponible en <https://www.congreso.gob.pe/Docs/participacion/museo/congreso/files/mensajes/1901-1920/files/mensaje-1914-6.pdf> [consulta julio 2022]
- Congreso de la República del Perú (2000) *Diario de Los Debates, Segunda Legislatura Ordinaria de 2000, 4ª Sesión, 21 de noviembre de 2000*. Disponible

- en <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/052564B400212FE1052569A000562CB7> [consulta julio 2022]
- Congreso de la República del Perú (2020) Diario de Debates. Segunda Legislatura 17ª Sesión, 18 de setiembre de 2020. Disponible en <https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/diariodebates/files/diario-debates/slo-2020-17.pdf> [consulta julio 2022]
- Congreso de la República del Perú (2020). Moción de Orden del Día N.º 12684. Disponible en https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Mociones_de_Orden_del_Dia/Vacancia/MC12384-20201020.pdf [consulta julio 2022]
- Eguiguren Praelli, Francisco (2018) *La tendencia del el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente. En La vacancia por incapacidad moral*, Arequipa, Perú. Universidad Nacional de Santa María.
- Fujimori, Alberto (2000) *Mensaje a la Nación del Presidente de la República*, Ing. Alberto Fujimori Fujimori. disponible en <https://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/mensajes/mensaje-nacion-16-09-2000> [consulta julio 2022]
- García Belaunde, Domingo. (2016) *Las constituciones del Perú*, 3ra. Ed. Lima, Jurado Nacional de Elecciones
- García Belaunde, Domingo. (2018) *El juicio político en la encrucijada, vacancia y renuncia presidencial en el Perú*. En: *La vacancia por incapacidad moral*. Arequipa, Perú Universidad Nacional de Santa María
- Hamilton (1788) *The Powers of the Senate*. En *The Federalist Papers*: N° 65. Disponible en https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed65.asp [consulta julio 2022]
- García Montero, M. (2009). *La década de Fujimori: ascenso, mantenimiento y caída de un líder antipolítico*. *América Latina Hoy*, 28. Disponible en <https://doi.org/10.14201/alh.2767> [consulta julio 2022]
- Mac Evoy, Carmen (2019) *En pos de la República. Ensayos de historia política e intelectual*. 2da. Ed, Lima, Instituto de Estudios Peruanos.
- Madison, (1787) *Madison Debates July 20*. Disponible en https://avalon.law.yale.edu/18th_century/debates_720.asp. [consulta julio 2022]

- Obin, Manuel y Aranda, Ricardo (1895), Lima, Imprenta del Estado.
- Organización de Estados Americanos. *Observación Electoral en el Perú, Elecciones Generales 9 de abril de 2000. Observaciones Electorales, Serie Américas, N.º 26*. Disponible en https://www.oas.org/sap/publications/2000/moe/peru/pbl_26_2000_spa.pdf [consulta julio 2022]
- Organización de Estados Americanos (2000) *Comunicado de prensa (C-119/00) junio 15, 2000*, disponible en <http://www.oas.org/OASpage/press2002/sp/a%C3%B1o2000/junio2000/119.htm> [consulta julio 2022]
- Salinas Sánchez, Alejandro (2014) *La época del "Pan Grande": Billinghurst presidente, 1912-1914. En Seminario de Historia Rural Andina*. Lima, Perú. Universidad Mayor de San Marcos.
- Tanaka Martín (2005). *Democracia sin partidos. Perú, 2000-2005*. Lima, Perú. Instituto de Estudios Peruanos.
- Torrejón Muñoz, Luis Alberto (2010) *Rebeldes republicanos: la turba urbana de 1912*. Lima, Perú. Red para el desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.
- Tribunal Constitucional del Perú (2002). *Sentencia 00014-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico 52*, disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html> [consulta julio 2022]
- Tribunal Constitucional del Perú (2003) *Sentencia 00014-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 6*, disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html> [consulta julio 2022]
- Tribunal Constitucional del Perú (2017) *sentencia 0006-2017-PI/TC y votos singulares de Blume Fortini y Sardón de Taboada*. Disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00006-2017-AI.pdf> [consulta julio 2022]
- Tribunal Constitucional del Perú. (2020). *Sentencia 000020-2020-CC/TC, fundamento de voto de Ledezma y Ramos y voto singular de Blume Fortini*. Disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf> [consulta julio 2022]

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE



*Fernando Berrios Gutarra**

Sumario: Introducción. I. La vacancia por incapacidad moral en la Constitución Política del Perú 1993. 1. La regulación contenida en el Art. 113° de la Constitución. 1.1. Estructura de la disposición Constitucional. 1.2. La Declaración de la incapacidad moral permanente. 1.3. Respecto a la incapacidad moral permanente como incapacidad mental permanente. 1.4. Los efectos jurídicos inmediatos de la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente. II. La regulación contenida en el Art. 115° de la Constitución. III. El procedimiento para la declaración de la incapacidad moral permanente del presidente. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Los objetivos de este artículo son crear la regulación de la incapacidad moral permanente para salvaguardar el correcto uso de las vacantes presidenciales, definir la incapacidad moral permanente y exponer las repercusiones de las vacantes presidenciales para el Estado peruano. Estos objetivos se lograrán al decidir la regulación de la incapacidad moral permanente para salvaguardar el correcto uso de las vacantes presidenciales.

* Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Abogado por la Universidad Privada de Tacna y Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Después de que “la aceleración de la construcción normativa de la vacancia presidencial por incapacidad moral persistente fue inestable y tuvo efectos deletéreos”, el Perú se encontró en este predicamento; lo malo fue que la vacancia por incapacidad moral promovió acciones extremas en destacados protagonistas” (García, 2013).

Las representaciones exageradas del pueblo surgieron poco después del vacío causado por la incompetencia moral. Además, “nuestro arreglo constitucional salvaguarda al presidente de tal manera que sólo llega a ser asaltado por alguna infracción penal o constitucional poco después de haber terminado su mandato.” (Pérez, 2015). Sin embargo, además de esta fuerte defensa, la Constitución también proporciona el gran y desafiante concepto de la vacante por incompetencia moral, que puede llevarse a cabo en cualquier momento.

Por otra parte, “todo diseño constitucional tiende a tener una grieta, un guión poco claro e impreciso, o una válvula de escape colocada allí a propósito o sin querer”, como dijo un autor”. (Pérez, 2015)

Por otro lado, la historia legislativa del Perú, comenzando por la Constitución Política de 1839 y continuando hasta la actualidad, hace sobradamente evidente que la razón de la vacancia del cargo de presidente del Perú es la ineptitud moral, con excepción de algunas pequeñas alteraciones de tecnicismos. Esta regulación se remonta a la época en que el Perú tuvo su primer presidente” (García, 2013). Más puntualmente, en el artículo 113 de la Constitución del Estado del Perú de 1993, que dispone “que el Presidente sea vacado por 05 razones; siendo el presente artículo número 2 “*su incapacidad moral o física permanente, reconocida por el Congreso*”. Poseería que para poder extender su derecho de protección en esa razón fundamental así como esa microscópica causa esencial.

Por ello, “existe un origen desemejante entre la acumulación de la totalidad de las causas de vacancia y la causa particular de incapacidad moral” (Quiroga, 2003)

Por lo tanto, “la incapacidad moral a la que alude el numeral 2 del artículo 113 de la Constitución no se fundamenta en una moral religiosa, ya sea apostólica o de cualquier otra índole”, como lo señala la Constitución. “La moral que se destaca en esta disposición constitucional está relacionada con las normas de ética gubernamental que se deben

seguir en cualquier sociedad democrática que se adhiera al derecho vigente". (Guerra, 2010)

"El caso que más se aproxima a éste es el del ex presidente Fujimori, que renunció a su cargo de presidente de Perú cuando aún estaba en funciones, en noviembre de 2002, y envió su dimisión por fax desde Japón al Congreso peruano. La Cámara de Representantes no aceptó su dimisión y, en cambio, decidió proclamar su vacante por incompetencia moral. Esta decisión se tomó por votación y fue confirmada por una estrecha mayoría de los miembros del Congreso que estaban presentes en ese momento. Si bien es cierto que hubo varias infracciones contra Alberto Fujimori, sólo hubo la típica desconfianza porque en ese momento no había pruebas de nada, y el fundamento de su vacancia se basó en que no quería regresar al Perú.

En este sentido, "existen otros precedentes en la historia peruana, que se remontan a los años del primer presidente del país, José de la Riva Agüero, quien fue destituido en 1823 por la correspondiente incapacidad moral, basada en el desequilibrio político que provocó la conclusión de su disposición tras varias oposiciones con el Congreso". (Guerra, 2010)

Otro ejemplo de este tipo ocurrió en 1914 con Guillermo Billinghurst, "quien pretendió destituir a la Legislatura y pedir una consulta pública, dada la paupérrima correlación entre el Ejecutivo y el Congreso, que derivó en la destitución del presidente por incompetencia". (Guerra, 2010)

Por otra parte, los casos genuinos que se mencionaron al inicio del apartado anterior a éste, colocan en un contexto muy claro y esclarecedor "los desafíos de la incompetencia moral como justificación de la vacancia presidencial". "Porque, en situaciones recientes, son las oposiciones de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo las que establecieron la remoción del mandatario con base en el pretexto de la incompetencia moral, así, bajo el término de vacancia, se camufló más como una evaluación de un juicio político". (Obando, 2002)

Es así que, "consideramos que la incapacidad moral como causal de vacancia del mandatario no se ajusta al modelo peruano de procedimiento presidencial", el cual posee como una de sus ejes centrales que el máximo titular del Ejecutivo detalle su poder político en el período constitucionalmente detallado. En el mismo sentido, es fundamental contrastar los

cuadros de infracción normativa e incompetencia moral, con el fin de eliminar un ilícito que se interpone entre ambos.

Por ello, “la infracción legislativa es una institución deliberadamente ambigua y exhaustiva. Mientras tanto, la previsión de la incapacidad moral que se encuentra en la constitución es concurrente con las exigencias de un Estado de Derecho Legislativo, además de atender a la correspondiente gobernabilidad y permanencia, lo que detallaría que podría ser laudable de ejecutar a esas conductas de riesgo”.

“Incluso si no hay violaciones o infracciones de un juicio político, el daño de tal magnitud a la dignidad presidencial que conducen hace imposible que siga sirviendo en su trabajo”. (Quiroga, 2003)

Palabras clave: Incapacidad moral permanente, Juicio político, Vacancia presidencial

I. LA VACANCIA POR INCAPACIDAD MORAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993

La vacancia del cargo de Presidente de la República por incapacidad moral fue establecida mediante el numeral 2 del Art. 113° de la Constitución Política vigente. Esta vacante se regula, de forma suplementaria, en el Art. 115° de la normativa constitucional. Por otro lado, el proceso para su aplicación tiene regulación por el Art. 89-A° del Reglamento del Congreso de la República.

A la luz de este hecho, la exposición sobre el marco de la normativa de esta entidad se desglosará en 4 grandes apartados: el primero, que corresponde a la regulación que se contiene en el Art. 113°, se estudiará la declaración de no capacidad moral permanente proveniente del Congreso como un supuesto de hecho que dará lugar inmediatamente a la vacancia del mandatario, y se contendrá también la posibilidad de determinar a esta figura otros resultados que no están detalladamente reconocidos en el texto de la constitución; La segunda, que tratará el tema de la continuación en la actividad del cargo de presidente como consecuencia puntual de la correspondiente vacancia, corresponderá a las regulaciones contenidas en el Art. 114°; el tercero, que tratará del procedimiento para la ejecución de esta institución, se ajustará a lo dispuesto en el Art. 89-A° del Reglamento del Congreso; en la parte final de esta discusión, examinaremos las diferentes formas en que esta institución puede ser utilizada como instrumento

político, y también discutiremos los desafíos que están asociados con las diversas garantías que deben resguardar durante el procedimiento que conducirá a la implementación de este instrumento de la constitución.

1. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 113° DE LA CONSTITUCIÓN

1.1. Estructura de la disposición Constitucional

La primordial cláusula constitucional aplicable a la presidencia que queda vacante por incompetencia moral permanente se ubica en el número 2 del Art. 113°, que dice lo correspondiente:

“Artículo 113. – La Presidencia de la República vaca por

1. (...)

2. Su permanente incapacidad moral (...), detallada por el Congreso.

3. (...)”

Este pasaje establece la presencia de una norma¹ que puede resumirse de la siguiente manera “Cuando el Congreso considere que el mandatario está incapacitado moralmente de manera permanente, debe renunciar a su cargo”. La declaración de parte del Congreso de la incapacidad moral permanente es, pues, el supuesto de hecho para la aplicación de esta norma; y, como efecto jurídico inmediato y directo, la vacancia del mandatario.”

En consecuencia, el examen de la norma que se incluye en esta disposición se realizará tomando en consideración cada uno de los factores que se enumeran a continuación.

1.2. La Declaración de la incapacidad moral permanente

Se establece, según el contenido textual de la disposición constitucional que se examina, que cuando la incapacidad moral permanente del mandatario declarada por el Congreso, éste vaca su cargo; no obstante, el Art.

1 Considerérese que la fuerza discursiva de este argumento se vería muy disminuida si se tratara de racionalizar aquellos castigos políticos que, independientemente de la destitución del individuo, restringen su derecho al sufragio pasivo. El derecho al sufragio pasivo podría describirse, por tanto, como “(...) el derecho de todo ciudadano, es decir, de toda ciudadana, a ser elegido como representante de los demás y, en consecuencia, el derecho a acceder y continuar en el ejercicio del cargo representativo para el que ha sido elegido”. (Pérez Royo, 2012, pág. 358).

113° no establece la oportunidad en que el Congreso está facultado (¿u obligado?) a declarar esta correspondiente incapacidad. Al respecto, se pueden considerar las correspondientes posturas:

- a. Según el Art. 89-A del Reglamento del Congreso, la simple aprobación de una moción de propuesta de vacante por 2/3 del número legal de congresistas sería suficiente para obligar al Presidente a dimitir, independientemente de los hechos anteriores. Por otro lado, la declaración de incapacidad moral permanente podría ser entendida por el Congreso como un acto independiente del mismo. Esto sería suficiente para cubrir la vacancia.

De esta manera, la validación de la declaratoria de incapacidad moral permanente y, en consecuencia, de la vacancia del mandatario, no proveniría de una acción de evaluación efectuada por el Congreso en relación a la conducta del mandatario, sino que la validez proveniría de la voluntad de los parlamentarios al aprobar la declaratoria de incapacidad del mandatario. En consecuencia, el Congreso no estaría obligado a atribuir un acto inmoral al mandatario para declararlo moralmente incompetente de forma permanente. Del mismo modo, el Presidente no tendría que demostrar que ha llevado a cabo con éxito un acto inmoral para que el Congreso lo declare moralmente incompetente.

Esta viable interpretación se fundamentaría en la clasificación de “discrecionalidad significativa” que fue creada por el Tribunal Constitucional (T.C.) en la Sentencia N° 0090-2004- AC/TC.

A pesar de que esta sentencia se refería a la discrecionalidad de la administración, la “gran discrecionalidad” es una clasificación apropiadamente ejecutable a la acción de algún poder político; ya que fue detallada por el T.C., en el numeral 9 del apartado 5 de la sentencia, como “(...) en la que el margen de arbitrio para establecer no está limitado ni restringido por ningún Por lo tanto, la institución (administrativa) que está dotada de competencias no controladas es libre de hacer cualquier elección que considere conveniente para sus propios fines”. Si bien la Corte afirmó en el mismo párrafo que esta clase de discrecionalidad “(...) está anclada a la supervisión política y, residualmente, a supervisión jurisdiccional, en relación a la confirmación de su presencia legal, su extensión de espacio y material, lapso de ejercicio autorizado, manera de expresión legal y acatamiento de las formalidades del proceso”, con el estudio se demostrará que varios de estos límites de la entidad no se encuentran

apropiadamente detallados, y ello a pesar de que la Corte afirmó que está sujeta a control político y, residualmente

En este sentido, podría generarse un argumento que sostenga que las sanciones políticas no poseen afectación a un derecho personal, sino a una ubicación ocupada por un individuo en función de una investidura pública²; además, podría generarse un argumento que se refiera a que la dinámica entre los diversos poderes conformados se rige por un conjunto de normativas, en el que se pone de manifiesto el protagonismo que abarcan las competencias formales y las tensiones de la vida política. Ambos argumentos podrían utilizarse para apoyar la en el ámbito de la política³.

2 Considerérese que la fuerza discursiva de este argumento se vería muy disminuida si se tratara de racionalizar aquellos castigos políticos que, independientemente de la destitución del individuo, restringen su derecho al sufragio pasivo. Una definición más precisa sería "(...) es el derecho de cada ciudadano individual a presentarse a la elección de un cargo público y a ser elegido por sus conciudadanos para que pueda servir al interés público representando los intereses de los demás, y esto incluye el derecho de cada ciudadano individual que es elegido para ocupar un cargo público a seguir haciéndolo". (Pérez Royo, 2012, pág. 358)

3 En este sentido, se podría hablar de un "orden concreto", aunque hacerlo distorsionaría la verdadera complejidad y significado del concepto. Si lo entendemos como un orden que disciplina independientemente una esfera de la vida social, estando esta esfera constituida por entidades y conformaciones supra personales que le pertenecen, entonces podemos entenderlo como un "orden concreto". Sin embargo, hacerlo así distorsionaría la verdadera complejidad y significado del concepto. En otros términos, se puede hablar de un "orden puntual" como un orden disciplinario autónomo un campo de la vida social. Este sería un ejemplo de lo que se entiende por "orden concreto". Es necesario revisar la obra en la que Schmitt presenta por primera vez la idea (Sobre las tres formas de pensar la ciencia jurídica, 1996), así como la obra en la que muestra la forma más desarrollada del concepto extrapolando la hipótesis del orden concreto al orden político internacional. Ambas obras fueron publicadas en 1996. Por ello, será fácil comprender la noción en su sentido más fundamental. (El *nomos* de la tierra en el derecho de gentes del *ius publicum europaeum*, 2005)..

Recuérdese que en el numeral 5 de las reglas de juego de su sentencia del Exp. 0004-2011-PI/TC, el Tribunal Constitucional enfatizó que "A diferencia del control legal, que utiliza la legalidad o la invalidez del objeto controlado como principal criterio de evaluación, el control político se basa en cambio en la oportunidad y la conveniencia/inconveniencia..." En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha afirmado que "a diferencia del control jurídico, porque se trata de una simple oportunidad, dado que se autoriza a realizar el control de cualquier acción de gobierno, quien quiera ejercerlo depende de la elección política del Parlamento y, puntualmente, de las asociaciones entre minorías y mayorías políticas. Y se lleva a cabo según el razonamiento de conveniencia o inconveniencia porque, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, la crítica al Ejecutivo puede basarse en la ley, pero también puede basarse en razones económicas, financieras, sociales, de orientación política, o simplemente

Originar un marco de conceptos que realice la justificación de tal distinción sería un reto para esta noción, y sería mucho más difícil conseguir los fundamentos teóricos esenciales que le permitan tener algún tipo de aplicación práctica.

- b. Otra posición posible sobre la institución, que podría considerarse intermedia, sería afirmar que el Congreso, como órgano de representación popular, puede definir una acción particular como contribuyente a la incapacidad moral permanente de su ejecutor, pero el Congreso está obligado a establecer que el Presidente fue responsable del acto.

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 89-A del Reglamento del Congreso establece que el pedido de vacancia debe incluir “las razones de hecho y de derecho en que se funda, así como las documentaciones que la acrediten o, en su defecto, la ubicación de esos papeles”. En otras palabras, la solicitud de vacante debe exponer “las razones de hecho y de derecho en que se funda, así como los documentos que la sustentan”. Sin embargo, nada en esta norma debe interpretarse como que estas obligaciones tienen protección constitucional de ninguna manera.

También es importante señalar que el Reglamento sobre el pedido de vacancia que se incluye en el Reglamento del Congreso no involucra un canon respecto a los deberes de fundamento o prueba, ni prevé una penalidad por el incumplimiento de estas ordenanzas. Esto se debe a que el Pleno del Congreso es el órgano que se encargará de disciplinar el cumplimiento de estas cuestiones, a nivel legal.

Congreso⁴.

- c. Un tercer punto de vista sostiene que la constitucionalidad de la declaración de incapacidad moral permanente del Presidente por parte del Congreso depende de si éste cumple o no con la norma tácita en la disposición constitucional de que “cuando el mandatario

puede basarse en argumentos de poder. Esto es así porque una vez que se ha decidido llevarla a cabo, se ha hecho según el criterio de conveniencia o inconveniencia. La subjetividad del control político y la disponibilidad de sus parámetros son dos de los elementos que lo distinguen de otras formas de control. Esto se debe a la ausencia de un catálogo de razonamientos restringidos o circunscritos para el examen político”

- 4 Por ello, es importante tener en cuenta que la oficina del Congreso, que es el órgano que recibe la solicitud de vacante como una moción del orden del día, no tiene la capacidad de calificar o examinar la solicitud.

se incapacite moralmente de forma permanente, el Congreso puede (¿o debe?) declarar esta incapacidad”.

Desde este punto de vista, el Presidente ha infringido los límites de la moralidad de tal manera que puede predicarse de él una incapacidad moral permanente para el desempeño de la vacante presidencial por incapacidad moral permanente⁵.

Esta perspectiva plantea un problema que corresponde a la determinación de la moral; más concretamente, plantea la cuestión de determinar los juicios por los que se puede ingresar a una realidad moral, con independencia de que ésta esté conformada por un conglomerado de normativas imparciales y trascendentales, conocidas como moral natural, o por las que cristalizan a través de las convenciones sociales, conocidas como moral positiva.

Un determinado comportamiento humano es moral o inmoral según un conjunto de leyes objetivas e inmutables que están inscritas en el orden del mundo, lo cual es coherente con la primera de estas teorías de la moral, que se denomina realismo moral. Además, esta postura debe generar y establecer un marco epistemológico que proporcione una clave para el entramado de este universo, lo cual es una tarea difícil dado que la realidad moral trascendente no es reducible a ninguna categoría humana de conocimiento⁶.

5 Como corolario de la transición lógica entre la premisa fáctica y la consecuencia jurídica, la autorización para proclamar la incapacidad moral permanente del presidente requiere que se establezca claramente el contenido de la clasificación “incapacidad moral permanente”. Y es que la consecuencia jurídica del tránsito entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica es la autorización para declarar la incapacidad moral permanente del presidente. Consideremos la afirmación de Hobbes de que “la razón (...) no es más que un cómputo de las implicaciones de los nombres globales con los que hemos decidido etiquetar y denotar nuestras ideas”, que es relevante en este caso. (traducción propia) (1985, p. 111). Igualmente, aunque hablando desde la perspectiva de la filosofía jurídica y 3 siglos después, Hart ha detallado que “[La lógica] no disciplina ni la interpretación ridícula ni la inteligente de una expresión dada; ni siquiera prescribe cómo deben interpretarse los términos. El propósito de la lógica es simplemente demostrar, de manera especulativa, que si uno le da a una palabra un determinado significado, entonces llega a una conclusión establecida.” (Traducción propia) (1958, p. 610)

6 Porque para hablar de moral se requiere interpretar, desde un punto de vista ontológico, la naturaleza humana de la que se deriva, este reto ha sido reconocido por los

Para la segunda concepción de la moral, la de la moral como convención social, la moral debe entenderse como un conglomerado de prácticas que, al ser consideradas válidas en el interior de un círculo de hombres, establecen su comportamiento y están garantizadas por la reprobación de los comportamientos discordantes (Weber, 1964, pág. 26)⁷; según el punto de vista que define las normativas morales como producto de una convención, éstas se asignan al individuo sobre la base de la convicción de que algunos valores son más importantes que otros (Weber, 1964, pág. 28)⁸.

Creo que hay varias formas de pensar en la moralidad en una comunidad determinada, y cada una de ellas es igual de útil para establecer el comportamiento real de los actores sociales. Sin embargo, es importante tener en cuenta que las representaciones morales son poderosos motores sociales, independientemente de que correspondan a un sistema moral preexistente⁹.

grandes filósofos de la moral. Y es que la moral se deriva de la naturaleza humana. (Habermas, 1999, pág. 35)

- 7 A la luz de estas afirmaciones, es importante destacar una afirmación de Habermas, según la cual "Este proceso autorreferencial de aplicación de las normas morales debe su poder de coordinación de las acciones a dos fases de interacción que están vinculadas retrospectivamente. Para empezar, vinculan la voluntad de los jugadores y la dirigen en una determinada dirección; para continuar, rigen sus actitudes críticas en caso de desacuerdo. En el primer paso, guían la actividad social vinculando la voluntad de los jugadores y dirigiéndola en una determinada dirección. Para que la moral sea eficaz, también debe proporcionar un fundamento para resolver los conflictos de acción que sean coherentes con la moral". (1999, pág. 30)
- 8 Pascal, a pesar de que no se refiere a ella como moral, detalla esta posibilidad de la correspondiente forma: "¿Qué son nuestros principios sino los principios a los que nos hemos acostumbrado? ¿Y cómo se manifiesta la tradición de la caza en los animales en los niños que la han heredado de sus padres? Una tradición única nos enseñará otros conceptos naturales. Eso es algo que sólo se puede observar mediante la experiencia, y hay ciertas cosas que están arraigadas en la tradición. Por otro lado, hay tradiciones que van en contra de la naturaleza y son irreconciliables con otra costumbre. Depende de cómo se sienta uno" (1998, p. 72). Es interesante, aunque no necesariamente significativo, que la palabra "moral" tenga su origen en la palabra latina "mores", que significa convenciones, en referencia a las expectativas de comportamiento que ha establecido la sociedad. (Arendt, 2002, pág. 31)
- 9 A la luz de esta realidad, Weber ha hecho la observación de que "[...] en realidad, existe una variedad de interpretaciones de lo que significa mantener el orden, y todas estas interpretaciones son [...] igualmente legítimas en la medida en que rigen la conducta real. (...) todas son equitativamente válidas en la medida en que establecen el comportamiento real (...) no hay complejidad en reconocer que ordenanzas diferentes y contradictorias entre sí pueden "mantenerse" uno al lado del otro dentro del

Por ejemplo, es importante señalar que el nivel de aceptabilidad de una norma moral determinada en una comunidad concreta no es evidente para los individuos que la forman; en otras palabras, las representaciones morales personales están sesgadas por la sensibilidad y la pertinente experiencia personal. Igualmente, para manifestar acerca de una moral social en un conjunto humano complicado, es absolutamente necesario establecer primero los criterios que se utilizarán para provenir a la limitación del concepto de la misma¹⁰. Esto repercute en la delimitación conceptual, que repercutirá en un concepto artificial de la moral.

En consecuencia, el debate sobre los límites de la acción moral se encuentra en un estado de flujo perpetuo dentro de la sociedad. A ello contribuyen seguramente las representaciones morales de los actores sociales, el juego de influencias que emplean para justificarse¹¹ y las posiciones que ocupan dentro del campo social¹². En consecuencia, no es imposible la

mismo círculo de hombres. (...) todos ellos determinan la conducta real de la misma manera". (1964, pág. 26)

- 10 Por ejemplo, la moral social podría definirse como aquellas normas que están más arraigadas entre toda la población; también podría definirse de acuerdo con las normas que están arraigadas entre las personas que tienen un determinado nivel de educación; alternativamente, tomando el criterio de quienes cumplen una cuota mínima de ingresos; etc.
- 11 Si debemos enumerar las modalidades de influencia a través de las cuales se manifiestan las dinámicas sociales, podemos remitirnos a la clasificación de Dahl, que las identifica como control entrenado, persuasión (persuasión racional y manipuladora) e inducción (fuerza física y coerción) (1985, pp. 54-61). Asimismo, al hablar del poder, Castells ha indicado "[e]l poder es la capacidad relacional que permite a un actor social influir asimétricamente en las decisiones de otros actores sociales a favor de su propia voluntad, intereses y valores. El poder se ejerce a través de la coerción (o la posibilidad de utilizarla) y/o la formación de significados basados en los discursos que rigen las actividades de los actores sociales. La dominación, que es el poder que se fundamenta en las entidades de la sociedad, define las relaciones de poder. La capacidad estructural de dominación condiciona, pero no determina, la capacidad relacional de poder. Las instituciones son capaces de establecer relaciones de poder en función de la dominación que ejercen sobre sus habitantes." (2009, pág. 33)
- 12 Bourdieu y Wacquant, refiriéndose al poder que la posición social otorga al actor social, han afirmado: "En la terminología analítica, un campo es una red o arreglo de interacciones interposicionales. Independientemente de que sean agentes o instituciones, Según su posición real y prospectiva en el sistema de poder (o capital) que determina el acceso a las ventajas particulares que están en juego en ese ámbito, y su conexión objetiva con otras posiciones, estas posiciones se consideran objetivamente distintas (dominación, subordinación, homologación, etc.) (1992, p. 97); asimismo,

formación de muchos centros de propagación ideológica¹³ dentro de una misma sociedad. Esto es especialmente cierto en el caso de que la sociedad en cuestión pueda clasificarse como sociedad abierta¹⁴.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la posibilidad de que el discurso moral sea instrumentalizado con el único fin de ganar influencia política. Si esto ocurriera, los actores políticos que recurrieran al discurso moral lo utilizarían con el único fin de ser eficaces, actuando sin una concepción de la moral que los disciplinara.

Sin embargo, hay que subrayar que es posible que una comunidad desarrolle un conjunto de normas morales reconocidas, aunque no universalmente, pero sí de forma generalizada; en consecuencia, la violación de las mismas es inmediatamente condenada sobre la base del sentido común. Esto es algo que hay que destacar. En situaciones como ésta, podríamos hablar de normas morales socialmente objetivadas, que, dependiendo

Según Bourdieu, “además, la capacidad de una persona para hablar en el lenguaje institucional, que se caracteriza por un tono y un mensaje oficiales, ortodoxos y legítimos, depende de su posición social. Para participar en la autoridad de una institución, hay que tener acceso a los instrumentos legítimos de expresión, que es la única diferencia entre una impostura de una mascarada y una impostura autorizada, que disfraza un enunciado performativo como una declaración descriptiva o concluyente (Traducción propia) (1991, pág. 109)

- 13 En este sentido, es ilustrativa la observación de Cotler sobre el conservadurismo y el liberalismo en la sociedad limeña del siglo XIX: “Además de referirse al sistema político, estas ideologías expresaban “cosmovisiones” que desafiaban a la sociedad. cosmovisiones en oposición a la sociedad. Asimismo, ideales similares se inculcaron en 2 centros culturales distintos: el Colegio de Nuestra Señora de Guadalupe y el Convictorio de San Carlos (...)” (2005, p. 94). Bourdieu y Wacquant (1992, p. 115) y Bourdieu (1991, pp. 127-136) proporcionan el marco teórico a través del cual funcionan estos focos ideológicos; estos puntos de vista pueden compararse con los de Althusser (2003, pp. 115 - 155). Dahl, por su parte, identifica las variables que conducen a la formación de puntos de vista, incluyendo la disponibilidad a las ideas, el prestigio, la congruencia con las creencias previas y la congruencia con la experiencia. (1997, págs. 150-168)
- 14 En cuanto a la sociedad abierta, Dahl sostiene que “(...) para que un gobierno pueda responder durante un lapso determinado a las preferencias de los integrantes de la comunidad sin tener en cuenta su afiliación política, todos los ciudadanos deben tener las mismas oportunidades de 1. expresar sus preferencias públicamente entre sus partidarios y frente al gobierno, tanto individual como colectivamente; y 2. hacerlo de forma colectiva. Recibir un trato equitativo por parte del gobierno, lo que significa que el gobierno no debe discriminar en función del contenido o el origen de dichas preferencias.” (1997, págs. 13-14)

del grado de homogeneidad en la composición del cuerpo social, pueden variar en número y complejidad de mayor a menor grado de cada una, respectivamente¹⁵.

Además del problema inherente al concepto de moralidad, que fue discutido en los párrafos anteriores, además, el supuesto de hecho que se da bajo esta visión de la institución implica una complejidad extra, porque no bastaría con decir que el presidente es moralmente incompetente, sino que el presidente es permanentemente incompetente moralmente. Esto complica el supuesto; esto, por supuesto, plantea la cuestión de si este estado es natural o no, y como resultado, pone de relieve el reto de determinar los criterios que deben utilizarse para identificar si una condición puede ser considerada natural¹⁶.

Sin embargo, si se aceptara que el Congreso debe aceptar como supuesto de hecho que el presidente sólo ha cometido una inmoralidad grave antes de declarar su incapacidad moral permanente, podríamos resolver esta cuestión. Pero en este supuesto, la inmoralidad permanente no sería un estado natural, sino una condición positiva.

Con esta información, queda claro que el requisito normativo propuesto, que establece que un presidente debe haber cometido un acto inmoral o

15 Es esencial para los vínculos intersociales; sin embargo, es importante tener en cuenta que los fundamentos teóricos en los que se aceptan estas normas morales, que también se requieren para tales relaciones, pueden ser diferentes. A este respecto, Rawls ha señalado lo siguiente: " No puede haber una base universalmente aceptada para la idea de justicia en el estado democrático contemporáneo, en sus palabras, ya que "ninguna definición política de la justicia puede depender de lo que es esencial para las interacciones intersociales en una sociedad democrática."; en consecuencia, "una concepción política de la justicia para una sociedad democrática" puede apoyarse en un "consenso superpuesto", que es un consenso entre todas las doctrinas filosóficas y religiosas que puede persistir y aumentar el número de adeptos en ese marco; a través de este consenso superpuesto, se encuentra "un terreno común -o, si se prefiere, un terreno neutral- dados los hechos del pluralismo", según el autor; (traducción propia) (1985, págs. 225-226)

16 En consecuencia, la cláusula constitucional no parece permitir la imposición de una pena por una conducta concreta, como se ha denominado "derecho penal del acto". De hecho, parece que las consecuencias jurídicas del autor se rigen por una condición que es fundamental para el autor, sin tener en cuenta la conducta de cualquier delito." En este sentido, la disposición constitucional (Roxin, 1997, pp. 176 - 177). Si el pronunciamiento de la incapacidad moral se considerara una sanción en este sentido, tendría que seguir un sistema de imputación ajeno a los dogmas del derecho penal nacional.

quedar inhabilitado moralmente de forma permanente para que el Congreso pueda declararlo inhabilitado moralmente, se traduce en la exigencia de que el Congreso sea capaz de generar un discurso que garantice suficientemente la legitimidad de la declaración de inhabilitación moral. En otras palabras, el requisito normativo propuesto.

La última cuestión que se desprende de este enfoque interpretativo es si el Congreso¹⁷ está obligado a proclamar la incompetencia moral permanente del Presidente cuando éste realiza un acto que se percibe comúnmente como inmoral, o si el Congreso simplemente está facultado para hacerlo. Por lo tanto, el propósito de esta investigación es determinar si la disposición que se discute es vista por el Congreso como una norma permisiva o como una norma prescriptiva, la última de las cuales sería considerada un componente del *ius cogens* en este escenario¹⁸.

Ante tal pregunta, es necesario reconocer que, a pesar de que pueda despertar el interés de algunos, es irrelevante desde el punto de vista jurídico. Ello se debe a que, aunque fuera una normativa prescriptiva, nuestro ordenamiento constitucional como jurídico no prevé dispositivos por los que se pueda requerir al Congreso el cumplimiento de tal deber. En este caso concreto, la única forma en que se podría exigir al Congreso que actuara sería mediante la aplicación de presiones políticas desde fuera de la institución (Fernández Rodríguez, 1998, págs. 107 - 108).

1.3. Respecto a la incapacidad moral permanente como incapacidad mental permanente

Garca Chavarri plantea que para ciertos escritores, "(...) la palabra 'moral' debería interpretarse como 'mental', tal como se comprendía esa dimensión en el siglo XIX, que es exactamente el tiempo en que se originó". Garca Chavarri hace esta observación en su artículo. (Constitución de 1839). (2013, pág.400)"

17 La idea de "omisión" también está incluida en el significado que se quiere transmitir al utilizar el término "comisión". (Jakobs, 2016)

18 Las normas prescriptivas y las normas permisivas pueden remontarse al trabajo de De La Puente (2001, páginas 210 y 211). Esto se debe a que, según Moreso, pueden compararse con las normas que incluyen conexiones deónticas obligatorias o facultativas.(1997, pág. 20)

Si la incapacidad moral permanente se definiera de esta manera -en un sentido más fundamental, si se quiere-, entonces sería fácil eludir la cuestión de decidir qué constituye un comportamiento moral. Si se admite esta interpretación, la institución en cuestión tendría un alcance más objetivo, e incluso podría incluirse como un tipo distinto de incapacidad física permanente si así fuera¹⁹.

Si bien fue el objetivo de los integrantes del Poder Constituyente de 1839 cuando crearon el artículo 81°, este deseo no necesita de la voluntad del Congreso Constituyente que estableció la Constitución de 1993; además, aunque así fuera, la interpretación genuina, que es la que solicita a la finalidad del organismo que promulgó la norma que se interpreta, es simplemente uno de los varios instrumentos hermenéuticos utilizados en el discurso jurídico.

Por esta razón, esta alternativa interpretativa, a pesar de ser lógica, no puede considerarse como la única lectura viable de la premisa fáctica que permitiría al Congreso proclamar la incapacidad moral permanente del Presidente.

1.4. Los efectos jurídicos inmediatos de la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente

De acuerdo con el artículo 113 de la Constitución, el primero y más conocido efecto jurídico de la declaración de incompetencia moral permanente del mandatario por parte del Congreso es la vacancia del cargo; de conformidad con el artículo 89-A° f) del Reglamento del Congreso, la declaración surtirá efecto a partir de la notificación de esta decisión al Presidente, al Presidente del Consejo y al Presidente de la Cámara de Representantes. Es decir, el Presidente será destituido de su cargo en el momento en que se produzca alguno de los hechos señalados anteriormente.

Por otro lado, hay una serie de posibles efectos secundarios que, a pesar de no estar específicamente controlados, podrían ser objeto de una investigación razonable.

19 Esta línea de pensamiento ha sido apoyada por la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política, que a su vez la ha apoyado en la exposición de motivos de la "Ley de Reforma Constitucional para Incentivar la Gobernabilidad".

En concreto, es útil examinar las consecuencias que una declaración de incapacidad moral permanente por parte del Congreso puede tener en la vida pública del afectado. Esta declaración podría tener un impacto significativo en la dimensión pública de la persona.

El artículo 31 de la Constitución establece que “[l]as personas poseen derecho (...) a ser seleccionados y a seleccionar de forma libre a sus correspondientes líderes (...)”. Esta aseveración se completa con lo establecido en el artículo 33, que detalla que la comunidad, y en consecuencia la participación a nivel política, se restringe por la pertinente decisión judicial de interdicción, por fallo de prisión o por dictamen de estar inhabilitado de los derechos políticos. En el mismo sentido, es fundamental subrayar que la Constitución no establece ninguna restricción o limitación a la amplia capacidad de ocupar cargos públicos.

En consecuencia, es evidente que la Constitución no determina específicamente que la declaración de incompetencia moral permanente del mandatario por parte del Congreso posea alguna repercusión en los derechos de participación de la persona ofendida por ella.

Por otro lado, es importante señalar que ni el artículo 10 ni el artículo 107 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones - ley que establece los parámetros de los alcances del derecho constitucional a la intervención política²⁰ - determinan como requisito para la actividad de la ciudadanía o para postular a la presidencia el hecho de que una persona haya sido declarada incapacitada moralmente de manera permanente por el Congreso. Esto es algo que debe tenerse en cuenta.

Es así que, se plantea la cuestión de si la declaración de incapacidad moral permanente del Presidente, independientemente de que se produzca su vacante, es susceptible de limitar los derechos de participación pública de los afectados por la incapacidad moral permanente del Presidente.

20 Es importante tener en cuenta, con esto en mente, porque tanto el número 17 del Art. 2° como el Art. 31° de la Constitución establecen que el derecho a la participación política está estructurado, en gran medida, por la Ley. Esto es algo que debe tenerse en cuenta. Los escritos de Boyer Carrera ofrecen un análisis que permite profundizar en el tema (2008, pp. 367 - 371). Es importante señalar que la configuración legal del derecho al voto fue validada por el Tribunal Constitucional al amparo del artículo 3 de la STC en el caso 0030-2005-PI/TC. Esta conclusión debe ser tomada en consideración.

En relación con esta investigación, sería lógico concluir que ciertos cargos públicos, o al menos del mandatario, no pueden ser tomados por individuos que hayan hecho tal declaración. Esto es así porque la declaración del Congreso es la que define al individuo como moralmente incapaz a perpetuidad, y porque el artículo 113° establece que tal declaración da lugar a la vacancia del Presidente en el cargo²¹.

Si se adoptara una posición antagónica a esta posible interpretación de la institución, sería natural que se generara una línea argumentativa en la que se afirmara que la declaración por parte del Congreso de la

21 Con esta afirmación como base, sería factible crear una teoría exhaustiva sobre la amplitud jurídicamente admisible del impacto de la declaración de incapacidad moral permanente del Congreso sobre los derechos de participación de la comunidad de los particulares. Esta teoría se centraría en el alcance constitucionalmente posible de la declaración de incapacidad moral permanente por parte del Congreso. Debería reaccionar adecuadamente a los factores que se enumeran a continuación:

- En primer lugar, se trata de una referencia a los ámbitos que podrían verse restringidos como consecuencia de la declaración. Es posible entender que la declaración sólo tendrá efecto sobre los derechos de sufragio pasivo de la persona; en este caso, es necesario aclarar los cargos representativos a los que el afectado tendrá restringido el acceso. Por otro lado, se puede entender que la declaración tendrá consecuencias sobre los derechos del afectado a ejercer la función pública en general.

- La segunda cuestión es si la capacidad del Congreso para declarar a una determinada persona incapaz para siempre se ve obstaculizada por el hecho de que la persona que en ese momento está siendo proclamada incapaz moral permanente sea el Presidente de la República. Sería necesario, como mínimo, modificar el Reglamento del Congreso en el caso de que la decisión que se adopte sobre esta cuestión sea a favor de poseer entendimiento que cualquier ciudadano puede ser establecido como poco capaz moral permanente por el Congreso. Esto es así porque el Reglamento del Congreso no admite un proceso por el cual se pueda ejecutar esta alternativa. En el caso de que la decisión que se adopte sobre esta cuestión sea apropiada a entender que cualquier persona puede ser determinado como incapaz moral.

- En tercer lugar, la cuestión de si estas regiones pueden o no desarrollarse sólo invocando una atribución general que está incluida en el artículo 113 de la Constitución, o si, por el contrario, necesitan un desarrollo según normas que son intermedias.

Aunque la Constitución no permita específicamente estas posibilidades, su realización no es imposible ya que el Art. 113° de la Constitución otorga al Congreso la facultad de declarar la incapacidad moral permanente del Presidente para ejercer su función de jefe del ejecutivo.

En asociación con lo anterior, y para optimiza estas posibilidades, cabe señalar que una determinada cláusula de la correspondiente constitución puede recibir una amplitud adicional a lo largo del tiempo; un ejemplo paradigmático de ello, aunque muy discutido, es el derecho a la intimidad en el derecho estadounidense. (Alonso García, 1984, págs. 108 - 110)

incapacidad moral permanente del Presidente, que da lugar a la vacante del mismo, no tiene incidencia en los derechos de participación pública de la parte que se ve afectada por la vacante. Esta posición se vería reforzada recurriendo al principio de legalidad, pudiéndose afirmar que estos comentarios no están, al menos hasta la fecha, expresamente reconocidas ni por las normas constitucionales ni por las legales.

II. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 115° DE LA CONSTITUCIÓN

Esta disposición se encuentra en el artículo 115 de la Constitución “[e]n caso de impedimento permanente (...) del Presidente de la República, las atribuciones del Presidente de la República deberán ser asumidas por el Primer Vicepresidente. En su ausencia, el Segundo Vicepresidente actuará como Presidente. En el caso de que ambos no puedan actuar, el Presidente del Congreso es el encargado de actuar. En el caso de que la obstrucción resulte irreversible, el Presidente del Congreso está obligado a convocar rápidamente elecciones”. Se puede aseverar, sin producir una gran discusión, que la declaración de incapacidad permanente del mandatario por parte del Congreso y la correspondiente vacante de aquél atribuye a éste un Gobierno que lo frena para ejercer el puesto que ostentaba hasta ese tiempo; estando, así, permanentemente restringido de ejercer el cargo. Esto es algo que se puede decir sin generar mayor controversia. Es posible expresar la opinión sobre este asunto sin suscitar un debate importante.

Ahora, gracias a la disposición que se incluye en el artículo 115°, se ha establecido expresamente que, en caso de que el Presidente quede incapacitado por cualquier motivo, independientemente de que la incapacidad sea temporal o permanente, el Primer Vicepresidente asumirá las responsabilidades de este cargo; en ausencia del Segundo Vicepresidente, la asumirá el Presidente del Congreso.

Sin embargo, la redacción final de la disposición, que especifica “(...) que el Presidente del Congreso debe convocar elecciones sin demora si el impedimento es persistente, plantea dudas sobre su significado”. Parece que la cláusula especifica lo siguiente, y esto parece ser un mandato claro: cuando el obstáculo del mandatario sea transitorio, podrá ser sustituido de forma interna por los funcionarios especificados y en la secuencia de prioridad indicado; cuando el impedimento del Presidente es permanente, se procederá

a la sustitución interina, pero el Presidente del Congreso debe convocar inmediatamente a elecciones para sustituir a la Presidencia impedida.

Sin embargo, esta interpretación ha sido contradicha por influyentes actores jurídicos, que han afirmado que la convocatoria de elecciones anticipadas sólo estaría legalmente justificada si el Presidente está incapacitado de forma permanente para ocupar el cargo y los Vicepresidentes no pueden sustituirle, teniendo ocupado el cargo de Presidente el Presidente del Congreso. El actual Presidente de la Corte Constitucional es uno de los partidarios de esta opinión (Comercio, 2018).

Con el mandato constitucional así enmarañado, se podría tratar de encontrar una solución al dilema mediante un enfoque que tenga en cuenta la evolución histórica de la institución. Las Constituciones de 1828, 1856, 1860 y 1979, por ejemplo, estipulaban que, en caso de incapacidad permanente del Presidente, éste sería sustituido por el resto de su mandato. En cambio, las Constituciones de 1828, 1856, 1860 y 1979 estipularon que se celebrarían nuevas elecciones en caso de incapacidad permanente del Presidente (tal es la situación de las Constituciones de 1839, 1867, 1920 y 1933).

Es innegable que la norma de la Constitución de 1979, que tiene un marco normativo análogo, estipula que en ausencia del mandatario, los Vicepresidentes asumirán el poder.; Sin embargo, la redacción es diferente porque establece que: “[e]n ausencia de ambos [Vicepresidentes], el Presidente del Senado, quien efectúa la convocatoria inmediata a las pertinentes elecciones”. Por otro lado, establece claramente que, sólo en ausencia de los 2 Vicepresidentes, la convocatoria de elecciones, que no está establecida en la Constitución de 1993, debe hacerla el Presidente del Senado.

III. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE DEL PRESIDENTE

El artículo 89-A del Reglamento de este Organismo señala el proceso que debe seguirse para que el Congreso declare la incapacidad moral permanente del mandatario para el ejercicio de su cargo. Es importante tener en cuenta que el propósito de esta ley es crear conjuntamente el proceso para declarar al Presidente incapacitado de forma permanente para el desempeño de las funciones de su cargo debido a un impedimento físico.

En este sentido, el primer factor a tener en cuenta es la exigencia de que la moción que proponga la declaración de incapacidad moral sea detallada

por, al menos, el 20 por ciento del número legal de Congresistas, indicando que dicha solicitud debe especificar "(...) las bases de hecho y de derecho en que se fundamenta, así como la documentación que la acreditan o, en su defecto, la localización de los mismos"; siendo que, una vez recibida la solicitud, debe ser enviada al presidente del Congreso.

Por otro lado, según el Reglamento, para que la moción sea aceptada, es necesario que reciba el apoyo del cuarenta por ciento de los congresistas en ejercicio, y que la votación de la moción se realice en la sesión inmediatamente posterior a la sesión en la que se presentó la moción.

El reglamento también establecía que, una vez admitida la moción, la sesión en la que se debatirá y votará la solicitud de vacante deberá celebrarse en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la sesión en la que se aprobó la moción, pudiendo convocarse una sesión extraordinaria a tal efecto. La norma también establecía que la votación de la solicitud de vacante debía celebrarse en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la sesión en la que se aprobó la moción. Además, la norma decía que el umbral de 3 días entre la aprobación y la votación podría eliminarse si cuatro quintos de la cantidad legal de miembros acordaban que la reunión conveniente a la elección se planificara en un plazo más corto. Esta disposición se incluyó porque el precepto también establecía que se podía prescindir de este requisito.

Antes del discusión y la elección, pero durante la misma sesión, el mandatario tiene derecho a exigir su defensa, ya sea por cuenta propia o con la ayuda de un jurista. Este hecho debe ser tenido en cuenta, pero es importante señalar que puede hacerlo por sí mismo o con la asistencia de un abogado. La mayor cantidad de tiempo que se puede utilizar para la defensa va a ser de sesenta minutos.

Para concluir, es importante señalar que, según el reglamento, tanto la resolución que declara la incapacidad moral permanente del Presidente como la resolución que lo declara incapacitado físicamente de forma permanente necesitan ser aprobadas por una mayoría cualificada de al menos dos tercios del número legal de miembros del Congreso²². Además, esta decisión tiene que estar recogida en una Resolución.

22 En el párrafo 3 del fallo N° 0006-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional hizo la siguiente observación "(...) a fin de no recurrir en aplicaciones irrazonables de la mencionada disposición constitucional, para lo cual, al igual que en las situaciones de

Al regular el proceso para la declaración de incapacidad moral permanente del mandatario, el Congreso ha elegido por dotar al individuo de la declaración de una serie de protecciones legales, aunque no se puede anticipar con certeza que estas protecciones tengan fuerza constitucional. Esto se puede observar en la norma que se acaba de mencionar. Estas garantías están constituidas por los siguientes enunciados:

- i. Derecho a la comunicación anticipada como minuciosa de la correspondiente imputación: Esta garantía se entenderá declarada al haberse reglamentado, mediante el artículo interpretado, que la con la solicitud de vacante debe especificar "(...) los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa, así como la documentación que lo acredita o, en su defecto, la conjetura de la ubicación de tales documentos"; y, además, al haberse estipulado que dicha solicitud debe ser aprobada por una autoridad judicial.

Dado que el Pleno del Congreso es el único ente que puede velar por el cumplimiento de esta promesa en el ámbito legislativo, lo cierto es que si no es salvaguardada por la discusión parlamentaria, puede quedar vacía de contenido. Esto ya se ha dicho anteriormente²³.

Es fundamental tener en cuenta que la composición del supuesto de hecho que permite al Congreso llevar a cabo la institución depende de la necesidad de que la moción refleje las razones de hecho y de derecho que la sustentan. Esto es algo que debe tenerse presente en todo momento.

- ii. Derecho a la provisión de un lapso adicional para la preparación de la defensa: Es importante notar, en asociación a esta garantía legal, que el artículo en consideración creó una serie de plazos que correspondían a las diversas fases del procedimiento. Por otro lado, es importante tener en cuenta que las distintas fases de este proceso se producen en

destitución, debe detallarse una elección con categorización de no menos de 2/3 de la cantidad legal de integrantes del Congreso." Esto se dijo para evitar "aplicaciones irrazonables" de la disposición constitucional en cuestión. Y ello a pesar de que la necesidad de una mayoría cualificada no aparece en ninguna parte de la Constitución de forma explícita.

23 Al respecto, cabe señalar que la única entidad que intercede entre el Pleno y el equipo de diputados que presentó la solicitud de vacante como punto del orden del día es la Oficialía Mayor, que no tiene autoridad para calificar o analizar la solicitud de vacante.

un momento ajeno a la ventana de oportunidad en la que se envía la solicitud de provisión de la plaza vacante al presidente.

En este sentido, el Presidente dispondría de un lapso de 4 días para desarrollar su defensa si se le notifica la moción el mismo día en que se presenta, y si el procedimiento se lleva a cabo en el plazo más breve permitido por la ley. Esto en el supuesto de que el proceso se efectúe en el menor lapso permitido por la ley.

Sin embargo, es importante señalar que el artículo 89-A° del Reglamento detalla que la duración del proceso podría reducirse a 1 día desde la exposición de la iniciativa, con la exigencia de que las cuatro quintas partes de la cantidad legal de congresistas estén de acuerdo con este cambio. Este es un punto importante que hay que tener en cuenta.

- iii. Derecho a la protección: La disposición que se discute en el comentario dice que el Presidente tendrá la oportunidad de ejercer su defensa durante un período de sesenta minutos antes de la reunión en la que se va a reñir y elegir la solicitud de vacancia.

IV. CONCLUSIONES

En el marco de la Constitución actual, el Poder Legislativo dispone de una serie de mecanismos constitucionales con los que puede influir políticamente en el Poder Ejecutivo. La Constitución, el Reglamento del Congreso o la jurisprudencia constitucional o convencional han contribuido, en mayor o menor medida, al desarrollo de cada una de estas áreas del derecho.

Por otro lado, existe una institución que puede ser utilizada para ejercer control político sobre el Presidente de la República, y es concebible destituirlo mediante el empleo de esta organización. La institución que se cuestiona es la presidencia, que ahora está vacante después de que el Congreso considerara que el último presidente no estaba moralmente capacitado para ejercer el cargo.

Esta institución, cuyas importantes implicaciones no pueden discutirse, no ha sido suficientemente desarrollada ni por la Constitución ni por la jurisprudencia, y son muchos los aspectos de su alcance y potencialidad política que permanecen indeterminados. Estos ámbitos de indeterminación se corresponden con los siguientes: primero, con el supuesto de hecho que haría posible que el Congreso declarara la incapacidad moral

del mandatario; segundo, con las consecuencias intermedias e inmediatas de la declaración de la incapacidad moral permanente del mandatario; y tercero, con las garantías que debería ofrecer la Constitución, las garantías que deberían reconocerse al individuo del procedimiento de declaración de la incapacidad moral permanente. Estas regiones indefinidas se denominan “áreas de indeterminación”.

En relación con el supuesto de hecho que haría concebible que el Congreso proclamara la incapacidad moral permanente del Presidente, se pueden adoptar cuatro puntos de vista diferentes. De acuerdo con la primera de estas interpretaciones, no sería necesario que el Congreso impute una acción inmoral al mandatario para avanzar en la declaración de su incapacidad; basta con que el Congreso tenga la voluntad política de avanzar en la declaración de incapacidad del Presidente.

La segunda opción consistiría en reconocer que el Congreso tiene la capacidad de juzgar libremente, en su papel de representante de la voluntad popular, cuáles son las conductas más susceptibles de conducir a un estado de incapacidad moral permanente. Sin embargo, en esta hipótesis, el Congreso tendría que aportar pruebas de que la conducta en cuestión se ha cometido realmente, a pesar de que se le concedería la facultad de juzgar la moralidad en sus propios términos.

Una tercera perspectiva consistiría en señalar que el Congreso sólo podría proclamar la incapacidad moral del Presidente si éste se hubiera convertido en un incompetente permanente. Hay dos tipos de moral: la moral natural y la moral social. La moral natural se refiere a un orden en la naturaleza; la moral social, en cambio, se refiere a las normas de la sociedad (moral positiva). Las representaciones morales, independientemente de que correspondan o no a un orden previo, operan como poderosos motores sociales independientemente de cómo definan la moralidad. La decisión de proclamar la incapacidad moral permanente del presidente Obama podría ser aceptable según esta interpretación siempre que vaya precedida de un discurso moral apropiado.

Esta cuarta postura reconoce que el supuesto de hecho habilitante se refiere a la incapacidad mental persistente del Presidente. Dado que, cuando surgió esta forma constitucional en el siglo XIX, existía una equivalencia conceptual entre incapacidad moral y mental permanente. Esta posición, que ha sido adoptada por la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política, no

tiene en cuenta que aunque esta equivalencia conceptual fue tomada en cuenta por quienes introdujeron la institución en nuestra historia constitucional, no condiciona la voluntad del Constituyente de 199, ni tampoco tiene en cuenta que, aunque lo hiciera, la interpretación auténtica es sólo una de las diversas maneras de dar interpretación a la Constitución.

Se especula que la indeterminación de las consecuencias de la institución puede atribuirse, en primer lugar, a la posibilidad de que la declaración de incapacidad moral permanente pueda reducir los derechos públicos de una persona, además de provocar la dimisión del Presidente. Esto se ha determinado tras comprobar que la misma se predicaría, en primer lugar, con independencia de la existencia de la vacante en cuestión (derechos de participación política pasiva o de acceso a cargos públicos). Se ha afirmado que, aunque esta alternativa carece de un crecimiento normativo explícito, sería posible detallar que estas consecuencias están inherentemente incluidas en el desvalor de una persona que ha sido declarada en situación de incapacidad moral permanente; la posición que desarrollaría una apelación al principio de legalidad se opondría a la que sostiene esta posición.

En segundo lugar, en cuanto a los efectos de la institución en la sucesión en el cargo, a pesar de que pareciera que la disposición constitucional establecía claramente que en caso de vacancia del mandatario, el Presidente del Congreso debía efectuar una convocatoria inmediatamente a votaciones, esta manera de comprender las consecuencias de la entidad ha sido empañada por algunos elementos que trabajan en el ámbito jurídico, que han establecido que, en caso de vacante, el cargo de la presidencia sería tomado por el vicepresidente primero, por el vicepresidente segundo o, en ausencia los dos, por el representante del Congreso, con la advertencia de que sólo en el caso de este último se encargaría de convocar elecciones.

Por último, está la ambigüedad relativa a las promesas que deben ser reconocidas al sujeto en el procedimiento de afirmación de incapacidad moral. En relación con este tema, no existe ni una norma ni un pronunciamiento jurisprudencial que califique la afirmación de incapacidad moral permanente como una actividad jurisdiccionalmente relevante. En consecuencia, se puede cuestionar la aplicación de las garantías intrínsecas para esta función. A modo de debate, es posible ver cómo esta afirmación puede replantearse a la luz del hecho de que las figuras de la afirmación de incapacidad moral permanente, el *impeachment* y la destitución, e incluso el juicio político como manifestación concreta, podrían considerarse todas

ellas como manifestaciones de la destitución. Esta discutible posición reforzaría la posibilidad de aplicar a esta declaración de incapacidad moral permanente una ordenación del desarrollo jurisprudencial del juicio político y de la destitución.

A la luz de lo expuesto en el argumento previo, si bien es cierto que la Corte Interamericana ha afirmado, en los casos de la figura del juicio político, que debe reconocerse el debido proceso previo a cualquier acto del Gobierno que pueda tener afectación a los derechos, el hecho de que esta consideración plantee la correspondiente duda sobre la seguridad de este razonamiento con la figura política de la censura, pudiendo entenderse que la entidad sometida a censura no estaría obligada a reconocer el debido proceso previo a cualquier acto del Estado.

En la Sentencia N° 00156-2012-PHC/TC, -que ha demostrado su incapacidad para articular un discurso consistente sobre el respeto de las garantías del debido proceso en los procesos de destitución- desarrolló una consecución de razonamientos sobre las garantías del proceso que se ejecutarán a la destitución y al juicio político. En particular, se subrayan las preocupaciones en torno al principio de legalidad y al subprincipio de acusación. La aplicabilidad de los criterios que llevarían a un juicio de incapacidad moral y la premisa de ser juzgado por un tribunal no dependiente e imparcial serían complejos. Igualmente se planteó la preocupación por los derechos de divulgación anticipada y completa de la acusación, la provisión de periodo y recursos apropiados para la defensa, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de no repetición. En realidad, la ejecución de estos razonamientos constitucionales al procedimiento correspondiente a la entidad en cuestión está supeditada a la delimitación previa de la posición de la institución dentro del sistema jurídico nacional, que, como se ha dicho anteriormente, está supeditada a su conceptualización previa.

Una vez puestas de manifiesto estas indeterminaciones, se ha visto la necesidad de llenarlas mediante un discurso que se adapte al paradigma político que ahora está en el poder, y ese paradigma es el constitucionalismo. Desde este punto de vista, es evidente que la política está ligada al concepto de que la vida social se rige por el ordenamiento jurídico, el cual se genera y produce de acuerdo con la Constitución, una norma básica. Según el constitucionalismo, esta norma define las competencias y los procesos que permitirían el funcionamiento de las autoridades políticas,

así como una norma material que serviría de límite y guía para estos y otros actores sociales. Esta discusión demuestra que el sistema jurídico es una estructura unificada, coherente y completa que sólo está sujeta a su propia dinámica interna; además, cualquier acción que esté al margen de este sistema debe ser descalificada como jurídicamente inválida.

De hecho, a pesar de que el constitucionalismo es una excelente herramienta retórica, su viabilidad como marco para dar sentido a la política puede ser discutida en 3 frentes diferentes. La primera de ellas se refiere al origen de la legalidad de la Constitución, afirmando que esta característica se da por supuesta y que, en realidad, esta suposición es una reducción de las fuerzas sociales que han concedido a la Constitución y al constitucionalismo de su legitimidad discursiva y simbólica. Por esta circunstancia, es necesario que estas indeterminaciones sean llenadas a través de una acción discursiva que, aunque se presente como hermenéutico, es en realidad retórico y, en consecuencia, político. Con la segunda, observamos el hecho de que la Constitución se detalla de forma textual a través de disposiciones semánticamente abiertas y, en consecuencia, es susceptible de mostrar indeterminaciones. Por último, el tercero demuestra que, a pesar de que la Constitución prevé expresamente la atribución de poderes políticos, la posición que esta disposición representa es ingenua porque ignora la posibilidad de que estos poderes puedan ser instrumentalizados por los poderes latentes que existen en la sociedad.

Luego de demostrar que la regulación constitucional sobre la vacancia del Presidente es indeterminada debido a la afirmación de su incapacidad moral permanente proveniente del Congreso y teniendo en cuenta el marco discursivo constitucionalista, se visualiza, a partir de la normativa actual, que los poderes que pueden pretender ser recursos para cubrir estas vacancias son, en la mayoría de los casos, el Poder Judicial, el Congreso de la República y el T.C.

En cuanto a las facultades que tiene el Congreso de la República para definir los límites de la entidad, este parte tiene la capacidad de proponer una interpretación constitucional de dichos límites en dos ocasiones diferentes. La primera de ellas sería aquella en la que legislaría el desarrollo de esta institución, ya que en ese momento establecería temporalmente un método de comprensión de los límites constitucionales de la forma considerada. La segunda opción implicaría que el Congreso, como brazo legalmente autorizado del gobierno para proclamar la incapacidad moral permanente del

mandatario, efectuará la entidad. En tal escenario, se puede inferir un significado particular imputado a la entidad a partir de las acciones y discursos del Congreso o de los miembros del Congreso.

En cuanto a la competencia del Poder Judicial, estaría dentro de sus atribuciones conocer del procedimiento constitucional de amparo, que la persona cuyos derechos fueron vulnerados por la declaración de incapacidad moral podría haber iniciado por su cuenta. En el caso de que la acción de amparo sea juzgada como procedente en segunda instancia, su delimitación podrá servir como determinación final.

Por último, pero no por ello menos importante, el T.C. podría pretender ser competente para restringir la entidad afirmando que es el máximo intérprete de la Constitución, a pesar de que los límites de tal labor podrían ponerse en duda. Los procedimientos que corresponden a la acción de inconstitucionalidad, al recurso de agravio constitucional y a la pretensión de competencia son los que podrían utilizarse para conocer de este caso. Estos son los procesos que pueden ser utilizados para conocer de este asunto. En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, una de las partes legitimadas para interponerla debe impugnar la ampliación legal de la institución dentro del periodo de legalidad para dicha actividad. Esto es esencial para la legalidad de la acción. En cambio, el agraviado puede presentar una demanda con declaración de incapacidad moral permanente si su acción de amparo fue declarada improcedente o inadmisibles en segunda instancia. Esto está supeditado a que su recurso de amparo sea considerado inadmisibles. Por último, en cuanto al recurso jurisdiccional, éste podría solicitarse cuando el P.J. considere avalado el recurso de amparo realizado por la persona afectada por la afirmación de incapacidad moral permanente; en este caso, podría cuestionarse que el P.J., con su decisión, hubiera delimitado el ámbito de una institución política sin competencia para ello: no obstante, hay que señalar que la validez de la pretensión de la autoridad competente es susceptible de ser cuestionada, ya que no existe ningún otro poder político con el que el P.J. haya entrado en conflicto de competencia.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alonso García, E (1984). La interpretación de la Constitución. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

2. Arendt, H. (2002). *La vida del Espíritu* (. Corral & F. Birulés. Trads.) Buenos Aires, Argentina: Paidós.
3. Boyer Carrera, J. (2008). Aproximaciones al contenido esencial del derecho de participación política. *Pensamiento Constitucional*, 13 (13), 359-394.
4. De la Puente y Lavalle, M. (2001). *El Contrato en General* (Segunda ed, Vol I). Lima – Perú: Palestra.
5. García A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*.
6. Guerra J. (2010). El derecho a la garantía de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional: La múltiple dimensión de la independencia judicial.
7. Habermas, J (1999). *La Inclusión del Otro*. Estudios de Teoría Política (J.C. Velasco Arroyo, & G. Vilar Roca, Trads.) Barcelona, España: Paidós.
8. Jakobs, G. (14 de Octubre de 2016). Actuar y Omitir en el Derecho Penal. *Instituto de Derecho Penal* (3). Obtenido de <http://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/78/65>.
9. Obando V. (2002). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia*. Lima, Perú: Palestra Editores.
10. Pérez E. (2015). *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional: El Estado Constitucional de Derecho*. Lima, Perú: Adrus D&L Editores.
11. Pérez Royo, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional* (Décimo Tercera ed.) Madrid, España: Marcial Pons.
12. Quiroga, A. (2003). *El debido proceso legal en el Perú y en el sistema interamericano de derechos humanos: Jurisprudencia*. Lima, Perú: Idemsa.
13. Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General*. (D.-M. Luzón Pea, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

14. Sánchez Gonzalez, B. M. (2022). La Vacancia Presidencial por incapacidad moral Permanente y el Estado Constitucional de Derecho. <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/19233>
15. Valdez Stuard, A. (2019). La vacancia presidencial por incapacidad moral permanente en el orden político peruano. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4101>
16. Weber, M. (1964). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (Segunda ed, Vol. I). (J. Wincklemann, Ed, J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. García Máynez, E. Imaz, & J. Ferrater Mora, Trads.) México D.F., México; Fondo de Cultura Económica.

DERECHOS FUNDAMENTALES

LA EUTANASIA COMO DERECHO HUMANO



Diego Valadés*

Sumario: 1. Consideraciones preliminares; 2. Modalidades y requisitos de la eutanasia; 3. Propósito de la eutanasia; 4. El suicidio como acto inmoral; 5. El suicidio como delito; 6. Homicidio piadoso; 7. Restricciones a la libertad; 8. Efectos de la prohibición de la eutanasia; 9. La eutanasia como derecho humano.

1. Consideraciones preliminares

A los problemas jurídicos y éticos de la eutanasia se suman los políticos. Los dos primeros son superables mediante la aplicación de reglas ya muy exploradas que ofrecen la seguridad de un manejo profesional, seguro, respetuoso y conforme a los más elevados estándares éticos. La cuestión política es diferente, pues está contaminada por el activismo de las corporaciones religiosas.

El Estado laico se ha abierto paso con lentitud. En muchos sistemas sigue observándose, aunque no esté vigente de manera expresa, el añejo principio *cuius regio eius religio* según el cual cada monarca tenía derecho a imponer su religión al respectivo reino. Este principio fue adoptado en la

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Sistema Nacional de Investigadores. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Paz de Augsburgo, en 1555, mediante la que se resolvió el conflicto entre los príncipes luteranos germanos y el monarca católico español. La paz resultó precaria porque en 1618 estalló la Guerra de Treinta Años, para cuya conclusión los tratados de Westfalia 1648 retomaron e impusieron ese principio a casi toda Europa.

El enunciado *cuius regio eius religio* está vinculado a la tolerancia religiosa, pero no al Estado laico. Más aún: valida, regula y consolida la presencia del Estado confesional. La vigencia o los vestigios de este tipo de Estado implican restringir los derechos humanos pues limitan el ejercicio de las libertades individuales y en especial son un obstáculo para el derecho a la eutanasia como salvaguarda una para la dignidad.

La oposición y las resistencias no ceden con facilidad. Para superarlas de manera paulatina es necesario un esfuerzo sistemático, porque supone un doble cambio: cultural e institucional. Esto hace necesario revisar el estado de la discusión en sistemas donde ya se admite la eutanasia y en otros en los que existen proyectos con diversos grados de viabilidad. Se requiere examinar los argumentos en pro y en contra de la eutanasia. Para ser consecuente con las convicciones de libertad y de dignidad resulta indispensable disponer de un espacio amplio y plural para que los derechos fundamentales prosperen. En el debate todavía incipiente que se sostiene en nuestro hemisferio es necesario conocer todos los puntos de vista. De ahí la importancia de que esta cuestión haya sido incluida en la agenda del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.

En la mayor parte de nuestros países hay resistencias culturales, religiosas e incluso políticas en contra de la eutanasia, a pesar de que muchos dirigentes concuerdan con la necesidad de su adopción. Empero, no están dispuestos a enfrentar la crítica de las iglesias, ni desean asumir los costes de orientar a la población hacia la consecución de ese derecho. En contraste, las prácticas eutanásicas forman parte de una cotidianeidad opaca, conforme a los estándares de simulación que se producen donde lo aparente no siempre es lo real. Por múltiples razones nos hemos mal habituado a convivir con la norma y la normalidad como universos paralelos.

La eutanasia, como el aborto, se inscribe en ese fenómeno de simulación. Por ejemplo, mucho antes de que el aborto fuera un derecho de las mujeres en Ciudad de México, en 2007, era practicado en diferentes escalas y con distintos efectos en perjuicio de la salud de las mujeres. Por la desigualdad

imperante, las más perjudicadas siempre fueron las de menores recursos económicos. La reforma del Código Penal del entonces denominado Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en 2007 tuvo un impacto favorable en la salud de las mujeres, que pudieron contar con asistencia médica profesional y dejaron de ser víctimas de la clandestinidad, que con frecuencia arrebatava vidas y que siempre lesionaba su salud y su patrimonio. Las concesiones electorales al clero mexicano habían llevado a que en numerosos estados de la República se adoptara el derecho a la vida como un principio absoluto, y el aborto pasó a ser sancionado como homicidio. Una vez más las personas castigadas fueron las más humildes y la terminación anticipada del embarazo en el país se ejerció como una especie de “derecho de clase”, ajeno por lo mismo al Estado constitucional.

Poco a poco ha ido cambiando la actitud hacia el aborto y en la actualidad, en México, para seguir con el ejemplo, ya se admite la interrupción del embarazo en los estados de Baja California, Coahuila, Colima, Hidalgo, Oaxaca, Sinaloa y Veracruz. Son apenas ocho entidades, de las treinta y dos que componen la Federación, donde los derechos sexuales y reproductivos han sido incorporados a los ordenamientos locales. Es uno de los muchos casos en los que se vulnera el principio de igualdad, y que muestran la deficiente construcción del federalismo en México. En el proceso de igualación paulatina ha jugado un papel central la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aplicó los principios constitucionales de universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad que caracterizan a los derechos humanos. En otros países de nuestra América los avances en esta materia también se dejan sentir, como sucede en Argentina, Colombia,¹ Cuba y Uruguay, en tanto que las condiciones de mayor rezago del planeta se observan en El Salvador, Honduras y Nicaragua. En medio se encuentran los demás países, con grados variables de restricción.

Con la eutanasia el panorama es aún más estrecho. En algunos países se admite la suspensión de tratamientos cuando prolongan de manera artificial la vida de los pacientes, pero casi en la totalidad subsiste la

1 En Colombia se produjo una resolución de avanzada en 1997, con la sentencia C-239 de la Corte Constitucional, relacionada con el homicidio por piedad; en mayo de 2022 dio un paso adelante más mediante la sentencia C-164-2022 que declara inconstitucional penalizar la asistencia médica al suicidio cuando el paciente padezca sufrimientos intensos como consecuencia de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, si así lo solicita de forma libre e informada. Colombia se pone a la cabeza del hemisferio en materia de eutanasia.

prohibición del suicidio asistido. Al verse imposibilitados para recibir asistencia en un tránsito tan difícil, a los más desesperados sólo les queda el recurso de la privación de la vida por mano propia, en condiciones que suponen un trauma que podría y debería evitarse a los enfermos y a sus familiares. En esta materia el Estado mexicano, como muchos otros, sigue aplicando los principios del derecho canónico y se aleja de los principios laicos que dispone la Constitución, convirtiendo el laicismo en un enunciado nominal.

La prolongación de una existencia indeseada convierte la vida en una obligación, no en un derecho. Quienes asumen su sacrificio como un acto de culto, están en su derecho; pero al hacerlo obligatorio a quienes no lo desean, se les inflige un dolor no merecido e incompatible con los principios constitucionales de dignidad, libertad, autonomía de la voluntad y laicidad del Estado.

2. Modalidades y requisitos de la eutanasia

La doctrina distingue entre la eutanasia activa, conforme a la cual una persona aplica fármacos a otra para privarla de la vida, y la pasiva, que consiste en auxiliar a un tercero para que por sí solo se dé la muerte. Son todavía pocos los sistemas jurídicos donde ambos procedimientos eutanásicos están permitidos y se llevan a cabo previo el cumplimiento de requisitos muy rigurosos. Entre los países donde la eutanasia está permitida por ley o se autoriza con fundamento en resoluciones judiciales figuran: Austria, Australia (Victoria, Australia Occidental); Bélgica, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos (California, Colorado, Distrito de Columbia, Hawái, Maine, Montana, Nueva Jersey, Nuevo México, Oregón, Vermont y Washington), Japón, Nueva Zelanda² y Países Bajos. En el caso de Suiza, la legislación penal no sanciona el suicidio asistido en tanto que no persiga “motivos egoístas”; en Alemania e Italia se han concedido autorizaciones judiciales. En México la Constitución de Ciudad de México dispone: “La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna” (art. 6-A.2). Esta disposición, empero, quedó como una simple expresión retórica sin consecuencias.

2 La ley fue aprobada mediante referéndum en octubre de 2020. El 62% votó a favor. Entró en vigor en noviembre de 2021.

Otros sistemas, cuyo número tiene a aumentar, regulan sólo la suspensión del tratamiento médico a petición del paciente o de su representante legal, y la consiguiente aplicación de medidas paliativas para atenuar los efectos del padecimiento ante la inminencia del deceso. Estos casos no se consideran modalidades de la eutanasia.

En cambio, en muchos países la eutanasia es objeto de discusión y se prevé que haya avances progresivos. Con excepciones, la mayoría de las decisiones legislativas o jurisdiccionales en pro de la eutanasia han sido adoptadas en el siglo XXI, de manera que hay signos promisorios en cuanto a que se acelere el ritmo.³

De manera general los requerimientos que rigen los procedimientos eutanásicos atienden a los siguientes aspectos:

1. Padecer una enfermedad incurable (dolorosa o no; terminal o no) que cause sufrimiento físico o moral.
2. Que el sufrimiento sea intolerable.
3. Que haya una solicitud expresa y reiterada del paciente, o de un representante suyo en el caso de menores de edad o de pacientes inconscientes.
4. Que, con la excepción anterior, en el momento de la solicitud el enfermo esté en pleno uso de su juicio y conozca las implicaciones de su determinación.
5. Que haya un lapso adecuado para ratificar la solicitud.
6. Que la solicitud sea revocable en cualquier momento.
7. Que no existan presión ni constreñimiento de ninguna clase.
8. Que su aplicación evite una muerte lenta, o dolorosa, o en circunstancias que el paciente estime lesivas para su dignidad.
9. Que las condiciones clínicas del paciente sean evaluadas conforme a los estándares médicos más avanzados.
10. Que se valoren las circunstancias éticas del caso.

3 Véase Valadés, Diego y Téllez Garita, Laura (coordinadores), *Régimen Jurídico de la eutanasia. Panorama internacional*, México, INACIPE - Tirant lo Blanch, 2020.

11. Que la eutanasia se practique después de la autorización prevista por la ley.
12. Que se lleve a cabo en una institución de salud o en otro lugar que la ley prevea o autorice.
13. Que se utilicen sustancias homologadas por la autoridad sanitaria.
14. Que todos los trámites, condiciones, requisitos y circunstancias del procedimiento eutanásico se hagan constar en la certificación correspondiente.

Con por todo lo anterior se evita un suicidio traumático para el paciente y para sus familiares, y se ofrece la certidumbre de que la eutanasia no sea un instrumento para la comisión de delitos.

3. Propósito de la eutanasia

Como cualquier institución, la eutanasia está expuesta a distorsiones. Quienes se oponen a su adopción señalan, por ejemplo, que puede abrir la puerta para que se priven de la vida personas afectadas por la depresión. Las objeciones son superables mediante una normativa estricta en su enunciación y aplicación, con las características apuntadas en la sección anterior. Por otra parte, el número de suicidios va en aumento,⁴ sin que guarde relación con el de solicitantes de un procedimiento eutanásico en los países donde está permitido.

El propósito de la eutanasia es ofrecer una opción legal y humanitaria a quienes padecen enfermedades terminales o impeditores irreversibles, para las que no exista remedio en las condiciones actuales de la ciencia, que ocasionan dolor o algún tipo de sufrimiento moral insuperable. Durante mucho tiempo se sostuvo que la eutanasia sólo procedía en los casos de padecimientos terminales y dolorosos. Este criterio ya está superado y ahora se agrega una gama más amplia de circunstancias: 1) tener conciencia de que el mal es progresivo y sin solución; 2) que la dignidad del afectado se vea menoscabada por su invalidez general o por otras razones que valore quien experimenta el padecimiento, o 3) que su calidad de vida sea insoportable. Estos casos deben estar previstos por la regulación aplicable y

4 La Organización Mundial de la Salud reporta que cada año se suicidan alrededor de 700,000 personas. Véase la página <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/suicide> (consultada el 3 de mayo de 2022).

tienen que ser analizados de manera que no dejen lugar a dudas en cuanto a la procedencia de la eutanasia. Para este objeto se suele contar con la participación de comités científicos y éticos, además de las diferentes instancias jurídicas y administrativas involucradas.

4. El suicidio como acto inmoral

Las religiones abrahámicas condenan el suicidio como un acto contrario a su deidad. Si bien no existen textos conclusivos en la *Biblia* ni en el *Corán*, diferentes elementos de las doctrinas cristiana, islámica y judía coinciden en postular que la vida es dada y quitada por voluntad divina. El budismo y el confucionismo coinciden en una posición semejante, y entre las religiones más antiguas sólo el hinduismo y el jainismo aceptan algunos episodios suicidas. En el hinduismo está admitido el *sati*, privación de la vida de la viuda junto a los restos del extinto marido, y en el jainismo es posible el suicidio por inanición como una forma de alcanzar la perfección.⁵ Con excepción del jainismo, que es una religión no teísta y con un número reducido de feligreses, las demás asocian el dolor como una forma de pleitesía a la deidad, dadora y dueña de la vida humana.

Desde la perspectiva religiosa el suicidio es condenable en todas sus modalidades, incluido el que tiene por objeto terminar con el dolor físico y moral que ocasiona cierto tipo de enfermedades. La legislación que sostiene esa prohibición reproduce un criterio confesional que distorsiona la laicidad del Estado.

En Grecia se distinguió entre el suicidio cometido por cobardía o para sustraerse a la acción de la justicia, y el suicidio honorable. Las tragedias de Esquilo, Eurípides y Sófocles ofrecen ejemplos que ilustran este último caso. En trece de sus treinta y dos obras conocidas ocurren suicidios con estas características.⁶ En cuanto a Roma, se admitía el derecho a privarse de la vida “por no sufrir una enfermedad” o por “el dolor que le molestaba” [al suicida].⁷ Más interesante aún es lo que refiere Quintiliano: quien

5 Harran, Marilyn J., “Suicide”, en Eliade, Mircea, *The Encyclopedia of Religion*, N. York, Simon and Schuster, 1995, t. 14, pp. 125 y ss.

6 Véase Garrison, Elise P., “Attitudes toward suicide in ancient Greece”, en *Transactions of the American Philological Association*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, Vol. 121 (1991), pp. 20 y ss.

7 Ulpiano, *Digesto*, 28, 3, 7.

deseaba quitarse la vida debía solicitar autorización al Senado para que determinara si el suicida pretendía evitar el cumplimiento de un deber. De no ser así el Senado no objetaba la decisión.⁸

La extensa carta pastoral *Samaritanus Bonus* (julio 14 de 2020), publicada con la aprobación de Francisco I, sintetiza y ratifica los argumentos de la Iglesia católica contra la eutanasia. De manera enfática afirma que la Iglesia considera la eutanasia “un crimen”, y que “el valor de la vida, la autonomía, la capacidad de decisión y la calidad de vida no están en el mismo plano”. La eutanasia “es un acto malo” que constituye una violación “de la Ley de Dios” y, por ende, “aquellos que aprueben leyes sobre la eutanasia y el suicidio asistido se hacen cómplices del grave pecado que otros llevarán a cabo”. Este texto no deja duda alguna acerca de la prelación que la Iglesia otorga a la vida frente a la autonomía vital, la dignidad, la libertad y el bienestar de las personas, y su intrusión en los procesos legislativos colocando a los representantes políticos en la disyuntiva de garantizar el ejercicio de las libertades o pecar. *Samaritanus Bonus* confirma la presión confesional sobre las decisiones políticas y jurídicas de los Estados que proscriben la eutanasia y que, en concordancia con la posición eclesial, convierten un pecado en delito, y por ende ponen el aparato coercitivo del Estado al servicio de una decisión eclesial.

5. El suicidio como delito

El suicidio fue calificado por Aristóteles como un acto de cobardía ante condiciones adversas de carácter económico, sentimental o físico,⁹ y como un acto contrario al Estado (*polis*) en tanto que lo priva de un soldado, de un contribuyente y de un ciudadano. Aquí se registra una concepción arcaica de la norma pues para el célebre filósofo la ley prohibía todo lo que no permitía.¹⁰ Las costumbres de la época confirman que esta era la forma en que se entendía la privación de la vida por mano propia. Esquines refiere que a los suicidas se les cortaba la mano con la que se habían dado muerte para enterrarla sin el cuerpo, en señal de castigo por haber perpetrado con ella un acto injusto.¹¹

8 Quintiliano de Calahorra, *Instituciones oratorias*, VII, iv, 39.

9 *Ética Nicomaquea*, III, 7.

10 *Ídem*, V, 10.

11 *Contra Ctesifonte*, 244.

En las sociedades teocráticas y en los Estados confesionales el suicidio era castigado rehusando la sepultura del suicida en los cementerios destinados a los feligreses y en ocasiones incautando¹² sus bienes. La inercia hizo que estas prácticas subsistieran incluso en Estados que habían avanzado en materia de tolerancia religiosa. En Inglaterra, por ejemplo, el enterramiento de los suicidas en las vías públicas y sin identificación fue derogado apenas en 1823, aunque la confiscación de los bienes del suicida subsistió hasta 1870.¹³

6. Homicidio piadoso

Para atenuar los efectos de la sanción el derecho penal desarrolló el tipo de homicidio piadoso en el que se dan al menos los siguientes elementos: 1) petición libre, consciente, reiterada, informada, razonada, fundada y comprobable por parte de quien requiere la participación de un tercero para privarse de la vida; 2) aceptación de un tercero por razones de piedad, ante el sufrimiento inevitable, insoportable, insuperable e irreversible del solicitante; 3) idoneidad del tercero, en el sentido de ser persona honorable, con o sin vínculos afectivos o profesionales con la víctima; 4) ejecución de la voluntad del solicitante en condiciones clínicas razonables y aceptables conforme a los estándares de la ciencia médica, y 5) valoración judicial *ex post* de las circunstancias.

El homicidio piadoso, también conocido como homicidio consentido, solicitado, compasivo, misericordioso o a ruego, sigue siendo un delito, pero suele ser objeto de una sanción atenuada y, en ciertos casos, se admite que el juez exima de pena al autor.

7. Restricciones a la libertad

Penalizar la eutanasia es un residuo de las múltiples restricciones a las libertades superadas de manera progresiva por el constitucionalismo. Conviene tener presentes algunas de esas limitaciones para advertir que la prohibición de la eutanasia tiende a ser rebasada.

A partir de las grandes revoluciones modernas en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, resultaron otros tantos instrumentos enunciando los

12 En el latín medieval *incautare* significaba *multa*.

13 *Burial of Suicide Act*, 1823, y *Forfeiture Act*, 1870.

derechos civiles y políticos: debido proceso legal; igualdad; irretroactividad de la ley; justicia imparcial, pronta y expedita; propiedad; proscripción de la esclavitud, de penas infamantes y trascendentes, de tortura y de trabajo forzoso. También seguridad, sufragio activo y pasivo, derecho a la vida y las libertades de asociación, contratación, creencias, expresión, pensamiento, reunión y tránsito. Empero, no todos estos derechos figuraron en las constituciones desde un primer momento ni se aplicaron tan pronto como fueron enunciados.

En materia religiosa, por ejemplo, la Constitución mexicana de 1824 establecía en su artículo 3º que “la religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.” Este precepto implicaba una negación categórica de las libertades de creencias, pensamiento y expresión. El planteamiento libertario se convertía en una expresión vacua. Por diversas circunstancias, en especial con motivo de asentamientos de protestantes en los territorios del norte de México, las constituciones sucesivas atenuaron un poco el rigor de ese precepto, pero fue necesario esperar hasta que la de 1857 suprimió la intolerancia. A partir de ese momento inició la construcción paulatina del Estado laico en México.

En la mayor parte de los sistemas constitucionales se ha procedido con una circunspección similar, de suerte que las normas restrictivas de las libertades han subsistido a lo largo de centurias. A los obstáculos religiosos se han sumado otros, de índole cultural, económica, política y social, que se realimentan de manera recíproca. Las libertades electorales, por ejemplo, fueron objeto de diferimientos constantes para los pobres, para las mujeres y para los grupos étnicos. Los primeros sistemas constitucionales del siglo XIX condicionaban el ejercicio del sufragio a quienes sabían leer y escribir y a que dispusieran de un ingreso mínimo; el voto femenino apenas se consiguió de manera muy pausada a lo largo del siglo XX y la discriminación electoral por motivos raciales todavía está presente incluso en algunas democracias que se consideran avanzadas.

Veamos otro ejemplo de lentitud en el avance de los derechos fundamentales. La esclavitud es la máxima restricción posible a la libertad. Fue apenas en 1890 cuando un congreso internacional celebrado en Bruselas acordó su proscripción definitiva. En contraste, en esa época se daba por establecido el constitucionalismo en buena parte del mundo, y se hablaba de manera general de democracia. A pesar de ese amplio acuerdo, el

colonialismo subsistió a gran escala hasta la segunda mitad del siglo XX. Todavía en el XXI hay vestigios coloniales en África, América, Asia y Oceanía. En cuanto a la esclavitud, en 1924 la Sociedad de las Naciones integró una Comisión Temporal sobre la Esclavitud y dos años más tarde fue suscrito otra convención internacional para volver a proscribir la apropiación de personas. Ante la persistencia del problema, en 1953 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo para modificar la anterior Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. El siglo XXI avanza y sigue sin resolverse el grave problema de trata de personas.

En cuanto a las restricciones a las libertades de pensamiento y expresión, la Inquisición fue una institución medieval que perduró en España hasta 1834, y el índice de libros prohibidos apenas fue suprimido por el papa Pablo VI en 1966. Para entonces incluía, entre otras, obras de los premios Nobel Anatole France, Henri Bergson, André Gide y Jean-Paul Sartre, de la misma forma que antes lo había hecho con *Crítica de la razón pura* y *El contrato social*, por ejemplo.

Por lo que hace a instituciones civiles, el matrimonio como contrato civil fue establecido de manera progresiva a partir del siglo XIX y el divorcio tardó aún más para ser adoptado por los ordenamientos nacionales. En Chile, por ejemplo, apenas es legal a partir de 2004, y sigue prohibido en Filipinas.

Los ejemplos anteriores muestran dos cosas: los cambios enfrentan grandes resistencias, pero a la postre se establecen porque forman parte de un proceso institucional conforme al cual las libertades se complementan y refuerzan de manera recíproca. La velocidad de ese proceso es variable en cada sistema y en ocasiones sigue una ruta oscilante. Un ejemplo significativo es la resolución del caso *Roe v. Wade* (1973), que ha sido objeto de avances y retrocesos legislativos y jurisprudenciales, y que medio siglo después continúa siendo cuestionada.

8. Efectos de la prohibición de la eutanasia

La libertad ha prosperado a despecho de los obstáculos basados en inercias, posiciones dogmáticas o intereses. En una sociedad de libertades propenden a ser aceptadas las decisiones personales que no dañan a terceros, por lo que resulta incompatible con los postulados del constitucionalismo

contemporáneo que subsistan normas de oriundez confesional, aplicables de manera coactiva a la totalidad de la población. En las sociedades abiertas son muchos los creyentes que no concuerdan con las disposiciones limitativas de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, ni con las restricciones impuestas a la población LGTB+ o las concernidas con la proscripción de las prácticas eutanásicas. Muchas de estas reservas corresponden a formas de confesionalismo que tienden a desaparecer en los Estados constitucionales. Algunas expresiones confesionales subsisten en las instituciones por inadvertencia de los gobernantes o merced a la influencia de las organizaciones eclesiales, pero el hecho social que se va generalizando es muy claro: las instituciones propias del Estado laico se abren paso, así sea con dificultad.

A pesar de las resistencias, los mayores avances de los derechos se registran con relación a reivindicaciones planteadas por sectores o grupos activos, como es el caso de las mujeres y de las personas pertenecientes al conjunto LGTB+, por lo que el derecho a la eutanasia ha quedado rezagado pues quienes desean ejercerlo suelen encontrarse en condiciones de desventaja que les impiden llevar a cabo movilizaciones o actos de protesta que obliguen a los órganos del poder a darles una respuesta positiva. En su lugar, la academia, organizaciones sociales, líderes culturales, medios de comunicación y redes sociales han tomado la parte activa de su defensa. Con todo, aun no alcanzan una dimensión que obligue a las instancias de poder a prestarles atención. Lo conseguido ha sido producto de la acción razonable de algunos dirigentes, sobre todo en el contexto de sociedades sensibles a los problemas de las personas enfermas y ancianas.

La prohibición de la eutanasia tiene consecuencias adversas para la autonomía vital, la dignidad, los derechos de las minorías y el derecho a la vida.

La autonomía vital consiste en la libertad que tiene toda persona para conocer y decidir acerca de las implicaciones de un tratamiento médico, o para determinar en qué condiciones y hasta cuando está dispuesta a soportar un padecimiento irremediable, en ocasiones con dolores extremos o que aun sin producir dolor, desde su perspectiva afecta su dignidad. Por consiguiente, la autonomía vital comprende dos grandes decisiones: la supresión de un tratamiento indeseado y la terminación voluntaria de la vida, por mano propia o con asistencia de un tercero. Cada uno de estos supuestos supone una rigurosa ponderación

científica, ética y jurídica de las circunstancias en que es procedente el ejercicio de los derechos asociados a la autonomía vital.

El concepto jurídico de dignidad está en formación. Desde la primera sistematización de la idea de dignidad, formulada por Pico de la Mirandola en 1496, quien la veía como una síntesis de la libertad y de la voluntad, hasta nuestro tiempo, sigue siendo un principio muy abstracto acerca del cual se identifican algunos elementos característicos, pero no se cuenta con una definición conclusiva. Por mi parte he apuntado que la dignidad es la suma de las potestades reconocidas a la persona, que le dan el carácter de integrante de la voluntad general y, por ende, la convierten en la autora última de las decisiones del Estado. “La soberanía es al ente colectivo llamado pueblo, lo que la dignidad es al ente singular llamado persona, y de la misma manera que el ejercicio de la soberanía del Estado nacional no excluye la vida internacional, el reconocimiento de la dignidad personal no entorpece la vida social. Ambos conceptos se complementan y expresan una relación de poder supremo, colectivo e individual, pero en ningún caso un poder ilimitado o absoluto. Así como la idea de soberanía no tiene una base natural, la idea de dignidad no tiene un carácter moral: ambos deben ser contemplados como principios jurídicos.”¹⁴

A partir de la Carta de las Naciones Unidas, de 1945, el principio de dignidad se fue generalizando en los diferentes ordenamientos nacionales. Todas las constituciones democráticas de la posguerra incluyen el principio de dignidad, por lo que cualquier limitación a su ejercicio contraviene a la norma suprema. La prohibición de la eutanasia, además de afectar la dignidad, viola los derechos de las minorías. Los principales voceros de la prohibición aluden a que la mayoría social es creyente. Este no es un argumento sostenible para negar derechos a la minoría. La democracia mayoritaria fue el criterio dominante durante el siglo XIX y dio pie a excesos en perjuicio de minorías culturales, religiosas, sexuales y sociales que todavía subsisten. El pluralismo democrático contemporáneo consiste en garantizar los derechos que incumben a las minorías.

La argumentación más radical en contra de la eutanasia se basa en el derecho a la vida. Este es tal vez el punto más sensible porque intenta

14 Valadés, Diego, “Eutanasia. Régimen jurídico de la autonomía vital”, en Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, 2008, p. 133.

hacer ver como enemigos de la vida a quienes abogan por la eutanasia. Es un sofisma pues la eutanasia es un derecho que sólo se ejerce en condiciones extremas, reguladas de manera estricta, y mediante la ponderación individualizada de los diferentes bienes tutelados por el orden jurídico.

En algunos países, en especial en Estados Unidos debido a las características de su sistema de salud, se aduce que las compañías de seguros tienen interés en la eutanasia para aminorar los gastos ocasionados por pacientes sin solución terapéutica. Se trata de una falacia para desprestigiar las normas eutanásicas adoptadas en diversos estados de ese país. Con fundamento en las experiencias acumuladas, se ha visto que sólo un 0.27% de los pacientes satisfaría los requisitos para acudir a la eutanasia.¹⁵

En el ordenamiento constitucional mexicano, que coincide con la mayor parte de los sistemas contemporáneos, hay derechos indisponibles, como el de igualdad, con la consiguiente interdicción de la discriminación (artículo 2º), el de libertad, en tanto que están prohibidas la esclavitud y la celebración de cualquier tipo de acuerdo por virtud del cual se menoscabe la libertad de las personas (artículo 5º) y el de acceso a la justicia (artículo 17). En cuanto a la vida, debe distinguirse si se trata de un derecho o de una obligación. Como derecho, resulta indefendible postular que una persona esté obligada a vivir en contra de su voluntad expresada de manera consciente, fundada y libre, por no desear soportar un mal insuperable que le produce un sufrimiento físico y moral extremo. La vida deja de ser un derecho para convertirse en un deber ante el Estado cuando éste la impone contra todos los argumentos y razones posibles por parte de quien la padece.

Los ordenamientos nacionales muestran que la vida no es un derecho absoluto pues es posible entregarla en defensa del país. De acuerdo con la Constitución mexicana es obligatorio para los nacionales “defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria” (artículo 31). En la página oficial del Colegio Militar se alude así al patriotismo: “Es el amor a la patria, a México, a sus tradiciones, historia y valores. Es el respeto a la bandera y al himno nacional. Lo más honroso

15 Véase <https://euthanasia.procon.org/questions/would-financial-motivations-encourage-insurance-companies-and-health-care-providers-to-promote-euthanasia-and-physician-assisted-suicide/> (Consultada el 8 de mayo de 2022).

para un soldado es perder la vida por la patria. Como soldados, el amor a la patria es hasta el último aliento.” El artículo 1034 de la Ordenanza General de la Armada contiene el juramento que deben rendir los oficiales de nuevo ingreso en los siguientes términos: “¿Protestáis seguir con fidelidad y constancia esta bandera, enseña de nuestra Patria, y defenderla hasta perder la vida?” Disposiciones como estas, que expresan el valor relativo de la vida, son comunes en la mayor parte de los ordenamientos de los Estados constitucionales. Incluso la última estrofa del himno nacional mexicano dice: “¡Patria! ¡Patria! tus hijos te juran / Exhalar en tus aras su aliento”. La pervivencia de la prohibición del suicidio asistido, por consiguiente, no corresponde a una posición sistémica, sino a la latencia de principios confesionales residuales.

Un Estado que impone el sufrimiento como un deber no es democrático ni laico, pues actúa por encima de la libertad de convicciones éticas y filosóficas de las personas. En un Estado laico no debe ser obligatorio el ejercicio de un hipotético derecho a la vida por parte de quienes desean ejercer su autonomía vital y defender su dignidad. Este tipo de Estado no es totalitario en tanto que respeta otro tipo de libertades, pero sí es un Estado confesional, en la medida en que convierte a las normas religiosas, que siempre son de libre adhesión, en normas coercibles para todos, incluidos los no creyentes.

La eutanasia, practicada de conformidad con los estándares adoptados por un número en aumento de sistemas jurídicos, no daña a la sociedad ni a las personas que se acogen a los procedimientos eutanásicos. Por el contrario, permite reducir el número de suicidios en condiciones traumáticas. Durkheim identificó las categorías egoísta y altruista del suicida, y en esta última hizo referencia a los ancianos y a los enfermos que se quitan la vida “para escapar a la ignominia”, pues “nunca se está obligado a gozar de un privilegio”.¹⁶ También retomó y desarrolló el concepto de anomia de Tucídides, adaptándolo a la sociedad y al Estado contemporáneos. Mostró cómo la atrofia de la acción reguladora afecta al conjunto social y a sus componentes individuales y, en este último caso, se convierte en una causa del suicidio. En especial advirtió que el poder gubernamental, en lugar de ser el regulador de la vida económica, se había convertido “en su

16 Durkheim, Émile, *El suicidio*, México, UNAM, 1974, p. 299.

instrumento y su servidor".¹⁷ Lo que ahora encontramos, entre los signos anómicos del Estado, es un efecto paradójico de la democracia electoral, que si bien es la base de legitimación del Estado constitucional, también abre la posibilidad de que los elegibles opten por someterse a las imposiciones eclesiales para no exponerse a una condena moral que les prive del caudal de votos de los creyentes. Las expresiones intimidantes de la carta pastoral *Samaritanus Bonus* apuntan hacia destinatarios precisos: los actores políticos.

Puede considerarse que una variante del suicidio anómico es en la que se incurre a falta de regulación que permita ejercer el derecho a la eutanasia. El hecho social es que quien desea quitarse la vida lo hace, a menos que se lo impidan su condición física o su preocupación moral por afectar a quienes forman parte de su entorno afectivo. Quien toma la decisión y cuenta con la capacidad física para privarse de la vida, lo lleva a cabo en circunstancias de dolor moral extremo como sucede con quienes se precipitan de una altura, se arrojan al paso de un vehículo, se envuelven en bolsas plásticas, ingieren venenos o barbitúricos en altas dosis, o utilizan armas de fuego o instrumentos punzocortantes, sin tener oportunidad de experimentar el tránsito a la muerte en condiciones razonables y apacibles, ni de despedirse en condiciones humanitarias de sus afectos.

9. La eutanasia como *derecho humano*

En los lugares donde la eutanasia es practicada conforme a disposiciones legales o resoluciones jurisdiccionales, se trata de un derecho cuyo ejercicio se sujeta al cumplimiento de requisitos estrictos. A diferencia de los demás derechos humanos, los procesos eutanásicos deben cumplir con una serie de exigencias y trámites rigurosos. En este caso lo que se tiene es el derecho a solicitar el proceso eutanásico y no el derecho a practicar la eutanasia de manera directa e incondicional. El *derecho a la eutanasia* está sujeto a un amplio elenco de las decisiones de terceros, incluidos los órganos del poder que autorizan su ejercicio conforme a cada caso específico.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) determina que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes." (art. 5º). En términos similares, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (también conocido como Pacto de San José, 1969) establece:

17 *Ídem*, p. 349. *El suicidio* fue publicado en 1897.

“Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 5.2). Si bien estas normas fueron construidas pensando en materia penal y asociadas a la tortura, cada uno de sus elementos puede ser leído como una disposición autónoma aplicable a otro tipo de situación en la que una persona se encuentre. Las normas en materia de derechos humanos no son objeto de lectura e interpretación restrictiva sino, por el contrario, extensiva. Por consiguiente, aunque las normas trascritas fueron adoptadas en el contexto de la proscripción de la tortura, es razonable que se extiendan a todo tipo de tratos crueles, inhumanos y degradantes inferidos a las personas.

La *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984) definió la tortura en su artículo 1º, pero en el 16 agregó: “Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan **tratos o penas** crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1”. La referencia a la crueldad, inhumanidad y degradación en perjuicio de las personas puede entenderse como asociada a los tratos en general y a las penas en especial.

Es obvio que no pueden invocarse estos instrumentos internacionales en el sentido de hacerlos aplicables a los casos en los que se encuentren los solicitantes de un proceso eutanásico, pero sí considero razonable que los conceptos de crueldad, inhumanidad y degradación sean extendidos a las personas que, contra su voluntad expresa, son mantenidas por los órganos del poder estatal en las condiciones de dolor físico o moral a las que antes me referí. Es lo que da sentido a los principios de universalidad, progresividad e indivisibilidad de los derechos humanos.

A manera de ejemplos, veamos lo que algunas constituciones dicen acerca de la dignidad. Colombia: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Art. 1º); Costa Rica: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.” (Art. 33); Guatemala: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona

puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.” (Art. 4º); Perú: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” (Art. 1º); “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.” (Art. 3o); República Dominicana: “La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en la indisoluble unidad de la Nación, patria común de todos los dominicanos y dominicanas.” (Art. 5º). En tanto que se trata de normas jurídicas y no de proclamas políticas, estas disposiciones son vinculantes y en cada caso habrá que darle un alcance amplio al principio de dignidad.

Corresponderá a los tribunales constitucionales determinar el alcance de las normas concernidas con la dignidad, y en los casos en los que su interpretación resulte restrictiva, quedará abierta la jurisdicción interamericana de los derechos humanos, donde tendrá que precisarse hasta qué punto lo que afecta la dignidad de las personas implica un trato cruel, inhumano o degradante. A partir de su adopción por parte de diversos ordenamientos, la eutanasia tiende a generalizarse un derecho humano conquistado por los dolientes.

En 1784 Immanuel Kant publicó un ensayo que dio nombre a una época. En *¿Qué es la Ilustración?* decía que ser ilustrado era no temer a las sombras, y que en materia legislativa esto significaba que no había peligro alguno al consentir que los súbditos hicieran “uso público de su propia razón”. Para entonces ya había sido publicada la declaración de derechos de Virginia (1776) y en junio de 1789 James Madison propuso las primeras reformas a la Constitución de Estados Unidos que incluyeron una declaración de derechos. Entre ambas declaraciones hay muchas semejanzas, al igual que con la adoptada en Francia en agosto de ese mismo año. También existen algunas diferencias. En el caso francés es perceptible la influencia kantiana, en especial en el artículo 5º según el cual: “La ley no tiene derecho a prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad”.

Concluyo con esta referencia distante porque si bien estamos en el siglo quinto de la era de los derechos humanos, todavía no tenemos un concepto unívoco de ellos. Sabemos, no obstante, que el catálogo no ha

cesado de crecer desde sus primeros enunciados formales originados en la Revolución Gloriosa.

Para los efectos de este ensayo me quedo con el artículo 5º de la declaración francesa. Es lesivo para la sociedad que uno de sus miembros sea privado de la vida de manera ilegal o ilegítima. En nuestro tiempo hay un fuerte movimiento adverso a la pena de muerte, prohibida ya por numerosas disposiciones nacionales e internacionales, pero sigue siendo legal en algunos sistemas; también se admite la legitimidad de ocasionar la muerte con motivo de actos de guerra, siempre que se acaten las normas internacionales en la materia. Hay otros casos en los que no me detengo pues sólo deseo subrayar que no todos los actos de los que resulta la muerte deliberada de una persona se califican como dañosos para la sociedad.

Una de las excepciones que ha venido abriéndose paso es la eutanasia. Aun cuando la expresión "suicidio asistido" suscita alguna reserva semántica pues el significado literal de suicidio es la muerte por sí mismo, lo que se denota es que se recibe un auxilio indispensable para llevar a cabo la acción privativa de la vida de forma humanitaria. Dejando las consideraciones semánticas por un lado, el problema jurídico consiste en determinar si en ciertas circunstancias, precisadas y corroboradas de manera muy rigurosa, como se ha mencionado más arriba, una persona puede ayudar a otra a morir.

La respuesta se puede dar a partir del citado artículo 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Aquel que tiene razones médicas excepcionales y justificadas para no querer vivir, ¿en qué daña a la sociedad privándose de la vida? Por mi parte no encuentro nocividad alguna. La cuestión es más compleja cuando un tercero auxilia a quien solicita apoyo para quitarse la vida, mediando las razones ya mencionadas. La pregunta se repite: ¿perjudica a la sociedad quien asiste a uno de sus miembros para ejercer un derecho que por sí solo no puede llevar a cabo? Mi punto de vista es el mismo: no.

Planteado el asunto a la inversa es posible inquirir: ¿beneficia a la sociedad el sufrimiento insoportable e insuperable de uno de sus miembros? Los únicos argumentos en pro del dolor como obligación corresponden a convicciones metafísicas salvíficas. Son convicciones muy respetables y toda persona que esté persuadida de la vida ultraterrena y desee acceder a ella mediante el sacrificio propio, tiene derecho a actuar conforme a

esa creencia. Lo incompatible con un Estado laico es que quien profese semejante creencia religiosa y esté dispuesto al sacrificio propio, exija a la vez el sacrificio ajeno.

Se aduce que el dolor es superable mediante cuidados paliativos. Esto es cierto sólo en parte porque no contempla otra dimensión: la dignidad. Todavía son pocos los Estados donde la eutanasia ya es un derecho, pero es un derecho que apunta hacia una expansión creciente, como ha sucedido con los derechos humanos que lo precedieron. Existen protocolos bien probados que salvaguardan los derechos de la sociedad y los concilian con los de cada individuo que, en situación extrema e irreversible, opta por dejar de vivir. La eutanasia corresponde al principio de que ningún Estado constitucional puede convertir el dolor en deber, ni puede imponer normas eclesiásticas mediante coacción.

NECESIDADES SOCIALES DE ATENCIÓN “EXIGIBLE” QUE GENERAN DERECHOS Y DEBERES ESENCIALMENTE POLÍTICOS



Alejandro Pérez Hualde*

2022

“Basta quitar uno de los lados para dismantelar el sistema”¹.

Sumario: I. Introducción. II. Las respuestas normativas y los tiempos requeridos. III. La estructura del poder en crisis. IV. Los requerimientos de equidad y dignidad. V. El mercado y su gran capacidad y velocidad de respuesta. VI. Las necesidades de atención “exigible” prioritarias y generadoras de un derecho a su satisfacción equitativa y digna. VII. La nueva riqueza y su puerta de acceso: la educación. VIII. El desafío al Derecho Administrativo del siglo XXI. IX. La salida: los principios constitucionales.

Nos proponemos efectuar un abordaje crítico que contribuya a colocar en su verdadera dimensión de compromiso real al poder político frente a las acuciantes reclamaciones sociales originadas en la marginación y la pobreza, de presencia indudable, que hoy afecta a

* Profesor de “Teoría de los Servicios Públicos” en el MDA en la Universidad Austral (BUE), de “Bases constitucionales para el Derecho Administrativo” en el MDA de la Universidad Nacional de Córdoba, Director de Carrera de Doctorado y catedrático de “Derecho Administrativo 2” en la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza).

1 BUNGE, Mario, https://www.clarin.com/cultura/testimonio-lucido-epoca-10-frases-mario-bunge_0_kPX3Bjsw.html (entrada 24/06/2022).

nuestras sociedades cuyas dirigencias se encuentran inmersas -a su vez- en la vorágine provocada por los altísimos niveles de consumismo, conflictos banales, e indiferencia intolerable a esta altura de las circunstancias.

Por eso no vamos a entrar en análisis de fallos jurisprudenciales ni tendencias judiciales ni en resortes procesales posibles... procuramos interpellar y desafiar a la política y apelar a sus responsabilidades sostenidas en definiciones claras con base jurídico constitucional. Porque, además, entre otras cargas, también son ellos quienes designan a nuestros jueces, aparentes responsables de la falta de respuesta institucional del sistema.

I. Introducción

Los derechos sociales fundamentales han sido objeto de gran dedicación y preocupación en las últimas décadas debido a una profundización de la visión interdependiente y consecuente de éstos con los que denominamos derechos "*individuales*" ya trabajados desde la Revolución francesa. Fenómeno histórico relevante que es considerado imprescindible como antecedente que brinda explicación y sentido al proceso progresivo de desarrollo orientado hacia el rumbo que todavía hoy perseguimos en búsqueda de la dignidad que adeudamos a grandes grupos con intereses de incidencia colectiva con necesidades de carácter "*exigible*" que interpellan a nuestra comunidad.

Ese tratamiento social, equitativo y digno debió ya iniciarse en ese mismo movimiento histórico debido a su expresa invocación a la "*fraternidad*" por cuanto se trata de un concepto de por sí inconcebible sino es en un ámbito social y -dentro de él- muy estrecho y de compromiso humano directo y personalizado. El reconocimiento carnal del carácter de "*hermano*" en el otro es, quizás, el de más alto rango cualitativo y digno que puede brindarse a otro ser humano. Parece sorprendente que todavía hoy ocupe tanto espacio en investigaciones humanísticas y sociales la percepción adecuada del "*otro*" en nuestro mundo digitalizado.

No obstante, las primeras manifestaciones constitucionales de la preocupación por la dimensión social de los derechos vinieron de la mano de las reclamaciones laborales (según la Escuela de Kiel²) esbozadas en un entorno de graves carencias y violencia en la Constitución de Francia de

2 Ver Peter HÄBERLE, Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, en César LANDA, coordinador, "*Constitución económica del Perú*

1848, luego en las de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919³. El advenimiento de la Declaración Universal de los DDHH en 1948, la constitución de Bonn de 1949, a la que podríamos sumar la denominada “*justicialista*” argentina del mismo año -de la mano de Arturo Enrique Sampay⁴-, profundizan también en la temática de los derechos sociales.

La Reforma constitucional argentina de 1994 incorporó conceptos normativos de gran relevancia social como ocurre en los criterios de distribución de la coparticipación federal, la que deberá ser “*equitativa, solidaria, y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades*” (art. 75 inc. 2 y 8 CN), imponiendo al Congreso el deber de “*proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social*” ... y de “*promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*” (art. 75 inc. 19 CN), como así también “*promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato*” (art. 75 inc. 23 CN).

En este caso la novedad más importante se manifiesta en el compromiso con la “*acción positiva*” impuesta a los gobiernos para la realización de los derechos contenidos en las convenciones celebradas a nivel internacional, acompañadas de la formal sumisión a la jurisdicción de tribunales internacionales a ese efecto y con el consecuente llamado de atención a la necesidad de marcos normativos e instrumentos idóneos para esa realización; los “*estados parte*” somos los responsables directos de la efectiva existencia de los necesarios instrumentos de organización y de procedimiento que los hacen eficaces.

También hay que reconocer el crecimiento de un alto grado de desarrollo en el estudio y en la evolución de respuestas judiciales desde los controles de constitucionalidad y de convencionalidad emanados desde tribunales nacionales e internacionales que han brindado, ante casos concretos individuales, distintas respuestas, algunas de ellas valiosas y

(Foro Económico Asia-Pacífico APEC)”, *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año III, nro. 6, edición especial, Palestra Editores, Lima, 1991, p. 37.

3 Decimos internacionales porque la provincia argentina de Mendoza ya exhibe en su Constitución de 1910 el derecho a la huelga y en 1916 la jornada laboral, el descanso semanal y las condiciones especiales para el trabajo de la mujer

4 SAMPAY, Arturo Enrique, *La reforma constitucional*, Ediciones Laboremus, La Plata, 1949, p. 37.

señeras para la añorada construcción de una respuesta política general y global que aún se encuentra pendiente.

Pero no sólo resulta insuficiente como respuesta comprensiva, sino que además suele responder a una estrategia de judicialización innecesaria de cuestiones fundamentales que debe solucionar la política y que, ante su impotencia, busca algún tercero que se haga cargo y, de paso, un tercero que carece de instrumentos, de formación y de medios para defenderse en el terreno de una política, que hoy se presenta amañada y coyuntural, y que luego terminará echándole la culpa de cualquiera que sea la solución tribunalicia aportada. Y esto es así porque la cuestión no es judicial desde el punto de vista estructural del poder constitucional. No hablamos de cuestiones políticas *"no justiciables"* sino de cuestiones constitucionales que corresponden a otro poder.

II. Las respuestas normativas y los tiempos requeridos

No obstante, esa compulsión al reconocimiento constitucional de derechos no fue acompañada por el contexto normativo, según oportunamente lo puso en evidencia Gargarella, que debía construir -precisamente- esos instrumentos que, debemos admitir, son propios del Derecho Administrativo, que está siempre más obligado a responder con eficacia a la coyuntura a la que debe contestar, pero siempre necesitado del soporte filosófico constitucional imprescindible que en estos tiempos requiere reformatear el razonamiento positivista que todavía lo subyuga.

Afirma Hesse que *"la concretización del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resulta posible incorporando las circunstancias de la realidad que esa norma está llamada a regular"*⁵.

El siglo XXI nos encuentra con otro panorama muy distinto caracterizado, en principio, por un retraimiento sensible del positivismo jurídico, quebrado en los juicios de Núremberg y en aquel de *"Los tiradores del muro de Berlín"*, dando inicio así a una nueva era del Derecho -según destaca Alfonso Santiago⁶-, y con ello a un consecuente descenso de la apreciación

5 HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 29; los subrayados son del autor.

6 SANTIAGO, Alfonso, *Una nueva era del derecho, 1945-2017*, en revista *El Derecho Constitucional EDCO*, t. 2017, p. 529 y sgs. El autor cita a Perelman: *"los juicios de*

de la importancia crítica de los cuerpos legislativos a pesar de ser aun esenciales para el sistema democrático liberal.

Como una consecuencia obvia y esperable del descrédito de sus frutos, sobreviene la devaluación de la representación política que no sólo dificulta la construcción de respuestas colectivas y coordinadas, sino que potencia las respuestas individuales, erráticas, cambiantes, coyunturales, sin homogeneidad, espontáneas, poco pensadas, y reducidas a algunas decenas de caracteres, etc.

Señala Gargarella que *“Hoy, la imposibilidad de representar y expresar la diversidad social es estructural e irreversible. El sueño de la representación plena se terminó para siempre”*⁷. Pero el esfuerzo por salvarla de algún modo creativo sigue vigente porque es cierta la afirmación de Riberi: *“sin representación, ora por asimilación ora por autorización, no puede haber autoridad, y sin autoridad, en verdad no puede haber Estado, ni orden jurídico, ni constitución, por cierto”*⁸.

Y esta realidad se debe también a que *“la democracia representativa requiere tiempo: lo requiere la activación del circuito de responsabilidad entre electores y elegidos, como la deliberación de las leyes”*, entre sus programas prometidos y difundidos, y la efectiva promulgación de ellos en el proceso legislativo normal, y ese lapso, es algo que la democracia moderna, denominada *“del público”* por Manin⁹, no está dispuesta a soportar, pues requiere respuestas inmediatas y las exige invocando una pretendida pertenencia a grandes organizaciones que ya no son los partidos políticos tradicionales.

“La cuestión de que las políticas necesitan tiempo para ser elegidas y, por lo tanto, evaluadas por los electores se ha dejado de lado” y con ello, como consecuencia necesaria, afirma César Pinelli, *“liberados del peso de ser juzgados en función de sus políticas, parlamentarios y dirigentes de partido se concentran en*

Nüremberg significaron la muerte del positivismo jurídico como paradigma predominante para la explicación y operación del derecho”.

7 GARGARELLA, Roberto, La “conversación entre iguales”, en diario “Clarín”, del 25 de junio de 2021, https://www.clarin.com/opinion/conversacion-iguales-_0_NR06SRbNr.html

8 RIBERI, Pablo, Teoría de la representación política. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 173.

9 MANIN, Bernard, Principi del governo rappresentativo, Il Mulino, 2007; destaca que *“Alla democrazia dei partiti” subentra così la democrazia del pubblico, il confronto fra individui rimpiazza quello fra grandi ideologie interpretate da grandi organizzazioni”* (el subrayado es del autor).

*la construcción de una imagen de éxito. Obsesionados por los sondeos diarios, se preocupan de reflejar las preferencias actuales de los electores más que de representar sus opiniones e intereses*¹⁰.

Pues resulta que desde la filosofía se nos advierte que *“las prácticas que requieren un tiempo considerable están en trance de desaparecer. También la verdad requiere mucho tiempo... La confianza, las promesas y la responsabilidad son prácticas que requieren tiempo”*¹¹. Sobre todo, resulta particularmente trágica esa súbita desaparición de la responsabilidad política, esa misma que constituye un pilar soporte fundamental del sistema republicano y del estado de derecho.

Y mientras esto ocurre en el terreno institucional, quien está siempre atento y dispuesto a emplear los medios que estén a su alcance, sin importar si su uso está habilitado o no por la Constitución y si se siguen los requerimientos que ella contempla para su adecuada instrumentación, es el sector del poder político encarnado protagónicamente por el Ejecutivo. Señala Hesse que *“las normas jurídicas son incapaces de dominar efectivamente la distribución del poder político. Las fuerzas políticas reales se mueven según sus propias leyes, que actúan con independencia de cualesquiera formas jurídicas”*¹².

Y así lo enseñaba el maestro Alberto Antonio Spota: *“todo poder responde a dos leyes. La primer ley es ser más poder y poder más tiempo. Y la segunda ley, terrible como la primera, se anuncia diciendo que todo poder por propia dinámica se convierte a poco andar en tiránico, si es que no se lo enfrenta. Esto es, toda concentración de poder es por su propia esencia y por su naturaleza, malo”*¹³.

Invocando la emergencia y la urgencia en modo desordenado, el Presidente pega manotazos a decretos unilaterales sólo sostenidos formalmente en una ley de emergencia y de delegación ya vencida (Ley 27345), usando esa misma emergencia así declarada -y caduca- para fundar decretos de necesidad y urgencia haciendo caso omiso al requisito constitucional

10 PINELLI, Cesare y Miguel PRESNO, Crisis de la representación y nuevas vías de participación política, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

11 HAN, Byung-Chul, No-cosas. Quiebres del mundo de hoy, Taurus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, p. 19.

12 HESSE, ob. cit., p. 62; el autor cita a Georg Jellinek (“Verfassungsänderung und verfassungswandlung” de 1906).

13 SPOTA, Alberto Antonio, La división de poderes en emergencia, revista La Ley, 1992-A, p. 692.

(art. 75 inc. 3 CN) y a la jurisprudencia de la Corte Suprema (caso “San Luis” de 2002) que exige para validar su dictado -además de la urgencia- la imposibilidad de uso del procedimiento ordinario de elaboración y sanción de las leyes.

Se confunde la emergencia, declarada por el Congreso, con las urgencias, determinadas por el Presidente en acuerdo general de ministros¹⁴; se produce lo anticipado por Spota: *“el estado puede llegar a situación de emergencia, como consecuencia de emergencia sobre la sociedad, emergencia de los que mandan, y emergencia propia del estado o de estado”*¹⁵. Tal vez hoy experimentamos todas ellas al mismo tiempo.

La pandemia ha puesto en evidencia este uso infrecuente por su desprolijidad y también ha exhibido, lo que es aún más grave, la falta de interés institucional en contestar desde otros poderes, ni siquiera con un mínimo de eficiencia, en el plano político, a semejante desorden y caos normativo¹⁶. El Congreso de la Nación no logra controlar porque ya no sabe si representa¹⁷.

Pareciera que estamos frente a una resignación ante la impotencia de los instrumentos ordinarios de control previstos por la Constitución. Pues no sólo legisla el Presidente, sino que ya hemos llegado a la situación en que la Jefatura de Gabinete emite también órdenes de alcance federal

14 PÉREZ HUALDE, Alejandro, La urgencia en el marco de las emergencias, **en IJ Editores, 1/5/2020**, en <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=075c5970fa0c827015217cebc538da6d> (entrada 28/06/2022); también en Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-2/>

15 SPOTA, ob. cit., p. 708.

16 Tal vez en alguno de sus fallos aislados, como *“CABA c/ Estado Nacional”*, la Corte suprema ha intentado algún esbozo de resistencia a ese desorden generalizado, pero con mucha prudencia y mesura, operando sobre dos o tres artículos de un Decreto de Necesidad y Urgencia jurídicamente descalificable *“in totum”*.

17 Demostración palmaria de esta afirmación fue la *“acción declarativa de certeza”* intentada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJ 353/2020/CS1) por la Presidente del Senado a fin de verificar la constitucionalidad o no de sesionar a través de medios informáticos en plena pandemia, como las plataformas en uso en las universidades para sus clases, por poderes judiciales de todo el país y por el Senado de la provincia de Mendoza. ¿Era posible una manifestación de la Corte Suprema en el sentido de prohibir o de indicar al Senado cómo y cuándo puede o debe deliberar?

inadmisible pero que logran en gran medida el sometimiento inexplicable de provincias enteras basado únicamente en su filiación partidaria.

Más evidente aún es su impotencia cuando lo ponemos frente al nuevo constitucionalismo que se caracteriza más por propiciar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos más que por imponer controles y frenos a los poderes de la estructura institucional. Así como sus controles carecen de eficacia, tampoco sus declaraciones y normas programáticas pueden pasar de ser sólo eso... No logra establecer los instrumentos de organización efectivos para darles realización; ejemplos evidentes de ello son las leyes declamativas sobre economía popular, servicios públicos irrealizables como el acceso a la televisión por cable, etc...

La orfandad de principios elementales y antiguos, ya dados por supuestos -aunque siempre en proceso de construcción efectiva- como aquellos de "legalidad" y de "razonabilidad", que buscamos cultivar jurisprudencialmente desde el caso "Ercolano c/ Lanteri de Rainshaw"¹⁸ en el caso argentino, no ayuda en nada a la tarea de elaboración de las respuestas políticas que las necesidades de nuestra sociedad exigen en esta hora.

III. La estructura del poder en crisis

Esta falta de paciencia y de voluntad de espera frente a los mecanismos propios del orden institucional, impide el abordaje sólido basado en la homogeneización y conciliación de los requerimientos y dificulta la necesidad de analizar los fenómenos en toda su dimensión y complejidad y la necesaria construcción de consensos; allí donde se impone la respuesta interdisciplinaria se obliga a la respuesta simple, a la consigna, al slogan, tan apreciados por nuestra politiquería actual; a pesar de que se insiste desde la filosofía: "*todo lo que estabiliza la vida humana requiere tiempo*"... "*lo que cuenta es el efecto a corto plazo. La eficacia sustituye a la verdad*"¹⁹.

Nos hemos acostumbrado a un sistema de prueba y error y de rectificaciones y retrocesos carentes de explicación en todos los terrenos; al sometimiento de distintas realidades provinciales a las mismas órdenes y precisiones -hasta de detalle- elaboradas pensando únicamente en los centros de extrema concentración poblacional, impidiendo de ese

18 Fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina, t. 112, p. 384 del año 1922.

19 HAN, ob. cit., p. 18 y 19; el subrayado es del autor.

modo la adecuación racional, adaptada y proporcional a cada una de las situaciones tan diversas como las atravesadas por nuestras veinticuatro realidades provinciales.

Y no ayuda en este panorama el señalado²⁰ divorcio que se le presenta al político entre sus propuestas, sus proyectos y -en definitiva- entre sus posibilidades de realizarlos efectivamente y los medios económicos para plasmarlos en el terreno de los hechos. Pues sus promesas quedan dentro de la realidad política territorial mientras que esos medios para ejecutarlas están afuera, porque han huido hacia esa “*tierra de nadie*” que Bauman denomina el “*espacio de flujos*”, en manos extrañas con quienes deberá negociar y “*transar*” los términos de su concreción, provocando así un debilitamiento general de la política y un desplazamiento de sus facultades tradicionales hacia los mercados globalizados ahora también “*desregulados*” sustraídos de control, de responsabilidad y de supervisión políticas.

Las dudas sobre la genuinidad de la representación política, más el sometimiento a las presiones intempestivas, sumadas al señalado divorcio con las posibilidades efectivas de realización de las promesas, con la consiguiente desaparición de la responsabilidad política, coloca a nuestras instituciones en situación de extrema debilidad ante quienes atropellan con sus demandas urgentes sostenidas en diagnósticos acertados de la crisis y en slogans efectistas y demagógicos.

A mayor abundamiento, se sostiene desde hace tres décadas una progresiva expansión muy pronunciada de la corrupción en todos los órdenes de la Administración que lleva a los dirigentes, aun a los más progresistas, a trabajar con un “*freno a mano*” debido a la necesidad de mantener un equilibrio entre los intereses sociales y esa estructura corrupta que lo sostiene y lo hace crecer más allá de sus efectos perniciosos de deterioro en el campo político²¹.

Y no nos referimos sólo a las coimas y sobornos hoy en boga sino a las desviaciones de poder sustancial, al empleo de las competencias públicas

20 BAUMAN, Zygmunt y Carlo BORDONI, Estado de crisis, Paidós, Barcelona, 2016, p. 34.

21 Señala con acierto GARZÓN VALDÉS, (Ernesto, Calamidades, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 208) que “*el problema práctico con el que se ve enfrentado el corrupto es el de cómo conciliar la existencia simultánea del sistema normativo relevante y del subsistema de corrupción, que tan provechoso le resulta*”.

para la persecución de fines y objetivos distintos a aquellos que justificaron y legitiman su atribución, sean que fueren de grupo o individuales, partidarios o de organizaciones sociales o comerciales, es lo mismo, pues producen un vaciamiento de objetivos de las funciones estatales propias.

Para complementar lo dramático del cuadro, nos enfrentamos a una globalización extraordinaria de los problemas que no son enfrentados en igual modo y sintonía; se pretende contestar a la globalización desde respuestas individuales, desde el chauvinismo, el encierro mezquino, el cierre de fronteras; sin percibir que esa globalización exige respuestas con horizontes igualmente globales desde ordenamientos también globales y organizaciones de igual carácter²².

“Los grandes desafíos de nuestro tiempo son todos globales. Por eso, es preocupante constatar que, frente a una mayor interconexión de los problemas, vaya creciendo una mayor fragmentación de las soluciones”²³.

IV. Los requerimientos de equidad y dignidad

Todo lo expuesto nos encuentra con una atención especialmente dirigida hacia el derecho al trato equitativo, adjetivo necesario de esa igualdad intentada sin la fraternidad de la Revolución francesa, y a la dignidad como soportes imprescindibles del desarrollo humano en un ámbito de justicia.

Lo que ocurre es que a la hora de la elaboración del complejo entramado que asegure un derecho social fundamental es que se impone la presencia de *“las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”* (art. 32.2 CADH) que se traducen necesariamente en deberes concretos de la comunidad y de cada uno de sus habitantes para con el conjunto social.

Afirma Ernesto Garzón Valdés que *“un sistema político posee legitimidad si y sólo si respeta el principio de igualdad esencial de todos sus miembros*

22 Dejó expresamente constancia el Acuerdo del G-20 de abril de 2009 en Londres que: *“las grandes fallas en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis” ... “el único cimiento sólido para una globalización sostenible y una prosperidad creciente es una economía basada en los principios de mercado, en una regulación eficaz y en instituciones globales fuertes”.*

23 FRANCISCO I, papa, Discurso, ante el cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede del 10 de enero de 2022 en Ciudad del Vaticano, en el Aula de las Bendiciones www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2022/january/documents/20220110-corpo-diplomatico.html

y procura superar y/o compensar las desigualdades accidentales a través de la imposición de deberes negativos y positivos sancionados mediante un procedimiento democrático pluralista, de acuerdo con la disponibilidad de recursos de la respectiva sociedad"²⁴.

Esos deberes positivos exigen un alto nivel de ponderación porque exceden a los meramente impositivos, aunque respecto de ellos constituyen su único y sólido fundamento y justificación²⁵, y que, por ello, van más allá e imponen contribuciones y esfuerzos que no son sólo económicos sino culturales y humanísticos vinculados al "cómo" se arriba a las respuestas sociales necesarias²⁶. El compromiso implica nuestra inmersión en el modelo de derecho social constitucional y en el compromiso efectivo de su realización: *"la satisfacción de las necesidades de quienes están en una situación de mayor vulnerabilidad requieren del esfuerzo conjunto de todos –en especial de quienes están en mejor posición–"*²⁷.

La imposición de deberes para atender las justas demandas sociales lleva a la obligación imperiosa de una tarea de ponderación para justificar y determinar cuál es el nivel de necesidades a atender y asegurar y cuál el grado de esfuerzo que la sociedad debe realizar para sostenerlos *"de acuerdo con la disponibilidad de recursos de la respectiva sociedad"* conforme se ha señalado²⁸. Pareciera clave la determinación de cuáles de esas necesidades son las que

24 GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Consenso, legitimidad y democracia, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2011, Fontamara, México DF, 2013, p. 26. En igual sentido RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime F., Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales, Global Law Press, INAP, Sevilla, 2015, p. 279: *"el estado social se realiza en la medida en que desaparecen las desigualdades materiales entre las personas fruto de la acción de los diferentes poderes públicos"*.

25 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, ob. cit., p. 272.

26 Hemos abordado antes el tema en PÉREZ HUALDE, Alejandro, La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales, publicado en RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública, n° 486, Buenos Aires, 2019, p. 7-18; El trato equitativo y digno, publicado en RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública, n° 510-511, Buenos Aires, 2021, p. 24-51; y Los servicios públicos en emergencia y "nueva normalidad" (¿normalidad nueva en emergencia vieja?), en Revista El Derecho Administrativo EDA, febrero 2012, n° 1-2, 03/03/2021, Editorial Universitas, Buenos Aires, p. 1.

27 ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 28.

28 GARZÓN VALDÉS, ob. cit., p. 26.

generan derecho invulnerable a su satisfacción y quién es aquél llamado a decidirlo y convertirlas en exigibles hacia la política y -de ser necesario- a la justicia, en el caso concreto. La formulación de base positiva está presente en convenciones internacionales de derechos humanos, incorporadas a la Constitución argentina (art. 75 inc. 22) que llaman expresamente a garantizar y proteger un “*nivel adecuado de vida*”²⁹.

Los recursos deben alcanzar y ser los suficientes para el establecimiento de bases comunes para satisfacer esas necesidades de atención “*exigible*” que se hacen imprescindibles, y efectuar las distinciones ineludibles, para que una vida pueda ser llamada “*digna*”³⁰, constituidas por un mínimo al que es acreedor toda persona por el sólo hecho de serlo, un nivel que las convenciones de derechos humanos denominan “*nivel adecuado de vida*”; en las cuáles nos hemos obligado formalmente desde nuestro Estado a empeñar hasta el “*máximo de los recursos de que disponga*”³¹.

Se trata sin duda de una ecuación que únicamente puede ser resuelta en un ámbito político de consensos y de conversación, con métodos de composición de intereses, de prevención de conflictos, con instrumentos de conciliación y transacción de posiciones contrapuestas que sólo una moderna concepción integral, plural y complementaria de la regulación económica, desde un nuevo Derecho Administrativo, puede abordar con alguna posibilidad de éxito.

Decimos “*alguna*” porque es un espacio de acción que se encuentra en plena construcción sobre la mesa de las decisiones fundamentales del sistema político actual. Pues no se trata de una iluminada respuesta reglamentaria... eso ya tuvo su vigencia y hoy es incapaz por sí sola de enfrentar

29 Son los siguientes tratados: 1. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 25 inc. 12); *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 113); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (art. XI); 4. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 5 inc. f); 5. *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* (art. 14 inc h); y 6. *Convención sobre los derechos del niño* (art. 27).

30 El art. 2 del Tratado de la Unión Europea dice: “*la Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías*”. Ver CASSETTI, Luisa, *Il diritto di ‘vivere con dignità’ nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, en www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=17237 (acceso 3/02/2021).

31 *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Parte II, art. 2º, inc. 1.*

la nueva realidad, ya fracasó. También ha demostrado ser insuficiente la respuesta judicial.

Proponemos una construcción política colectiva que debe ser muy bien orientada por la autoridad y por las instituciones -viejas y nuevas-, quienes deberán revisar y renovar sus cuadros dirigentes y operativos para poder asumir la responsabilidad que se les reclama en estos tiempos; pues no se trata de un escenario de asamblea anárquica, estudiantil, seguramente estéril, sino de la responsabilidad en la conducción del procedimiento consensuado, renovado y adecuado; esa misma que contempla el art. 42 CN cuando le reclama a la legislación establecer *“procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”* en el campo de los servicios públicos.

En este contexto es que podemos afirmar, sujetos a esta actitud necesaria, que son los poderes protagonistas de la política, ejecutiva y legislativa, en todo caso *“gubernativa”* -en la docencia de Julio Oyhanarte-, quienes tienen la responsabilidad de brindar los marcos necesarios, construidos desde el constitucionalismo *“conversado”*³² con los otros actores interesados participantes, para el desarrollo de los canales de construcción de las respuestas exigidas por nuestra sociedad iluminados por los principios contenidos en nuestra Carta magna.

Para colmar el desafío, señala Milanovic que *“como sucede con cualquier acontecimiento extremo, las epidemias (n. de r.: hoy pandemia) echan repentinamente luz sobre ciertos fenómenos sociales de los que sabemos poco, pero que a menudo tendemos a ignorar o en los que preferimos no pensar”*³³.

En este nuevo contexto la primera tarea es la de determinar cuáles son esas necesidades, y con qué nivel y grado de atención, son *“exigibles”* y corresponde satisfacer con prioridad y prevalencia sobre los otros requerimientos y urgencias de la política en general; todo ello porque sostenemos su exigibilidad en el hecho de que son -precisamente- las que generan *“derecho”* a su reclamo ante la organización estatal comprometida.

32 Preferimos el término *“conversación”* por cuanto lo percibimos más comprensivo de la actitud abierta que requiere esta relación con el otro en clima de no ad-versión, ni contra-versión, ni re-versión.

33 MILANOVIC, Branko, El coronavirus igualador, en Revista Nueva Sociedad, marzo de 2020, <https://nuso.org/articulo/un-gran-igualador/> (entrada 28/06/2022).

V. El mercado y su gran capacidad y velocidad de respuesta

Se afirma con acierto que *“La política, que fija el fin de la organización social humana, aparece como la disciplina de máxima jerarquía en el orden de las ciencias del hombre y es ciencia subordinante del Derecho y de la Economía”*³⁴; se trata de evitar *“la supremacía de la Economía sobre el Derecho”*... *“la supremacía de la eficiencia y la eficacia sobre la justicia y la solidaridad”*³⁵.

No es desde el mercado, con su indiscutible eficiencia para la construcción de respuestas económicas y comerciales, de quien debemos esperar las justas respuestas sociales para las cuales no está preparado para recibirlas sino -por el contrario- para resistirlas con toda su fuerza en tanto y en cuanto le resultan distorsivas y constituyen *“externalidades”* que interfieren y estorban la libre interacción de oferta y demanda que lo sostienen en su esencia estructural y que está obligado a defender. Aunque sin olvidar que *“Las libertades económicas son, en el fondo, en primera y última instancia, libertades culturales”*³⁶.

Donde el mercado sí tiene suficiente entrenamiento y máxima eficacia es en la rápida respuesta al impulso, sobre todo al espontáneo e irracional, porque más de una vez él mismo lo planifica, gestiona y provoca, porque es la esencia de ese consumismo el que se ha transformado en su gran campo de acción y de explosiva expansión. Pues, como el mercado no atiende *“necesidades”* sino *“demandas”*, cuando éstas son súbitas, disruptivas, intempestivas, voraces, se convierte en el mejor resorte para atenderlas y aprovecharlas al máximo mientras la cultura y la política, mucho después, evalúan sus efectos sociales, perniciosos o beneficiosos, de esa imposición de *“corto plazo”*³⁷ valorando equitativamente sus consecuencias culturales.

Y esa valoración importa porque, insistimos, nuestros mercados constituyen un espacio humano y, por ello, cultural y es entonces que cabe presumir que es consciente de las realidades ya constatadas acerca de la necesidad de construir respuestas que se hagan cargo de la falsedad

34 GHIRARDI, Olsen A., Política, Derecho y Economía, en XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires y Córdoba, *“Derecho, Política y Economía. Equilibrios y desequilibrios”*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 29.

35 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, ob. cit., p. 279.

36 HÄBERLE, ob. cit., p. 104; los subrayados son del autor.

37 HAN, ob. cit., p. 18.

de la presunción de la igualdad teórica, inexistente en el campo objetivo, y de la generalmente imposible la supuestamente corrección y acierto en cada decisión individual económica racional y positiva de cada uno de sus agentes operativos. Agravadas hoy por la inmensa dinámica y volatilidad de los humores del “consumo” cambiante en todos los terrenos, desde el cultural, político, religioso, de la moda, de costumbres y de orientación sexual.

Por ello los mercados, como la política, están constreñidos a encontrar instrumentos eficaces que colaboren a sostener la esencia última de su existencia que es la atención de todos los requerimientos -demandas en el caso mercantil- lo más rápido posible, sosteniendo y protegiendo el máximo de libertad personal en ese marco de igualdad y de fraternidad. Porque es en esa misma libertad bien concebida donde se juega la existencia del mercado en términos culturales, apartados de la ley del más fuerte y sin reglas, es decir, de “*bellum omnium contra omnes*”³⁸ donde el libre mercado es imposible pero sí obliga a generar espacio para la “*economía de mercado socialmente responsable*” de Küng³⁹.

Pero debemos contar también con el aditamento que se presenta hoy -que no ayuda y sí complica-, que es la importante falta de certezas que caracteriza nuestro horizonte cultural y de psicología social y que tiene fuertes consecuencias en el plano jurídico y, sobre todo, de la planificación en todos sus espacios, culturales, políticos, jurídicos y -sobre todo- económicos.

Herbert Simon⁴⁰ -Nobel de Economía 1978- sostuvo y demostró la imposibilidad de la total racionalidad en las organizaciones basado en su impotencia para determinar, ante la opción de un comportamiento posible, todas las alternativas, todas sus consecuencias lógicas y llevar a cabo su comparación valorativa. Años más tarde, Oliver Hart⁴¹ -Nobel de Economía 2016 junto a Bengt Holmström- con John Moore precisaron cómo

38 HÄBERLE, ob. cit., p. 105; el subrayado es del autor.

39 KÜNG, Hans, Una economía decente en la era de la globalización, Editorial Trotta, Madrid, 2019, p. 29.

40 SIMON, Herbert A., Administrative behavior. E study of decision-making processes in administrative organizations, 4th ed., The free press, New York, 1997.

41 HART, Oliver and John MOORE, Incomplete contracts and renegotiation, Working Paper Department of Economics, nr 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology, <http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart> (entrada 27/06/2022).

es imposible el cálculo y medición de todas las consecuencias y avatares, esperables o no, de una relación contractual, concluyendo en que todos firmamos contratos “incompletos”.

Ya en nuestros días, Richard Thaler⁴² -Nobel de Economía 2017- pone en evidencia que tampoco es claramente racional el proceso de elección de los demandantes en un ámbito de mercado, pues no siempre eligen lo más conveniente para sus finanzas y para el futuro de sus familias ni se encuentran libres de condicionamientos.

Los tres premios Nobel de economía ponen en evidencia las incertezas naturales y obvias, porque no hacen más que confirmar la existencia real de las desigualdades en capacidades, inteligencias, emotividades, culturas, educación, niveles de información, familias de origen⁴³ y demás factores que caracterizan a lo humano en todos sus planos. Rompen así con las ilusas pretensiones positivistas de generalización teórica y simplificación de las respuestas en el campo social y político, destruyen la posibilidad de contestar con sólo slogans o consignas que puedan durar más de un par de semanas.

Debilitan también así el pensamiento meramente deductivo normativo y fortalecen la necesidad del análisis inductivo partiendo desde la observación de las realidades palpables hacia la formulación de respuestas razonables y la construcción de principios de acción que iluminen las distintas circunstancias sobre las que recae la decisión de las autoridades bien orientadas. Principios que serán los guías en la necesaria y previa ponderación para la determinación consensuada de las acciones. Enseña Hesse que “*la Constitución no debe construirse sobre estructuras unilaterales*”⁴⁴.

Pero, como hemos adelantado, toda esa tarea, necesariamente más compleja e intrincada, lleva un tiempo que hoy resulta inaceptable para los demandantes de respuestas desde sus necesidades de atención “*exigible*” que, además de requerir satisfacciones adecuadas piden responsabilidades de quienes guían su diseño y ejecución y que también reclaman participación en su construcción.

42 THALER, Richard H. and Cass R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, 2009.

43 RAWLLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª reimp., 1997, p. 79.

44 HESSE, ob. cit., p. 73.

Podríamos afirmar, figuradamente, que nuestro GPS, fabricado hace dos décadas, ha quedado desactualizado porque cambió drásticamente el terreno; se ha hecho necesario reconfigurarlo y adaptarlo a la nueva topografía por la que necesitamos transitar. Y para eso tenemos que descender de nuestro vehículo “*todo terreno*” y pisar la nueva “*geografía*” para abordarla con alguna posibilidad de éxito; pero, mientras tanto, corre un reloj rápidamente acelerado que obliga a trabajar brindando permanentes señales de movimiento transparente y positivo hacia metas concretas y precisas, consensuadas y participativas, susceptibles de ser chequeadas y verificadas con precisión en su avance y con rectificaciones de rumbo que sin duda será necesario introducir.

Prioridad absoluta es la de tener precisión, claridad y exposición abierta y transparente sobre el punto hacia el que nos dirigimos. Pues “*nadie está más lejos de llegar que aquél que no sabe a dónde va*”, Séneca dixit.

VI. Las necesidades de atención “*exigible*” prioritarias y generadoras de un derecho a su satisfacción equitativa y digna⁴⁵

“*Hemos crecido sin distribuir*” señalaba Pedro José Frías⁴⁶... también advirtió que “*no se trata de ser primero ricos para después ser justos*”.

El proceso de crecimiento desmedido de las diferencias entre los grupos humanos de mayores ingresos respecto de los que están en el mínimo es generalizado a nivel global y ha causado preocupación y sensación de indignidad en todo el planeta; sensación de injusticia que se ha expandido sin tener en cuenta cuán mínimo es, objetivamente, el nivel más bajo relativo en esa situación de postergación; que -en algunos casos- es lisa y llanamente hambre y exclusión y en otros está lejos y por encima de eso, pero en todos los casos la experiencia de injusticia y la

45 PÉREZ HUALDE, Alejandro, Distribución equitativa en emergencia permanente frente a la “nueva” normalidad, en revista “Federalismi.it”, Focus América Latina, 14 de marzo de 2022, ver en https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46883&content=Distribuci%C3%B3n%2Bequitativa%2Ben%2Bemergencia%2Bpermanente%2Bfrente%2Ba%2Bla%2B%27nueva%27%2Bnormalidad&content_author=%3Cb%3EAlejandro%2BP%C3%A9rez%2BHualde%3C%2Fb%3E (entrada 24/06/2022).

46 FRÍAS, Pedro José, Cuestiones del poder, “Colección en defensa de la constitución”, Virtudes editorial Universitaria, Salta, 2005, p. 22.

convicción de inequidad social se ha instalado como base universal del reclamo de “*dignidad*”.

Podríamos afirmar que las necesidades de atención “*exigible*” se conforman de acuerdo con, y en referencia a, los niveles en que se desenvuelve la satisfacción de los requerimientos medios de la comunidad de que se trate. Hay privaciones que son indignas en algunas comunidades y que no lo son en otras donde las carencias son compartidas de un modo relativamente equitativo. En nuestro mundo “*fashion*” de alta exhibición de riquezas, lujos, placeres y ámbitos inalcanzables, no parece fácil convencer a la comunidad acerca de la real carencia de recursos para alcanzar el “*máximo disponible*” al que nos hemos obligado.

El Tribunal Constitucional de España había llamado la atención sobre el punto afirmando que “*la dignidad humana representa el fundamento del orden político y la paz social. Su configuración jurídica se eleva a piedra miliar del ordenamiento constitucional necesaria para cimentar el orden político y la paz social. El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo, plasmados en aquellos valores del ordenamiento jurídico sancionados en el art. 1.1 de la Constitución y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I*”⁴⁷.

Ya nos encontrábamos bajo este panorama preocupante, puesto en evidencia por algunos estallidos en otros países, como el de nuestros hermanos ecuatorianos, peruanos y chilenos, donde todo aparentaba estar bien si atendiéramos únicamente a ese índice tan poco revelador de la realidad social como es el PBI o el ingreso per cápita, cuando sobrevino la pandemia que nos ha paralizado a nivel global en estos últimos años. La doctrina ha llamado la atención sobre este punto⁴⁸.

La pandemia dejó al desnudo no sólo nuestras limitaciones y fracasos sino también nuestra incapacidad de visualizar la nueva realidad y lo que

47 STC, 86/1985.

48 Importantes autores centraron en estas últimas décadas su atención sobre el tema de la igualdad, la equidad y la dignidad, como Fix-Zamudio, Valadés, García y López Ayllón en México, Rivero Ysern, Canosa Usera y Rodríguez-Arana Muñoz en España, Gordillo, Santiago, Abramovich, Courtis, Gargarella, Ghersi, Recalde y González Moras entre nosotros en Argentina, Pinker, Milanovic, Bauman y Bordoni, Todorov, y dejando expresa constancia de que, como todo listado, seguramente adolece de grandes e injustas omisiones.

ahora se nos ofrece como “*nueva normalidad*” hacia la que nos estaríamos dirigiendo para salir de la grave crisis, pero que nos encuentra sin haber solucionado las anteriores. Lo que podría ser una ventaja, si nos pusiera en un punto de partida equitativo a todos, no es así. En nuestro continente arrancamos desde atrás con tareas pendientes dejadas de lado y que hoy no sólo se presentan de modo más crudo, sino que contamos con menos medios y peor entrenamiento para enfrentarlas juntamente con las nuevas que nos impone la postpandemia en todos los campos.

De lo que no cabe duda es de que esas necesidades de atención “*exigible*” forman parte e integran el concepto convencional de “*las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*” que impone expresamente el art. 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como límite objetivo a los derechos de “*cada persona*”. Por eso deben ser precisamente determinadas por las instituciones de esa “*sociedad democrática*” y con procedimientos de igual carácter.

VII. La nueva riqueza y su puerta de acceso: la educación

También estos tiempos de cambio de era han puesto en evidencia la nueva composición de la riqueza a nivel global (excluida la siempre exitosa fabricación de armas), los laboratorios medicinales y bioquímicos, las TIC, sus monedas encriptadas, el reino de las redes sociales y de sus aplicaciones, la necesidad de acceso a ese nuevo mundo (también ya hay “*universos virtuales*”) bajo amenaza de exclusión total del sistema universal, de lo que los italianos denominan la “*infosfera*”⁴⁹.

Tal como afirmaba también Pedro J. Frías, la riqueza es la que se está construyendo ahora, no la que ya existe y que fue mal distribuida; hoy se están creando inmensas fortunas en el mundo de la TIC, como el “*meta-verso*”, donde sólo se puede acceder a ellas a través de las tecnologías más complejas y sofisticadas y del conocimiento preciso de sus complejidades y secretos e implicancias⁵⁰; y a todos ellos, sólo a través de la Educación.

49 También denominada antes por HAN (ob. cit.) “*infosfera*”.

50 El necesario conocimiento de las “*implicancias*” supone el saber con precisión qué es lo que está expresado en los instrumentos de acceso, y por qué, qué es lo que no está y debería estar (y por qué no está), qué es aquello que -pudiendo no estar - sí está (y por qué), y qué norma rige en todos los casos en que no está lo que debería o podría estar, es decir, lo supletorio -que se aplica en ausencia de- y, finalmente, lo que podría haber estado (y no está) para mejorar la comprensión y la transparencia del vínculo que se formaliza o expresa.

Se hace realidad patente la afirmación de Harari: *“Las minas de oro, los campos de trigo y los pozos petroleros fueron las fuentes de riqueza del pasado. Ahora, en cambio, es el conocimiento, que no se puede adquirir por la fuerza, por lo cual ‘la rentabilidad de la conquista ha declinado’”*⁵¹.

Es evidente que los nuevos cursos de crecimiento económico global están en la construcción de respuestas tecnológicas complejas como *“Facebook”*, como *“Google”*, también entre nosotros como *“Belatrix”*, *“Mercado libre”*, *“Despegar”*, *“Uber”*, etc. todas plataformas en la nube que hoy se traducen en la *“infosfera”*, o en el nuevo *“metaverso”*, y que generan y trafican riquezas y que están en condiciones de incorporar (también de excluir) mano de obra más o menos capacitada y de distribuir mucho más y mejor que las instalaciones empresarias industriales y agropecuarias.

La pandemia también ha puesto en evidencia la postergación y el atraso generalizado en los alcances y niveles de la educación a nivel global debido a la supresión de dictado de clases, de accesos limitados a los establecimientos educativos (donde los hay), de irracionales dificultades en la disponibilidad de los medios tecnológicos para acceder a los conocimientos más elementales como los de nuestras escuelas primarias.

Las postergaciones y exclusiones en el sistema educativo auguran una permanencia sostenida de la crisis que se proyectará a las generaciones próximas que ya carecen hoy, y carecerán mañana, de instrumentos para acceder a las riquezas que hoy genera el mundo, sobre todo, insistimos, en el campo de las ciencias vinculadas a la inteligencia artificial desde las tecnologías de la información y el conocimiento (TICs).

La historia de nuestro país muestra cómo la inversión en educación, impulsada por Domingo Faustino Sarmiento con políticas eficaces transformó y colocó hace un siglo y medio a nuestra Patria en el más alto nivel de desarrollo de América. Conocemos la receta. La hemos experimentado con gran éxito. La distribución de escuelas en todo el territorio argentino; hasta en los rincones más escondidos y alejados de los centros urbanos, con maestras contratadas en los Estados Unidos de Norteamérica, penetró en modo irreversible en la realidad que había que atacar para alfabetizar a todo un pueblo sumido en la ignorancia que lo esclavizaba.

51 HARARI, Yuval, en <https://www.infobae.com/economia/2022/02/19/el-guru-futurista-yuval-harari-y-un-viejo-debate-muy-actual-gastar-en-armas-o-invertir-en-nuevas-energias-educacion-y-salud/>

En estos tiempos es nuevamente la educación la que está llamada a tomar la delantera y el protagonismo en la brega por los derechos sociales fundamentales. Dice el DESC⁵²: *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”*.

Otra vez, como sostenía Domingo Faustino Sarmiento, *“hay que educar al soberano”*... porque ésa es la puerta efectiva hacia la riqueza que tendremos disponible para su posible distribución justa, equitativa, participativa, y ya sabemos que posee esa única vía principal de acceso: la Educación. Y otra vez, como entonces, hay que bajarla a la realidad palpable, material, pedestre, y no es posible hacerlo eficazmente desde la *“nube”* hoy inaccesible para inmensas poblaciones; tampoco con la sola distribución generosa de artefactos *“tablets”* y de *“lap tops”* entre los estudiantes, sin el acompañamiento del entorno y de los medios de capacitación, formación, vinculación y acceso a las redes.

Es por eso que Sarmiento no se limitó a la importación de papel y de lápices y carpetas... trajo la metodología educativa encarnada en cerca de un centenar de maestras que desde su idioma británico, tan distinto al nuestro, aportaron su *“know how”* imprescindible para la empresa que se lanzaba; trajeron el *“cómo”* enseñar.

Por ello la educación no puede ser ésta de hoy claramente distanciada en calidad entre las escuelas públicas y privadas, entre urbanas y rurales, donde las estatales han sido cooptadas por los gremios de *“trabajadores de la educación”* en la que se están negociando, con mayor o menor grado de justicia -pero con presiones directas con privación de la enseñanza-, horas, remuneraciones, con más o menos mezquindad, en detalles para condicionar la presencialidad, y hasta los contenidos pedagógicos.

52 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) art. 13.

La pandemia muestra otra opción que se está practicando hoy, en todo el mundo, en las casas de familia, en grupos barriales, en uniones vecinales, a través de plataformas y aplicaciones que construyen equipos críticos, de intercambio, sistemas de colaboración y de acceso a la información. Protagonizada por maestros, formadores, guías y por las propias familias en su ámbito, en algunos casos orientadas desde políticas provinciales con mayor grado de acierto que otras⁵³.

Los programas educativos “*on line*” que hoy están copando la franja de capacitación en la educación universitaria de grado y de posgrado en las ciencias humanísticas, y con mayor penetración en la formación de recursos humanos informáticos “*exportables*”, seguirán su curso irrefrenable hacia los niveles inferiores facilitados por los medios globalizados de acceso y vaciarán de contenido a quiénes sólo podrán retener como rehenes a los más humildes y postergados de nuestros conciudadanos.

Por ahora, y por poco tiempo, la posibilidad de acceso por vía informática, hoy sólo llega, lamentablemente, a una ínfima parte de la población que cuenta con medios físicos soporte públicos, como antenas satelitales, fibras ópticas, señales de cable, wi-fi, y privados como los “*smart phones*” -pues no basta un celular-, además de conocimientos imprescindibles de acceso a, y manejo de, alta tecnología.

También se encuentra pendiente la reformulación de las técnicas y metodologías de estudio y formación de los estudiantes desde otras ópticas de análisis y abordaje apropiados conforme a las nuevas vías y tecnologías disponibles, muchas de ellas globalizadas. No es posible usar las mismas metodologías propias de la presencialidad encausadas por las vías tecnológicas actuales; también necesitan su adecuación urgente.

Asimismo, la apertura hacia la globalización, que viene exigida por la naturaleza de los problemas de ese carácter que nos toca enfrentar ya cotidianamente, pues no admiten otras respuestas que no sean del mismo tono global, imponen la necesidad de colocar en el horizonte educativo también ese enfoque universal que nos puede permitir jugar “*en toda la cancha*” con posibilidades de alcanzar las dimensiones que son imposibles fuera de ese ámbito al que podemos acceder por vía de la educación amplia.

53 Ver, por ejemplo, en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-eficaz-estrategia-con-la-que-mendoza-logro-revertir-el-principal-problema-educativo-nid20062022/>

El rol protagónico de la educación es crucial cuando se estudia la inequidad a nivel mundial, y se coloca el acento en ella procurando el aseguramiento de la mayor igualdad posible en la libertad de elección de dónde estudiar⁵⁴. Michael Porter⁵⁵, líder en estrategias empresarias, manifiesta haber comprometido esfuerzos en la elaboración de índices de progreso social y de desarrollo humano como componente de las planificaciones comerciales evitando la ponderación exclusiva de índices económicos y coloca su foco de atención, que considera insuficiente, en el rol de la escuela.

La educación orientada al desenvolvimiento en el marco de la TIC es hoy imprescindible para ejercer los derechos más elementales (información pública, participación en proyectos de reglamentos, votar, pedir remedios, turnos médicos, de vacunación, de viajes, de información personal, de planes sociales, de jubilaciones y pensiones, ...) y también lo es para acceder a ella misma.

Es más, se suma otro factor de presión inevitable y es que *“cuando surgen las nuevas tecnologías o los nuevos métodos de negocio, un resultado común de ello es la declinación o incluso la desaparición de las tecnologías y métodos anteriores. Si estos últimos tuviesen un derecho constitucional para prevenir la entrada de los nuevos en sus mercados, el progreso económico podría detenerse. En lugar de taxis podríamos tener caballos y carruajes; en vez de teléfonos, el telégrafo; en vez de las computadoras, reglas de cálculo. Obsolescencia sería equivalente a privilegio”*⁵⁶.

54 MILANOVIC, Branko, *Global inequality. A new approach for the age of globalization*, The Belknap Press of Harvard University, 2016, Cambridge, Massachusetts, p. 217/222.

55 PORTER, Michael, (entrada 23/06/2022) <https://web.archive.org/web/20151217230131/http://www.socialprogressimperative.org/data/spi> En el mismo sentido se expresa Antonio ABRIL ABADIN, presidente de la Conferencia de Consejos Sociales de la Universidades Españolas: *“La tecnología se ha convertido en un área transversal en todos los sectores de actividad de nuestra sociedad. Los datos lo avalan. Con la tecnología como motor, la velocidad de cambio de la vida, del mundo, es realmente sideral. Hay que decir sí a la tecnología, pero con humanismo. Al capitalismo hay que inyectarle en vena compromiso social y ponerle alma y corazón”* en LinkedIn, 6/07/2022).

56 Voto del juez Richard Posner en la Cámara de Apelaciones del 7o Circuito de los Estados Unidos, *“Illinois Transportation Trade Association, et al., c. City of Chicago and Dan Burgess, et al.”*, publicada en español en revista *La Ley*, US/JUR/3/2016.

Es consecuente con nuestro análisis la necesidad de multiplicar en forma decisiva el apoyo público a esta tarea de la Educación mediante el único instrumento eficaz que posee el estado democrático para demostrar la dimensión real de su interés verdadero: el presupuesto educativo!

Acudimos a la conocida afirmación de Mahatma Gandhi: “*somos demasiado pobres como para ahorrar en educación*”.

VIII. El desafío al Derecho Administrativo del siglo XXI

Se hace imprescindible acudir a una nueva visión de los temas que vinculan al Derecho Administrativo, y a su estrecho compromiso con la regulación para la construcción de los canales de acceso a los derechos fundamentales ejercidos en libertad solidaria.

Para ello debemos recurrir a las corrientes actuales en el pensamiento constitucional “*que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos, en momentos marcados por los antagonismos políticos*” ya que las “*soluciones dialógicas, en tal sentido, eluden las críticas a la ‘última palabra’ judicial; y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente –antes que relegado– en el proceso de toma decisiones*”⁵⁷.

Pero todo esto sin perder de vista y sostenido en –coherente con– la tradicional convicción de que “*la norma constitucional intenta a su vez ordenar y conformar la realidad política y social. Condicionada y a la vez condicionante de ésta, no cabe reducirla a un solo principio, ni a lo puramente normativo ni a la simple normalidad o a circunstancias políticas, sociales o económicas*”⁵⁸; y ello es así “*porque la vida de la política es sumamente espontánea, y el derecho tiende a ser estático*”... “*No obstante su imperfección, el derecho Constitucional tiene un lugar destacado dentro del campo de las disciplinas jurídicas, pues corona el sistema normativo de cada estado. Pero paradójicamente, pese a ser superior, es en muchos casos impotente*”⁵⁹.

57 GARGARELLA, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos, en <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf> p. 5 (entrada 27/06/2022).

58 HESSE, ob. cit., p. 67.

59 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, Constitución y política, 2ª ed., Eddili, Lima, 1991, p. 22.

Ante el panorama trazado por los constitucionalistas, el Derecho Administrativo pide, clama, no ya al Derecho Constitucional, sino a la Filosofía, a la cultura y, sobre todo, a la Política, la construcción de nuevos cimientos que soporten su arquitectura imprescindible para construir en consenso y libertad solidaria las respuestas concretas que debe aportar en cumplimiento de su rol esencial. Pues *“hay muchas normas que no están precisamente en la Constitución, y sin embargo regulan jurídicamente los actos políticos; están contenidas en las leyes, decretos, reglamentos, de muy diversa naturaleza y jerarquía”*⁶⁰.

Si bien había anticipado hace casi 70 años, Forsthoff, que *“la Administración ha ganado en importancia a costa de la Constitución, sus funciones se han extendido a numerosas zonas sociales entregadas hasta ahora a la economía privada... La falta de correspondencia entre la situación de Derecho constitucional y la realidad administrativa es evidente, y representa uno de los hechos más importantes que salen al paso a la ciencia del derecho”*⁶¹, hoy podemos afirmar que la referida Administración tampoco logra realizar sus cometidos sobre esa realidad. Es hora de reprogramar, de reconstruir, aquel vínculo para reiniciar la tarea.

Y, cabe insistir, no se trata de encomendarle al Derecho Administrativo sólo la realización de construcciones normativas generales, reglamentarias, elaboradas en laboratorios de alta calificación erudita sino de una inversión en los canales de abordaje que significa partir del contacto estrecho y directo con las realidades vivenciales a las que corresponde prestar atención, comprenderlas, tocarlas, involucrarse, y desde ahí construir en un procedimiento inductivo los consensos necesarios para poner rumbo hacia las respuestas que se imponen. Las urgencias de este tiempo, que no espera, que son acordes con lo impostergablemente objetivo de muchas situaciones sociales acuciantes, no nos dejan perder tiempo y nos obligan a trabajar a destajo.

Se ha señalado con acierto que *“Entre los remedios ensayados sin éxito se encuentra el sistema actual del derecho público presupuestario, incapaz de atender a la real realidad manifestada en la fragilidad y vulnerabilidad de millones de seres humanos; anclado en técnicas pretéritas, debe adecuarse a la realidad y*

60 GARCÍA BELÁUNDE, ob. cit., p. 22.

61 FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 5 (prólogo).

buscar la manera de que el contenido de los presupuestos públicos, sobre todo en las áreas sociales, pueda atender efectivamente, con indicadores susceptibles de medición científica, apremiantes necesidades colectivas que hoy en día lesionan la dignidad de millones de personas en todo el globo. La dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos”⁶².

Consideramos que, no obstante tratarse de placebos y parches precarios, y a pesar de su desorden y descontrol -sobre todo de los actores políticos y sociales que intervienen en su distribución demagógica-, debemos admitir que esas ayudas directas han tenido la virtud de sostener, precaria y provisoriamente, los niveles mínimos de indigencia dentro de un margen insuficiente de satisfacción pero de “*gran utilidad*” política coyuntural para evitar, o -al menos- postergar, estallidos sociales. Es una respuesta fruto de la velocidad impuesta por la crisis.

Pero la respuesta sustancial sigue pendiente, al menos, el trazado de su línea conductora y su meta concreta, próxima, realizable, verificable en su trayectoria y -por ello- controlable.

IX. La salida: los principios constitucionales

Lejos de proponer un apartamiento a nuestros rumbos y guías constitucionales lo que nos orienta es una meta de recuperación de conceptos elementales vinculados al núcleo de nuestra Constitución Nacional que supo formular expresamente, cien años antes que los alemanes, su compromiso estrecho con los “*principios... reconocidos*” en su art. 28 CN. Es ahí donde hay que volver para rediseñar caminos nuevos. No han cambiado esos principios. Sólo nos exigen nuestra revisión para verificar cómo nos hemos desviado de ellos y cómo nos pueden guiar en el porvenir y cómo “*aterrizarlos*” al plano de las realizaciones concretas y perceptibles.

Recurriendo una vez más a Forsthoff observamos que, “*no la técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos materiales puede asegurar hoy la medida necesaria de libertad individual unida a la*

62 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales, en Revista Jurídica Austral, Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, vol. 2, n° 2, diciembre de 2021, p. 186 y sgs.

justicia social, y legitimar el Estado como Estado de Derecho” ... “El esfuerzo por lograr una vinculación más intensa del obrar administrativo a principios jurídicos materiales, sólo parcialmente encuentra apoyo en las constituciones modernas”⁶³.

Afirma con acierto Seidman que *“La Constitución de los Estados Unidos era un documento laico, no un contrato de abogados” ... y también sostiene que “todos podríamos abrazar la constitución si la leyéramos como una obra de arte, diseñada para evocar un estado de ánimo más que como un documento legal conteniendo mandatos específicos”⁶⁴. Corresponde, entonces, buscar en sus principios y no en sus reglas específicas, y coyunturales muchas de ellas, las bases para la construcción de una nueva percepción que guíe nuestro abordaje constitucional en el siglo XXI.*

Es, tal vez, una tarea difícil para quienes nos hemos formado en el siglo pasado tan inmerso en el mundo de las elaboraciones normativas y reglamentarias, de las prerrogativas, de las exorbitancias públicas injustificadas, de las presunciones arbitrarias, en la autotutela, en las que confiamos que pudieran modificar las realidades desde su sabiduría teórica descendente; pues hoy, ante los nuevos requerimientos, podríamos considerar fracasado ese emprendimiento y proponernos recomenzar, pero al revés. Como solía señalar un influyente comunicador televisivo argentino, *“cuando tuvimos las respuestas, ¡nos cambiaron las preguntas!”⁶⁵.*

Ya tenemos los requerimientos y necesidades, y dentro de ellas las de atención *“exigible”*, todos urgentes, con expectativas impacientes, sin ánimo para esperar los tiempos requeridos para su planteo, su análisis, la construcción de volátiles y dinámicos consensos, y tampoco para esperar la realización de propuestas que -para colmo- son rumbos trazados y no puntos de llegada.

63 FORSTHOFF, ob. cit., p. 7 (prólogo).

64 SEIDMAN, Louis Michael, *On constitutional disobedience*, Oxford University Press, New York, 2012, p. [9]; y agrega el autor una cita del discurso de Franklin Roosevelt pronunciado con motivo del aniversario de la Constitución de los Estados Unidos: *“The Constitution of the United States was a layman’s document, not a lawyer’s contract. That cannot be stressed too often. Madison, most responsible for it, was not a lawyer; nor was Washington or Franklin, whose sense of the give-and-take of life had kept the Convention together. This great layman’s document was a charter of general principles”*.

65 Nos referimos a Bernardo Neustadt, quien desde su programa *“Tiempo Nuevo”*, ejerció una fuerte influencia en más de dos décadas en la política argentina.

Y se impone también la necesidad de cambiar los métodos, de agilizarlos, pero es fundamental, esencial, *“volver a poner en marcha el motor apagado de la responsabilidad política”*⁶⁶ porque sin ella no hay república ni estado de derecho y sólo se abren senderos hacia la decadencia autoritaria. Sin responsabilidad, sin ese mecanismo básico elemental, nada es posible; si todo es lo mismo, entonces será lo peor.

Cerramos, como iniciamos, con la reflexión de Mario Bunge⁶⁷: *“Mi esquema de sociedad ideal consta de dos triángulos unidos por sus cúspides. El inferior está formado por el trabajo, la salud y la educación; el triángulo superior, montado sobre el precedente, tiene por lados la igualdad, la solidaridad y la libertad. Basta quitar uno de los lados para dismantelar el sistema. Creo que la vida plena se consigue haciendo lo que a uno le gusta y ayudando a otros a vivir y servir mejor”*.

Chacras de Coria, 5 de julio de 2022.

Bibliografía especial:

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt y Carlo BORDONI, Estado de crisis, Paidós, Barcelona, 2016.
- BUNGE, Mario, https://www.clarin.com/cultura/testimonio-lucido-epoca-10-frases-mario-bunge_0_kPX3Bjsw.html (entrada 24/06/2022).
- CASSETTI, Luisa, Il diritto di ‘vivere con dignità’ nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, en www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=17237 (acceso 3/02/2021).
- FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- FRANCISCO I, Papa, Discurso, ante el cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede del 10 de enero de 2022 en Ciudad del Vaticano, en el Aula de las Bendiciones www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2022/january/documents/20220110-corpo-diplomatico.html

66 PINELLI, ob. cit., p. 52.

67 BUNGE, ob. cit.

- FRÍAS, Pedro José, Cuestiones del poder, “Colección en defensa de la constitución”, *Virtudes editorial Universitaria, Salta, 2005.*
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, Constitución y política, 2ª ed., Eddili, Lima, 1991.
- GARGARELLA, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos, en <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>
- La “conversación entre iguales”, en diario “Clarín”, del 25 de junio de 2021, https://www.clarin.com/opinion/conversacion-iguales-_0_NR06SRbNr.html
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Calamidades, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Consenso, legitimidad y democracia, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2011, Fontamara, México DF, 2013.
- GHIRARDI, Olsen A., Política, Derecho y Economía, en XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires y Córdoba, “Derecho, Política y Economía. Equilibrios y desequilibrios”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.
- HÄBERLE, Peter, Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, en César LANDA, coordinador, “Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)”, *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, año III, nro. 6, edición especial, Palestra Editores, Lima, 1991.*
- HAN, Byung-Chul, No-cosas. Quiebres del mundo de hoy, Taurus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- HARARI, Yuval, en <https://www.infobae.com/economia/2022/02/19/el-guru-futurista-yuval-harari-y-un-viejo-debate-muy-actual-gastar-en-armas-o-invertir-en-nuevas-energias-educacion-y-salud/>
- HART, Oliver and John MOORE, Incomplete contracts and renegotiation, Working Paper Department of Economics, nr 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology, <http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart> (entrada 27/06/2022).

- HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- KÜNG, Hans, *Una economía decente en la era de la globalización*, Editorial Trotta, Madrid, 2019, p. 29.
- MANIN, Bernard, *Principi del governo rappresentativo*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- MILANOVIC, Branko, *Global inequality. A new approach for the age of globalization*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2016.
- El coronavirus igualador, en *Revista Nueva Sociedad*, marzo de 2020, <https://nuso.org/articulo/un-gran-igualador/> (entrada 28/06/2022).
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Los servicios públicos en emergencia y “nueva normalidad” (¿normalidad nueva en emergencia vieja?)*, en *Revista El Derecho Administrativo EDA*, febrero 2012, n° 1-2, 03/03/2021, Editorial Universitas, Buenos Aires, p. 1.
- La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales, publicado en *RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, n° 486, Buenos Aires, 2019, p. 7-18.
- La urgencia en el marco de las emergencias, **en IJ Editores, 1/5/2020, en** <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=075c-5970fa0c827015217cebc538da6d> (entrada 28/06/2022); también en *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-2/>
- El trato equitativo y digno, publicado en *RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, n° 510-511, Buenos Aires, 2021, p. 24-51.
- Distribución equitativa en emergencia permanente frente a la “nueva” normalidad, en revista *“Federalismi.it”*, *Focus América Latina*, 14 de marzo de 2022, ver en https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46883&content=Distribuci%20B3n%20Bequitativa%20Ben%20Bemergencia%20Bpermanente%20Bfrente%20Ba%20Bla%20B%-27nueva%27%20Bnormalidad&content_author=%3Cb%3EAlejandro%20BP%3%A9rez%20BHualde%3C%2Fb%3E (entrada 24/06/2022).

- PINELLI, Cesare y Miguel PRESNO, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- PORTER, Michael, (entrada 23/06/2022) <https://web.archive.org/web/20151217230131/http://www.socialprogressimperative.org/data/spi>
- RAWLLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª reimp., 1997.
- RIBERI, Pablo, *Teoría de la representación política. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime F., *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press, INAP, Sevilla, 2015.
- Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales*, en *Revista Jurídica Austral*, Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, vol. 2, nº 2, diciembre de 2021, p. 186 y sgs.
- SAMPAY, Arturo Enrique, *La reforma constitucional*, Ediciones Laboremus, La Plata, 1949.
- SANTIAGO, Alfonso, *Una nueva era del derecho, 1945-2017*, en revista *El Derecho Constitucional*, EDCO, Universitas, Buenos Aires, t. 2017, p. 529 y sgs.
- SEIDMAN, Louis Michael, *On constitutional disobedience*, Oxford University Press, New York, 2012.
- SIMON, Herbert A., *Administrative behavior. E study of decision-making processes in administrative organizations*, 4th ed., The free press, New York, 1997.
- SPOTA, Alberto Antonio, *La división de poderes en emergencia*, revista *La Ley*, 1992-A, p. 689 y ssgs.
- THALER, Richard H. and Cass R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, 2009.

LA VIDA DEBE CONCLUIR DIGNAMENTE



*William Herrera Áñez**

Sumario: 1. Aproximaciones conceptuales y algunos casos emblemáticos. 2. El derecho a la vida vs. La muerte digna. 3. Despenalizar el homicidio piadoso. 4. Conclusiones.

Palabras clave: La eutanasia, muerte digna, la dignidad, la libertad, autonomía del paciente, la vida no es un derecho absoluto ni una obligación.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la eutanasia o muerte (sin sufrimiento) de una persona, que la solicita porque no quiere seguir padeciendo una enfermedad terminal o degenerativa incurable. Se trata de evitar sufrimientos inútiles, cuya figura no debe criminalizarse porque debe prevalecer la autonomía y la libertad del paciente.

La Constitución boliviana reconoce no solo que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado, sino también que “nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes...”

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España, especialista en Derechos Fundamentales; profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal de la Universidad “Gabriel René Moreno”, autor de varios libros, ex juez y Fiscal Departamental de Santa Cruz, ex asesor de varias instituciones públicas y privadas, miembro fundador y ex Presidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC).

El derecho a la vida no es un derecho absoluto, y tampoco existe la obligación de soportar sufrimientos innecesarios e indeseados. El trabajo pone de relieve que la dignidad y la libertad, constituyen los fundamentos que tienen las personas para poder hacer todo lo que quieran sin más límites que la compatibilidad de sus acciones con las de los demás. Estos derechos de la persona son inviolables, lo cual significa el reconocimiento de la legitimidad de las decisiones humanas y el Estado debe garantizar que esas decisiones sean adoptadas libremente.

1. APROXIMACIONES CONCEPTUALES Y ALGUNOS CASOS EMBLEMÁTICOS

La muerte digna (prohibida en Bolivia) sigue siendo un concepto polémico y cuestionado por la Iglesia Católica y sectores conservadores de la sociedad. El cuidado de la muerte está íntimamente ligado con la dignidad humana. Y como sostienen Aguilera Portales y Gonzáles Cruz, solo quien cuida su muerte tendrá una muerte digna.¹ El cuidado de la muerte es una práctica que toma toda la vida, es el ejercicio del arte de vivir, de modo que el cuidado de la muerte no se lleva a cabo momentos antes de la muerte, sino en el transcurso de toda la vida consciente. La dignidad humana significa autonomía, esto es, libertad para escoger la forma de vida que cada uno prefiera, con la salvedad de que al escoger la forma de vivir no se quiera transgredir y violentar la dignidad y la forma de vivir del otro.

En cualquier caso, resulta controvertido provocar la muerte a un paciente con una enfermedad terminal o degenerativa, aunque sea sin sufrimiento. Este procedimiento se utiliza (donde está permitido legalmente) en ese tránsito hacia la muerte, cuando todas las pruebas indican que ya ha empezado la agonía y que el enfermo se va a morir en unas horas, y lo mínimo que se puede hacer es que pase esos instantes en paz, que descansen el enfermo y que la familia pueda empezar a construir el duelo en un ambiente lo más tranquilo y relajado posible.

1 Los autores consideran que debemos adueñarnos de nuestra propia muerte como una de las tareas que debemos realizar. Como Sócrates dijo, y después pudimos ver en su coherencia práctica: *el procedimiento de morir es una fase esencial de la vida*. Si la vida es la búsqueda de la verdad, la muerte vendría a revelar esa verdad. La muerte abre la puerta del saber absoluto. El alma, por fin liberada del cuerpo, puede llegar al conocimiento puro. Vid. AGUILERA PORTALES, Rafael, y GONZÁLES CRUZ, Joaquín, *Derechos Humanos y la Dignidad Humana como presupuesto de la eutanasia*, Revista de la Facultad de Derecho, México N° 69, 2012, pp.151-168.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, eutanasia significa la “intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura” o también “muerte sin sufrimiento físico”. Se define como la muerte buena para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, de modo que puedan acelerar su muerte con su consentimiento o de algún familiar.

En las comunidades indígenas bolivianas, el fallecimiento no implica la muerte de la persona, porque siguen existiendo de un modo intangible; por ejemplo los chullpas caminan y están a nuestro lado porque son nuestros antepasados, ellos también “comen”, “beben agua”, “viajan”, “trabajan”, “se visten”, nos “visitan” el primero de noviembre al medio día, luego se van al otro día, a la misma hora que han llegado o han arribado a esta pacha (quien viaja siempre te visita). Para la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, desde la concepción de los pueblos indígenas: “...no hay muerte (...)”²

A tiempo de defender el derecho a decidir en cuestiones íntimas de la vida como la muerte, Luis Montes define a la eutanasia como causar la muerte a una persona que lo solicita porque no quiere seguir aguantando los dolores y los sufrimientos de una enfermedad que aún no le va a causar la muerte en el corto o incluso medio plazo.³ Hay que cambiar la concepción de la muerte sagrada que aún se tiene en España (y no sólo en este país) y que lo impregna todo. El derecho penal y la práctica de la medicina mantienen la influencia de la voluntad divina en la muerte.

Montes cuestionaba que, si la ley les impide decidir a los médicos, entonces la llegada de la muerte queda en manos de lo más parecido a la

2 El TCP (SSCCPP 2007/2013 de 13 de noviembre, que a su vez cita a la SC 0338/2003-R de 7 de abril, la 1694/2011-R de 21 de octubre y la 0251/2012 de 29 de mayo, entre otras) ha reconocido que para las naciones y pueblos indígena originario campesinos la vida es un tránsito hacia otros espacios o mundos, la muerte no existe como tal y, por tanto, los seres que habitan los diferentes espacios del cosmos conviven en armonía, el cuerpo de quienes ya no están en la comunidad humana *ivi* (tierra), tiene un especial significado y valor y, en determinadas fechas y momentos, conviven con los hermanos que sí se encuentran en ese espacio, presentes en los ritos y las ceremonias que se celebran, por ejemplo en el mes de noviembre (todos santos).

3 El 11 de marzo de 2005 una denuncia anónima acusa a Luis Montes, coordinador de Urgencias del Hospital Severo Ochoa, de haber acabado con la vida de 400 pacientes administrándoles dosis letales de sedantes. Vid. MONTES MIEZA, Luis, *El Caso Leganés*, Madrid, Ed. Santillana Ediciones Generales, 2008, pp. 11 y 216 y s.

voluntad divina “cuando tenga que ser”. En los peores casos esto puede convertir el supuesto derecho a la vida en una obligación de soportar un sufrimiento innecesario e indeseado. La cuestión es cómo garantizar que aquellas personas que sufren una enfermedad incurable y que han perdido lo que ellos consideran que son los requisitos de una vida digna, tengan algo que decir en el proceso que le llevará a la muerte. Que nadie, en fin, pueda verse condenado a vivir una vida que ya no quiere, a perder el derecho a la vida y que ésta pase a ser una obligación.

Hay formas de dar la cobertura legal y el procedimiento necesario para hacer de la eutanasia y el suicidio asistido una práctica segura. En aquellos países pioneros como en el Estado de Oregón en Estados Unidos, Bélgica, Holanda, Italia, Francia, Colombia, México, Perú y algunas Comunidades Autónomas de España, entre otros, se han articulado los sistemas para dar seguridad jurídica a pacientes y profesionales y evitar que se acojan a la eutanasia personas que tienen otras condiciones vitales.

En todos estos lugares, según Montes, comparten los siguientes principios: El primero es que el paciente cumpla ciertos requisitos, como sufrir una enfermedad de base, la pérdida de autonomía... El segundo es garantizar al enfermo que será atendido en su petición. El tercero, asegurarse de que el paciente toma la decisión libremente y no condicionado por terceras personas, la falta de medios o trastornos psicológicos reversibles como una depresión. Por último, el cuarto principio que debe cumplirse es la tutela de una segunda instancia, ya sea la justicia u otros médicos.

La articulación de un buen sistema de asistencia en la muerte digna ha demostrado allí donde se ha aplicado que son falsos los argumentos que se utilizan en contra de la eutanasia. Las peticiones se centran en su inmensa mayoría en aspectos que afectan a la imagen que el ser humano tiene de sí mismo y de la dignidad que quiere mantener en el proceso final de su vida. Una de las más comunes es la pérdida de autonomía y el control de funciones vitales. Persona que son incapaces de moverse y controlar sus esfínteres rechazan verse abocados al lento apagar de una vida en la que son protagonistas muchos e involuntarios.

Otro motivo recurrente es el no querer vivir las últimas etapas de enfermedades degenerativas penosas, y no ser una carga que puede llevar a la ruina a la familia. En síntesis, lo que se observa es que la regulación de la eutanasia no implica ningún escenario apocalíptico. Lo que hace es

satisfacer unas necesidades muy concretas que afectan a personas muy determinadas, que no quieren verse sometidas a unas condiciones de vida que ninguno desearía para sí mismo ni para sus seres queridos.

Algunos casos emblemáticos

El caso *Ramón Sampedro Cameán* de España.

Este caso conmocionó a toda España y Europa, ya que se trataba de un marino y escritor español aquejado de tetraplejia desde los 25 años, que demandó poder realizarse el suicidio asistido, y que la persona o personas que le auxiliasen no incurriesen en delito dado que su estado lo incapacitaba para hacerlo sin ayuda externa. A la edad de 25 años sufrió un accidente, al tirarse de cabeza al agua desde una roca en la playa de As Furnas, un día de resaca marítima, que le dejó tetraplético y postrado en una cama para el resto de su vida. Ramón Sampedro fue el primer ciudadano en pedir en España el suicidio asistido. Argumentaba el derecho de cada persona a disponer de su propia vida, estando incapacitado para cometer suicidio. Su petición le fue negada porque el código penal entonces vigente, del Texto Refundido de 1973, no lo permitía.

El caso *Sofía* de Colombia.

El 20 de octubre de 2016, la señora *Adriana*, por su hija *Sofía*, instaura acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA-, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de su hija.⁴

La demandante solicita que se conceda la protección de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente a favor de su hija y se ordene: (i) a la ESE Hospital San Vicente de Arauca, a la Nueva EPS o a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca practicar el procedimiento de eutanasia; (ii) a la ESE Hospital San Vicente de Arauca y a la Nueva EPS crear el Comité Científico Interdisciplinario en un término no superior a un mes; y (iii) a la Unidad Administrativa Especial de Salud

4 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-513 de 2015, T-868 de 2012, T-323 de 2011, T-868 de 2009, T-295 de 2008, T-628 de 2007, T-349 de 2006, T-143 de 2005, T-220 de 2004, T-810 de 2004, T-618 de 2000, SU-337 de 1999, SU-480 de 1997, SU-256 de 1996, entre otras.

de Arauca realizar el acompañamiento y seguimiento de la ejecución del procedimiento solicitado, así mismo crear las guías y protocolos para que los hospitales del Departamento de Arauca implementen los Comités Científicos Interdisciplinarios y se evite a futuro la vulneración de los derechos fundamentales de los pacientes con enfermedades crónicas en etapa terminal.

A tiempo de *confirmar* la sentencia de 6 de noviembre de 2016 del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, que CONCEDIÓ la protección de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente invocada por la accionante, entre otras disposiciones concretas, la Corte Constitucional de Colombia ha reiterado y consolidado una relevante jurisprudencia, reconociendo el derecho a morir dignamente, como un derecho fundamental y autónomo.⁵

El caso *Eluana Englaro* de Italia

Se trata de una mujer italiana que sufrió un accidente de coche en el año 1992 y se quedó en coma / estado vegetativo permanente por 17 años, cuya situación clínica no le permitía expresar ninguna voluntad de forma consciente, lo que provocó una polémica sobre la eutanasia en Italia, atribuyéndole una vinculación al principio de la dignidad de la persona humana.⁶

El Supremo Tribunal Italiano el 16 de octubre de 2007, autorizó la posibilidad de interrupción de la hidratación y de la alimentación artificial de paciente en estado vegetativo permanente. En el 2008, el mismo Tribunal Supremo rechazó el recurso que había sido interpuesto por el Fiscal General de Milán y autorizó a desconectar la sonda que alimentaba e hidrataba a Eluana Englaro. Su familia interpuso un nuevo recurso, y el Tribunal resolvió en el sentido de que el derecho constitucional de rechazar el trato prescrito, en los términos como había sido declarado por la Suprema Corte Italiana, era un derecho de libertad absoluta. En el mes de febrero del año 2009, Eluana Englaro recibió toda la asistencia médica en sus últimos momentos de vida hasta que falleció el 9 de febrero de 2009.

5 Sentencia T - 423/2017 de 4 de julio.

6 <https://www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html> (consulta 03/06/2019).

El caso *Vicent Lambert* de Francia

Vicent Lambert, de 42 años, estaba en estado vegetativo desde que sufrió un accidente de motocicleta en 2008. El Tribunal Supremo de Francia autorizó a los médicos a desconectar los sistemas de alimentación artificial que lo mantenían con vida y en estado vegetativo desde hacía 11 años y cuyo caso ha dividido a su familia y a la sociedad francesa. El Tribunal Supremo revocó una sentencia del 20 de mayo de 2019, pronunciada por el tribunal de apelaciones de París, alegando que no tenía competencia para ordenar la reanudación de los cuidados de Vincent Lambert. El 11 de julio de 2019, se llevó a cabo el procedimiento eutanásico y François Lambert fue el encargado de oficializar el fallecimiento y uno de los familiares que más ha luchado por lograr una muerte digna de su tío, algo que afirmaba era su voluntad aunque Vincent no hizo un testamento vital donde expresara sus deseos.

El caso *Leganés* de España

El 11 de marzo de 2005 una denuncia anónima en contra del médico Luis Montes, coordinador de Urgencias del Hospital Severo Ochoa, le atribuía haber acabado con la vida de 400 pacientes administrándoles dosis letales de sedantes.⁷ Luis Montes y una docena de sus ayudantes terminarán acusados y un proceso judicial, que tardará más de tres años en desmontar la denuncia, dejando unas cicatrices difíciles de cerrar en el sistema de salud de Madrid.

La denuncia versaba sobre la *sedación terminal*, que mitiga el sufrimiento en los últimos momentos de la vida. Estos fármacos que se utilizan inciden en la conciencia y pueden en algunos casos acelerar unas horas la muerte. Es el conocido como “doble efecto”. El primero, dar bienestar a una persona que sufre ahogos, dolores, convulsiones o cualquier otro síntoma, es el buscado por médicos y familiares. El segundo, la pérdida de conciencia y la aceleración de la muerte, es un efecto secundario aceptable cuando ésta ya es inevitable, se acerca con rapidez y todos los demás medios han

7 El autor sostiene que en España se muere muy mal y lo que ha conseguido el Caso Leganés es hacer las cosas aún más difíciles. El sistema sanitario ni siquiera es capaz de ofrecer a más del 20 o el 25 por ciento de los pacientes que lo necesitan la adecuada asistencia en la agonía. Vid. MONTES MIEZA, Luis, *El Caso Leganés...*, Ob. Cit., pp. 87-90.

fallado. Según Montes, la eutanasia se diferencia de la sedación terminal en que su fin último no es aliviar la agonía, sino causar la muerte en una persona que desea dejar de vivir porque sufre, pero cuyo fallecimiento no se espera en un plazo de tiempo corto.

En el resumen que remite Montes al *Comité de Ética*, explica que “durante años la atención al paciente terminal ha sido una preocupación para el Servicio de Urgencias del Severo Ochoa debido a la situación tan caótica que vivía. Pacientes terminales, con mala respuesta a los tratamientos pautados y con mal control de sintomatología, que en su mayoría desconocían su situación de enfermo terminal, no podían ser tratados adecuadamente al no disponer de zonas adecuadas para su manejo”.

El *Comité de Ética* expresó su respeto y su admiración a todos los profesionales del Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa, que tantas veces en condiciones de gran presión asistencial están comprometidos en proporcionar una asistencia de calidad a los pacientes. Este *Comité* avaló las sedaciones terminales, y ha puesto en duda la calidad científica de los informes que, desde la Comisión de Mortalidad, han originado la crisis. Finalmente, mediante resolución de 22 de junio de 2007, el juez dispone el archivo del caso, decisión debidamente confirmada según auto de 21 de enero de 2008, pronunciada por la Audiencia de Madrid.

El caso **Ana Milagros Estrada Ugarte** de Perú.

En fecha 22 de febrero de 2021, el 11° juzgado constitucional de Lima, declaró fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de doña Ana Estrada Ugarte, contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y el Seguro Social del Perú, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. Esta resolución, que autoriza la eutanasia por primera vez en Perú, fue confirmada por la Corte Suprema de Perú en julio de 2022, de modo que la psicóloga Ana Estrada podía hacerse el procedimiento eutanásico cuando ella lo desee sin ser castigado.

2. EL DERECHO A LA VIDA VS. LA MUERTE DIGNA

La Constitución boliviana proclama no sólo que “toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual”, sino también que

“nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes...” La dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado. Y aclara que “los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados” (arts. 13.II, 15.I y 22).

La dignidad de la persona se encuentra reconocida en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Y que el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y se ha proclamado el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Esa sensibilidad por el ser humano ha venido a consagrar la dignidad como valor material central de la Constitución, derivando del mismo un amplísimo reconocimiento de los derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantías.

El mismo instrumento internacional proclama no sólo que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, sino que “toda persona tiene todos 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 (arts. 1-2).⁸

Los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad del ser humano y, por lo mismo, se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidad de la persona en el que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada.

8 A tiempo de proclamar la igualdad ante la Ley, en el preámbulo dejan establecido que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

La dignidad entraña la *libre autodeterminación* de toda persona para actuar en el mundo que le rodea.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 establece que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” y que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (arts. 6-7). Igualmente, el Pacto de San José de Costa Rica tiene el propósito “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. El objeto legal del artículo 4 de este Pacto es la protección del derecho a la vida.

En general, compartimos con Nogueira Alcalá en el sentido de que la dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.⁹ La dignidad tiene primacía sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. De ahí porqué la dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales; además, es un dique a toda reforma constitucional que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla.

En todo caso, la dignidad del ser humano es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna. De la dignidad del ser humano emana la libertad y la igualdad como principios básicos que, a su vez, concretan los derechos humanos.

La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que

9 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*, disponible en <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf> (consulta 22 de junio de 2017).

contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

El respeto y protección de la dignidad de la persona humana como deber jurídico fundamental del Estado, constituye una premisa para todas las cuestiones jurídico - dogmáticas particulares, como asimismo una norma estructural para el Estado y la sociedad la cual es resistente a la ponderación, de allí la prohibición absoluta de la esclavitud y de la tortura. La dignidad humana, en este sentido, tiene un carácter absoluto y de obediencia irrestricta e inexcusable.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como se sabe, es fuente del Derecho Interno cuando agregan un “*plus*” al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa. En efecto, el sistema jurídico nacional debe buscar siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, conforme con el artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos y el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas inexcusablemente por los tribunales nacionales.¹⁰ El intérprete constitucional debe entender que existe una retroalimentación recíproca entre fuente interna e internacional en materia de derechos fundamentales. Es decir, debe existir una retroalimentación entre el intérprete final del derecho interno y el intérprete final del derecho regional o internacional de derechos humanos, porque está de por medio la fe del Estado boliviano y se tiene un compromiso en ese sentido ante la comunidad internacional.

La Constitución boliviana (art. 22), proclama que la dignidad y la libertad son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado. La dignidad humana es un derecho básico que tiene toda persona por su sola condición de “humano”, y busca que se la respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal.

10 Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

En la interpretación del Tribunal Constitucional boliviano, la relevancia del derecho a la vida, deviene de su naturaleza primaria, pues se constituye en una condición del ejercicio de los demás derechos, por ello como todos los derechos subjetivos, debe interpretarse de conformidad con los principios de dignidad y el vivir bien, conforme a la Constitución, independientemente a la identidad cultural o creencia política o religiosa.¹¹ No se reconoce cualquier forma de vida, sino únicamente la vida digna, es decir la dignidad acompaña de manera integral al ser humano en su interacción social, es decir en la salud, en el trabajo, en la educación, en la vivienda.

La Corte Constitucional¹² de Colombia sostiene que si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: i) la que asume la vida como algo sagrado, según la cual independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales; y ii) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, que admite que el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida.

Para el tribunal colombiano, esta cuestión debía ser resuelta desde una perspectiva secular y pluralista, con respeto de la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran el ordenamiento superior. La Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que a él incumben, “debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con

11 En este sentido, las SSCCPP 1580/2011 de 11 de octubre, 0257/2012 de 29 de mayo, 0708/2014 de 10 de abril, 0229/2015-S3 de 5 de marzo, entre otras.

12 Sentencia de la Corte Constitucional T-423-17.

su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral". Y concluye, "nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles".

La dignidad y la libertad constituyen el fundamento del moderno Estado Constitucional de Derecho, y las personas deben ser consideradas libres y poder hacer todo lo que quieran sin más límites que la compatibilidad de sus acciones con las de los demás. Estos derechos de la persona son inviolables, lo cual significa el reconocimiento de la legitimidad de las decisiones humanas y el compromiso del Estado para garantizar que éstas son, dentro de lo posible, adoptadas libremente.

El derecho a la dignidad humana, como hemos sostenido, es aquel que tiene toda persona por su sola condición de "humano", y constituye un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal.¹³ La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ella derivan. Este derecho se vulnera, entonces, cuando se degrada o envilezca a la persona a un nivel de estima incompatible con su naturaleza humana, cualquiera sea el lugar o situación en la que se encuentre. En todo caso, la persona no puede ser tratada como un medio, sino como un fin en sí misma y, por lo tanto, están proscritos aquellos actos o medidas que convierten a la persona en un instrumento para la consecución de fines ajenos a su valor como persona.

El código penal boliviano prohíbe intervenir en un suicidio, porque considera (equivocadamente) que el derecho a la vida es un derecho absoluto, cuando el mismo cuerpo punitivo prevé que está exento de responsabilidad penal la legítima defensa, que puede incluir la privación de la vida (art. 11.1 CP). La razón aparente de esa criminalización es que la vida sería un valor absoluto, que debe protegerse aun en contra de la voluntad de su titular. Nada puede hacerse para interferir en la toma de decisión de un suicida, sencillamente porque quien ha llegado a eso no va a verse afectado por amenaza a futuro alguna.

13 HERRERA ÁÑEZ, William, *Del Habeas Corpus a la Acción de Libertad*, Cochabamba, Ed. Kipus, 2017, p. 91.

El Estado, a través del derecho penal, amenaza y castiga a quien induzca o colabore en un suicidio. Podría discutirse, si está o no justificado tratar de evitar la inducción, ya que ésta supone hacer nacer en el suicida una decisión que no habría adoptado sin esa influencia. Pero, la criminalización sólo puede fundamentarse si tal suicidio deja de ser una acción: una toma de decisión propia y libre. Y si el suicidio es una toma de decisión propia y libre, entonces, no puede legitimarse la criminalización de la colaboración de un tercero en el mismo. Porque la única razón por la que se castiga a quien colabora en una acción de otro es porque ésta es ilegítima al invalidar la esfera de libertad de los demás: no se puede colaborar en un homicidio porque es contribuir a la negación de la vida de otro. Pero nada de eso sucede en el suicidio, de modo que no se puede castigar la colaboración en la ejecución de una toma de decisión que ha sido libremente adoptada. La imposición de la vida más allá de la voluntad de su titular supone precisamente la negación más grave de la libertad que quepa imaginar.

La vida es un derecho; no un deber. Los valores son emanación de esos derechos y convertirlos en deberes de obligación es pervertir su propia esencia. Es verdad que la vida es un valor y su negación no lo es, no se reconoce un “derecho a morir” porque eso no tendría sentido: supondría valorar positivamente la muerte y negar el valor de la vida. Y eso no significa que no deba valorarse el inalienable derecho a decidir si se quiere seguir viviendo o se quiere dejar de hacerlo, porque esa es la manifestación más rotunda de la dignidad. Y peor aún, criminalizar dicha conducta cuando consta que la decisión ha sido adoptada en circunstancias de sufrimiento físico o psíquico, es decir, cuando consta fehacientemente la voluntad de quien desea ser ayudado a morir dignamente.

El derecho penal boliviano no debe criminalizar la eutanasia porque debe prevalecer la voluntad del paciente. La regulación jurídica ha de ir destinada a garantizar que dicha voluntad se ejecute precisamente con la máxima libertad. Ni siquiera hay, en estos casos, un conflicto entre valores: vida y libertad no son antagónicos, sino que se implican, la vida no puede imponerse contra la voluntad. La imposición del mantenimiento de la vida con alto grado de sufrimiento o de vidas carentes de dignidad, es decir, sin el menor nivel de libertad, no son funciones de las que deba apropiarse el Estado porque eso también supone una invasión en la capacidad de decisión de quienes pueden y deben hacerlo por proximidad o por profesión.

El valor de la autonomía o libre determinación no solo no se opone a la dignidad (conectada a su vez con la “santidad” o carácter “sagrado” de la vida), sino que, por el contrario, es la autonomía la que permite hablar de dignidad. Por eso, la regulación de la eutanasia (y del suicidio asistido) que el derecho puede y debe hacer, encuentra su sentido y límite en el ámbito de la capacidad de ejercicio de tal autonomía individual. Y tanto la eutanasia como el auxilio al suicidio, demandados libremente por el individuo al que se prestará tal ayuda, no sólo no son un mal punible, sino que forman parte del ejercicio de ese derecho; o más contundente aún, no se puede hablar de dignidad en la muerte —ni en la vida— si no se tiene la libertad de decidir.

El derecho a la vida, el primer derecho y del que somos titulares todos los seres humanos, no es un derecho sagrado, absoluto y tampoco un deber. El primer derecho humano es el de la libertad y que ese es a su vez el verdadero fundamento de lo que, de forma más o menos retórica, denominamos dignidad. Aquí el derecho a la vida sería un bien y, por tanto, del que podemos disponer siempre y cuando ese acto de disposición no cause daño a terceros.

El suicidio es también el mayor acto de libertad digno de ese nombre. Lo cierto es que el derecho a la vida no puede ser entendido como un derecho sagrado en el sentido religioso-trascendente e indisponible por parte de los individuos. De ahí que se utilice el miedo como argumento en defensa de esos principios sagrados, asegurando por ejemplo que el reconocimiento de la eutanasia o del suicidio asistido abriría la puerta que llevaría a legalizar el asesinato masivo de enfermos, ancianos y discapacitados.

Tal como sostiene de Lucas Martín, la libertad es el bien más valioso y por eso, el derecho a la vida tampoco es un deber, ni una obligación.¹⁴ No hay obligación de vivir, en el sentido de un deber exigible por un tercero y cuya infracción conlleve sanción. El derecho a la vida es un derecho cuya decisión libre de disponer de ese derecho forma parte del núcleo mismo del derecho a la libertad que, jerárquicamente, es el derecho más

14 Este autor considera que en una sociedad plural la vida no ha de interpretarse desde concepciones religiosas. Vid. DE LUCAS MARTÍN, Javier, *El Derecho a la eutanasia y al suicidio asistido*, en AAVV Revista N° 67/2014, *Asociación Federal, Derecho a morir dignamente...* Ob. Cit., pp. 12-14.

importante (la vida es condición previa, por tanto, cronológicamente el primer derecho, pero no el más valioso).

Todo esto significa que el derecho a decidir poner fin a la vida o derecho al suicidio, supone que existe un derecho a la asistencia al suicidio. Se trata de un derecho a la eutanasia en sentido estricto del término, porque parece como corolario de esa expresión de la dignidad que es la libertad, la autonomía. Si tengo dignidad es precisamente porque tengo libertad, y autonomía. Es consecuente con esa dignidad el disponer de una muerte digna. Y no hay muerte más digna que aquella que es libremente elegida, y debe estar tutelada porque es un acto de libertad escoger el momento en que se pone fin a la vida.

Para Juanatey Dorado, la eutanasia implica la muerte de una persona y, por tanto, en principio, esto justifica la intervención del derecho penal: el derecho a la vida es un derecho fundamental protegido en la Constitución y es, además, base y soporte de los demás derechos.¹⁵ Es indiscutible que estamos ante un interés no sólo digno de protección jurídica, sino merecedor de la protección más fuerte con que cuenta el ordenamiento jurídico: el derecho penal. Esta es la razón por la cual el código penal castiga y con penas graves el asesinato, el homicidio, y las conductas de inducción y cooperación al suicidio.

Sin embargo, el tratamiento jurídico penal que debe darse a la eutanasia presenta importantes peculiaridades y va a depender de muy diversos factores como, por ejemplo, qué entendemos por eutanasia; qué clases de eutanasia y si todas merecen el mismo tratamiento; qué protección debe darse a los intereses en conflicto; cuáles son las motivaciones de quienes ayudan a otra persona a morir, etc.

El derecho a la vida ha de entenderse como un derecho de libre disposición, de modo que cuando se presente un conflicto entre el derecho a la vida y otros derechos o valores también protegidos constitucionalmente, habrá que realizar una ponderación de los intereses en juego y resolver en favor de aquellos que se consideran prevalentes en el caso concreto. Es cierto que tratándose del bien jurídico vida, normalmente, los conflictos se

15 Para este autor, en una sociedad plural la vida no ha de interpretarse desde concepciones religiosas. Vid. JUANATEY DORADO, Carmen, *La eutanasia voluntaria en el derecho penal español*, en AAVV Revista N° 67 / 2014, *Asociación Federal, Derecho a morir dignamente...* Ob. Cit., pp. 12-14.

dirimirán en favor de la vida. Pero pueden darse casos en que no ocurra así, como en la eutanasia voluntaria, que implica un conflicto de intereses en circunstancias tales que la salvaguarda de unos intereses o bienes depende del sacrificio de otros. Estos intereses en conflicto son, por un lado, el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución boliviana y, por otro lado, la libertad y la dignidad del artículo 22 y el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, previsto en el mismo artículo 15 de la misma Ley Fundamental.

La ponderación de los intereses en juego nos lleva a afirmar, la prevalencia del segundo bloque de intereses y, en consecuencia, a la justificación de la conducta del estado de necesidad justificante; esto es, se lesiona la vida, pero se protegen la autonomía y la dignidad del individuo. Muy por el contrario salir en favor de la vida, significaría entender el derecho a la vida como un derecho absoluto y, en consecuencia, irrenunciable. En este supuesto, estaríamos obligados a vivir, aun cuando el seguir viviendo signifique un atentado contra la autonomía del individuo, un trato inhumano y degradante y, además, un atentado contra la dignidad individual ya que se estaría considerando a la persona como un objeto y no como un sujeto; como un simple medio y no como un fin en sí mismo.

Y después de una interpretación sistemática de la Constitución española y del análisis de sus presupuestos filosófico-jurídicos, Juanatey Dorado sostiene que la eutanasia voluntaria es una conducta conforme a Derecho, en virtud del estado de necesidad justificante: se lesiona la vida, pero se protege la autonomía y la dignidad del individuo.

3. DESPENALIZAR EL HOMICIDIO PIADOSO

Los argumentos invocados en el derecho comparado deben prevalecer para la despenalización del homicidio piadoso, previsto y sancionado en el artículo 257 del código penal boliviano: “Se impondrá la pena de reclusión de uno (1) a tres (3) años, si para el homicidio fueren determinantes los móviles piadosos y apremiantes las instancias del interesado, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables, pudiendo aplicarse la regla del artículo 39 y aun concederse excepcionalmente el perdón judicial”

En la línea de la Iglesia Católica, el legislador penal parece que considera a la vida como un don sobrenatural ajeno a las decisiones del hombre. En

este contexto, el homicidio piadoso constituye un pecado porque con ese acto el hombre vulnera la santidad de la vida, destruyendo un patrimonio exclusivo del creador.

Al margen de esta declaración, la idea que la muerte representa el umbral de la eternidad no encuentra acomodo en un ordenamiento jurídico de signo laico, que concibe la libertad como valor superior y reconoce el derecho a la vida sin sentido trascendente alguno (arts. 15.I y 22 CPE). Tampoco se halla esta idea en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, ni en ningún otro instrumento jurídico de rango internacional; instrumentos a los que debe someterse el intérprete de la Constitución, como establece el bloque de constitucionalidad de los artículos 256.I.II y 410.II de la Constitución boliviana.

Como sostiene García Rivas, los argumentos contrarios a la eutanasia, basados en la “divinización” de la vida humana, pertenecen al ámbito de la conciencia y carecen de relevancia fuera de ella, sobre todo si se pretenden imponer con ellos un modelo de vida (o de muerte) a toda la población.¹⁶ Aunque el artículo 15 de la Constitución permite diversas interpretaciones, ninguna de ellas concede a la divinidad un poder de disposición sobre la vida del hombre; por lo tanto, tampoco debería infligirse castigo alguno a quien ayuda a otro para que abandone este mundo por decisión propia, siempre que se cumpla con ciertos requisitos para garantizar la seguridad jurídica; como el hecho de que el suicida sea mayor edad y que posea la capacidad psíquica necesaria para darle sentido a su decisión. Bajo estas premisas, el delito de cooperación al suicidio debería desaparecer del código penal; con lo que sería despenalizada la eutanasia bajo petición expresa.

La Corte Constitucional colombiana define al homicidio *piadoso*, como la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro, conocido también como el homicidio eutánico o pietístico. Y aclara que diferentes conductas podían adecuarse a ese tipo penal, ya que el comportamiento no es el mismo cuando el sujeto pasivo no ha manifestado su voluntad, o se opone a la materialización del

16 El autor sostiene que, en algunos países de la Unión Europea, como Holanda y Bélgica, el año 2002 quedará marcado en el calendario como la época de la despenalización de algunas modalidades de eutanasia. Vid. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente*, en AAVV *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: Autonomía e Interés del Paciente*, Estudios en Derecho y Gobierno, Bogotá, diciembre de 2008, p. 47.

hecho porque, a pesar de las condiciones físicas en que se encuentra, desea seguir viviendo hasta el final; al de aquel que realiza la conducta cuando la persona consiente el hecho y solicita que le ayuden a morir.

El artículo 29 de la Constitución colombiana consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*, por lo que se entiende que la Carta estableció *un derecho penal del acto*, en oposición a *un derecho penal del autor*, es decir, que solo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. La Corte explicó además que el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual solo puede llamarse acto al hecho voluntario.

Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. Lo anterior significa que la ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntaria, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto (componente subjetivo). En otras palabras, para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta.

En la interpretación del referido Tribunal, esta cuestión debía ser resuelta desde una perspectiva secular y pluralista, con respeto de la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran el ordenamiento superior. La Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que a él incumben, “debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral”. Y concluye, “nada

tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles”.

En cualquier caso, sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es deseable y compatible con la dignidad humana. La Constitución colombiana (como cualquier otra) no es neutra frente al valor vida, sino que es un ordenamiento claramente en favor de él; sin embargo, recordó que el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las personas.

En el homicidio piadoso, la actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que, por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir. Dicho consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra, implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. El sujeto activo debe ser un médico, por ser el único profesional capaz de suministrar esa información al paciente y de brindarle las condiciones para morir dignamente. En consecuencia, si los médicos ejecutan el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren.

A tiempo de exhortar al Congreso colombiano regular el procedimiento de la muerte digna, la Corte Constitucional reconoce que la persona debe asumir en forma responsable y autónoma las decisiones que le incumben, particularmente, cuando por las circunstancias en que se encuentra decide no continuar viviendo, en tanto no lo estima deseable ni compatible con su propia dignidad. Y considera un trato cruel el obligar a un sujeto a subsistir en medio de padecimientos que afectan su vida en condiciones dignas. Por eso, el Estado debe garantizar las condiciones para que dicha decisión corresponda al querer del sujeto, sin prolongar su existencia y aflicciones cuando no lo desea.

4. CONCLUSIONES

Con lo reseñado se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- La Constitución boliviana reconoce no solo que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado, sino también que “nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes...” (arts. 15.1-22).
- El código penal boliviano prohíbe intervenir en un suicidio porque considera (equivocadamente) que el derecho a la vida es un derecho absoluto, cuando el mismo cuerpo punitivo prevé que están exento de responsabilidad penal quienes actúen en legítima defensa, que puede incluir la misma vida (art. 11.1 código penal).
- Y como el derecho a la vida no es absoluto, cuando se presente un conflicto entre este derecho y la autodeterminación del paciente, debe prevalecer la libertad y voluntad del enfermo; es decir, se lesiona la vida, pero se protegen la autonomía y la dignidad del individuo.
- La eutanasia o muerte digna constituye una fase esencial de la vida. Incluso para las comunidades indígenas bolivianas el fallecimiento no implica la muerte de la persona, por cuanto ésta permanece en la comunidad y sigue existiendo de un modo intangible.
- El procedimiento eutanásico se utiliza (donde está permitido) en ese tránsito hacia la muerte, y lo mínimo que se puede hacer es que el enfermo pase esos instantes en paz, y que la familia pueda empezar a construir el duelo en un ambiente lo más tranquilo y relajado posible.
- El consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, e implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar esa decisión, salvo que esté imposibilitado y entonces puede intervenir la familia.
- El sujeto activo debe ser un médico (junta médica), por ser el único profesional capaz de suministrar esa información al paciente y de brindarle las condiciones para morir dignamente.
- La eutanasia se ha legalizado en los Estados de Oregón en Estados Unidos, Bélgica, Holanda, Italia, Francia, Colombia, México, Perú y

algunas Comunidades Autónomas de España, entre otros, en donde se han articulado sistemas normativos para dar seguridad jurídica a los pacientes y a los profesionales médicos.

- La despenalización del homicidio piadoso, previsto y sancionado en el artículo 257 del código penal, constituye un paso necesario (aunque no imprescindible) para que se permita la eutanasia en Bolivia, y se impongan nuevos paradigmas en la medicina y el derecho.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

AGUILERA PORTALES, Rafael, y GONZÁLES CRUZ, Joaquín,

- *Derechos Humanos y la Dignidad Humana como presupuesto de la eutanasia*, Revista de la Facultad de Derecho, México N° 69, 2012.

GARCÍA RIVAS, Nicolás,

- *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente*, en AAVV *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: Autonomía e Interés del Paciente*, Estudios en Derecho y Gobierno, Bogotá, diciembre de 2008.

HERRERA ÁÑEZ, William,

- *Del Habeas Corpus a la Acción de Libertad*, Cochabamba, Ed. Kipus, 2017.

MONTES MIEZA, Luis,

- *El Caso Leganés*, Madrid, Ed. Santillana Ediciones Generales, 2008.

PÉREZ TAMAYO, Ruy,

- *El médico y la muerte*, en AAVV Revista N° 67/2014, *Asociación Federal, Derecho a morir dignamente*, Experiencias de la despenalización en Europa, Propuestas de reforma en el Derecho Español.

TAPIA, Ricardo,

- *El dilema de la eutanasia en estados de inconciencia*, en AAVV *Eutanasia: hacia una muerte digna*, Colegio de Bioética, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, México, 2008.

IGUALDAD Y LOS DERECHOS PENDIENTES DE RECONOCER EN LATINOAMÉRICA



*Martha Helia Altabe**

Palabras clave: Democracia. Carta Democrática Interamericana de la OEA. Estado de Derecho. Constitución. Derechos Humanos. Igualdad. Pueblos Indígenas. Perspectiva de género. Partidos Políticos. Control de Convencionalidad. Tratados Internacionales.

A partir del análisis de la Carta Democrática Interamericana de la OEA, en la que se establecen los principales elementos de los regímenes Democráticos y las acciones que los gobiernos de los estados miembros se comprometen a ejecutar para el fortalecimiento,

* Abogada y Doctora en Derecho. Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Argentina. Magíster en Derecho Procesal Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ). Argentina. Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes, Argentina. Vicepresidenta Primera de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina. AMJA (2019-2021 y 2021-2023). Profesora Titular por Concurso de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (2021-2023). Replicadora de los Programas de Género y Trata de Personas con fines de Explotación Sexual de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Integrante de la Cátedra Libre de Derecho Indígena “Dr. Ricardo Altabe”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Capacitadora Judicial. Directora y Evaluadora de Tesis Doctorales, Especializaciones y Maestrías. Autora de libros y trabajos científicos publicados en el país y en el extranjero.

promoción y consolidación de la Democracia en América, es posible determinar los derechos pendientes de reconocer en Latinoamérica. La Carta, en su integridad, concibe a la Democracia como un derecho humano que los pueblos de América tienen que gozar y sus gobiernos la obligación de promover y defender. Es posible así, analizando los elementos que describe la Carta como imprescindibles para constituir una Democracia Constitucional, concluir que los pueblos de Latinoamérica no gozan en plenitud de los beneficios de un Estado Constitucional y Democrático, circunstancia que incide negativamente en el desarrollo social, político y económico de los mismos-

Para hablar de igualdad y en relación con ella de los derechos pendientes de reconocer en Latinoamérica, es oportuno repasar la Carta Democrática Interamericana de la OEA y los compromisos asumidos por los Estados miembros a través de dicho documento para la promoción y consolidación de los sistemas Democráticos.

A su vez, al considerar el concepto de "igualdad", se impone tomar este concepto como igualdad de trato y de oportunidades en sentido real. Igualdad real y no meramente formal, garantizada por el Estado de que se trate, frente a terceras personas, como frente al Estado mismo. De otro modo estaríamos haciendo una evaluación hipotética de la real vigencia de los derechos propios de un estado democrático.

En cuanto a la referencia a los derechos pendientes de reconocer, corresponde abordar las cuestiones pendientes de concreción real por parte del Estado y de los particulares. En este trabajo con referencia a la República Argentina, principalmente.

Es necesario al respecto hacer algunas aclaraciones previas para dimensionar la importancia de la vigencia efectiva de este documento de la OEA, adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno de América en el año 2001.

La República Argentina es un país signatario de dos sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos: El Sistema Universal de Naciones Unidas (Organización de las Naciones Unidas, ONU) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, OEA). En consecuencia, tanto las normas de ambos sistemas, como las decisiones de los organismos internacionales resultan de aplicación obligatoria en todo el territorio, en las cuatro (4) estructuras

políticas y jurídicas que componen el Estado Argentino: la Nación, las 23 Provincias, los Municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que es una ciudad autónoma, constitucionalmente federalizada (Art. 129 CN).

Ello así porque en forma absolutamente voluntaria la Nación Argentina ha suscripto Pactos, Tratados y Convenciones, en los que se ha sometido, también voluntariamente y en forma expresa, a la competencia de los órganos internacionales creados por ellos. Lo ha hecho a través de los poderes públicos permanentes con mayor legitimidad democrática, como son el Poder Ejecutivo Nacional, que, conforme la Constitución Nacional, asume con el 45% o, al menos con el 40% de los votos válidos emitidos (arts.94 a 98 CN) y el Poder Legislativo Nacional, o Congreso Nacional, que representa al pueblo todo de la Nación y a las autonomías políticas (arts. 45 y 54 CN); en tanto es el Presidente quien negocia y firma tratados y el Congreso quien los aprueba para luego ratificarlos el Presidente de la Nación como Jefe de Estado.

A ello se suma que, al ser un Estado Federal, la Constitución Nacional establece un orden de prelación de normas federales (art. 75, Inc. 22 y 24 CN) y de estas por sobre el ordenamiento jurídico Provincial y Municipal (art. 5 y 31 de la CN).

El art. 1 de la Constitución Nacional establece la organización federal del estado y el art. 31 de la misma, que es la cláusula árbitro federal, determina que la normativa federal prevalece sobre la Provincial, la Municipal y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todo ello reforzado por el art 5 de la CN y el Título Segundo de la Segunda Parte de la Constitución Nacional.

En conjunción con este artículo 31de la CN, el art. 75 incs. 22 y 24, determinan el orden de prelación de las normas federales entre sí, estableciendo, que todos los Tratados Pactos y Convenciones tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso Nacional, como que también tienen esa jerarquía las normas derivadas de los mismos.

A su vez el citado Inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, eleva a jerarquía constitucional varios Tratados, de Derechos Humanos exclusivamente, tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al que me referiré en esta oportunidad.

También el mismo inciso autoriza al Congreso Nacional a elevar a jerarquía constitucional otros Tratados sobre Derechos Humanos, con quorum agravado de ambas cámaras del Congreso, que así lo ha hecho en 1997 elevando a jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹, en 2003 la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad² y en 2014 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³. En conclusión, este Bloque de Constitucionalidad, conformado por la Constitución Nacional y los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, prevalecen por sobre todo el ordenamiento jurídico nacional, provincial y municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Luego hay otros pactos, tratados y convenciones y documentos y pronunciamientos derivados de ellos, con jerarquía infraconstitucional, pero supra legal respecto de las leyes del Congreso Nacional (Incs.22 y 24 del Art. 75 CN) y en virtud del artículo 31, por sobre toda la normativa de las estructuras políticas autonómicas: Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios. Reitero, aunque infra constitucionales, son supra legales y conforme el art. 31 de la CN, de aplicación preferente por los regímenes autonómicos del Estado Federal. Ese orden de prelación de normas debe ser observado con preferencia a la normativa jurídica, provincial, Municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

Es decir que este documento llamado Carta Democrática Interamericana es de observancia obligatoria en Argentina, por parte de todas las estructuras del Estado Nacional, Provincial, Municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el año 2001 los países del sistema regional de derechos humanos, los países que conforman la OEA, Organización de Estados Americanos,

1 La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue aprobada por Ley No 24.556, del 13 de septiembre de 1995. Ratificada el 28 de febrero de 1996. Adquiere jerarquía constitucional por Ley No 24.820, el 30 de abril de 1997.

2 La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la Ley 24.584 y elevada a jerarquía constitucional por Ley 25.778 del 20 de Agosto de 2003

3 Aprobada por ley 26.378. El 19 de noviembre de 2014, el Congreso de la Nación aprobó la Ley 27.044, que otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

consideraron necesario reafirmar los valores y criterios democráticos, ratificar la creencia de que el sistema democrático es la mejor forma de gobierno y comprometerse en ejecutar acciones positivas en tal sentido. Para esto pactaron un compromiso en abril de ese año en Quebec, Canadá, en el marco de la III Cumbre de las Américas, para su incorporación al sistema interamericano de derechos humanos. Este documento es firmado por los presidentes de los países miembros, el mismo año en Lima, Perú, el 11 de septiembre. Se denomina Carta Democrática Interamericana de la OEA y en ella se comprometen a reafirmar y profundizar determinadas cuestiones que sirven de guía para la defensa activa de la democracia representativa. Es reconocida como uno de los instrumentos interamericanos más completos, promulgado para la promoción y fortalecimiento de los principios, prácticas y cultura democráticos entre los Estados de las Américas⁴.

¿QUE ES LA CARTA DE LA OEA?

- Es un Compromiso asumido libremente por los Estados Miembros de la OEA
- Es una guía para los Estados miembros para mejorar el funcionamiento de los sistemas democráticos
- Define los elementos esenciales de la democracia representativa, que en general, según el propio texto de la Carta son:
 1. Respeto irrestricto y universal de los DDHH
 2. Plena Vigencia del Estado de Derecho
 3. Elecciones Libres, Justas (disputadas) y Periódicas a través del Voto Universal
 4. Pluralidad de Partidos Políticos
 5. Separación de los Poderes Públicos.

En particular, el compromiso de los Estados para reafirmar la promoción y consolidación de los sistemas democráticos y el orden constitucional como una responsabilidad común y compartida, se desarrolla a lo largo de su articulado, compuesto por 28 artículos, dividido en seis títulos muy significativos, demostrativos de los objetivos que la Carta persigue,

4 <https://www.oas.org/es/democratic-charter/> consulta 20.06.2022

mediante una redacción afirmativa, como postulados positivos, necesarios e imprescindibles para tales cometidos.

Así tenemos que bajo el primer título denominado “La democracia y el Sistema Interamericano” se proclama:

Los Pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los Pueblos de América

El ejercicio efectivo de la democracia representativa

El Estado Constitucional de Derecho

La participación permanente ética y responsable de la ciudadanía conforme la ley y la Constitución.

El respeto irrestricto y universal de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales

El acceso y ejercicio del poder con sujeción al estado de derecho

Elecciones periódicas, libres y disputadas mediante el sufragio universal y secreto

Un régimen plural de Partidos Políticos

La separación e independencia de los Poderes Públicos

La Transparencia de las actividades gubernamentales

La Probidad y Responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública.

El Respeto por los derechos sociales

La libertad de expresión y de prensa

La subordinación constitucional de todos los funcionarios públicos y de la ciudadanía.

La transparencia y el equilibrio en el financiamiento de las campañas electorales y en las actividades de los Partidos Políticos.

La promoción y fomento de formas de participación popular conforme la constitución, entendidos como un derecho y una responsabilidad.

El segundo título se denomina “La Democracia y los Derechos Humanos” y allí se promueve como modo de consolidar los regímenes Democráticos:

El ejercicio pleno de las libertades fundamentales y los Derechos Humanos consagrados en las constituciones nacionales y en los Instrumentos Internacionales e Interamericanos.

La posibilidad cierta de que las personas víctimas de violaciones de derechos humanos puedan interponer denuncias o peticiones ante el sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo.

El compromiso de los Estados miembros de la OEA de fortalecer el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos.

La eliminación de toda forma de discriminación de género, etnia, raza, cultura, religión, edad, situación social, etc. y de las diversas formas de intolerancia.

La promoción, protección y goce de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y de los migrantes.

El ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores del hemisferio.

La aplicación por los Estados miembros de normas básicas que se adecúen a las Declaraciones y Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En el tercer título, denominado “ Democracia, Desarrollo Integral y Combate a la Pobreza”, considerando que la Democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente, los estados miembros reafirman que la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia por lo que se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para lograr:

El desarrollo económico y social para la reducción de la pobreza, la erradicación de la pobreza extrema y los bajos niveles de desarrollo humano.

Mantener los equilibrios macroeconómicos y el imperativo de fortalecer la cohesión social.

La creación de empleo productivo.

La promoción y observancia de los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

El examen periódico de las acciones adoptadas y ejecutadas por la propia OEA para fomentar el diálogo, la cooperación para el desarrollo integral y el combate a la pobreza en el hemisferio y tomar las medidas oportunas para promover esos objetivos.

La implementación de políticas y estrategias de protección del medio ambiente, conforme tratados y convenciones para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones.

Una educación de calidad al alcance de todos, incluyendo a las niñas, las mujeres, los habitantes de zonas rurales y las minorías.

En el título Cuarto denominado “Fortalecimiento y Preservación de la Institucionalidad Democrática”, se acuerdan las oportunidades de invocar la Carta por parte de los gobiernos de América y las vías de acción cuando esté en riesgo el legítimo proceso político e institucional democrático de un Estado miembro de la OEA. En apretada síntesis, el articulado de este título señala:

Art. 17: un Gobierno de un país miembro puede recurrir al secretario general o al Consejo Permanente para pedir asistencia en caso de «riesgo» para la democracia o su ejercicio en el poder.

Art. 18: la iniciativa también puede surgir del Consejo Permanente o el secretario general para, con el consentimiento del Gobierno afectado, realizar gestiones diplomáticas en ese país.

Art.19: en caso de alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático o de ruptura del orden democrático la OEA puede intervenir sin el consentimiento del gobierno afectado.

Art.20: en caso de grave «alteración» de la democracia, el secretario general o cualquier país miembro puede convocar inmediatamente al Consejo Permanente para evaluar la situación y proponer gestiones diplomáticas para promover la normalización de la institucionalidad democrática. En su defecto el Consejo Permanente convocará inmediatamente a un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General

para disponer las gestiones diplomáticas necesarias para la normalización de la institucionalidad democrática.

Art.21 Si las gestiones diplomáticas resultaren infructuosas la Asamblea General suspenderá a dicho Estado Miembro en el derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los 2/3 de los Estados Miembros. No obstante, el Estado suspendido deberá seguir cumpliendo las obligaciones como miembro de la OEA, especialmente en materia de DDHH

Art. 22 Restituida la institucionalidad democrática el secretario General o cualquier estado Miembro podrá proponer a la Asamblea General el levantamiento de la suspensión con el voto de las 2/3 partes de los estados miembros.

El quinto título, referido a la relación de la Democracia con los procesos electorales libres, disputados y transparentes se denomina: “La Democracia y las Misiones de Observación Electoral” y los compromisos allí asumidos están referidos a:

La obligación de los Estados miembros de organizar, llevar a cabo y garantizar procesos electorales libres y justos.

La posibilidad de solicitar a la OEA asesoramiento o asistencia para el desarrollo de sus procesos electorales, incluido el envío de misiones preliminares para ese propósito, garantizando a la misión de observación electoral, condiciones de seguridad, acceso a la información y amplia cooperación.

Las misiones de observación electoral actuarán conforme los principios y normas de la OEA, con eficacia, independencia, objetividad, imparcialidad, transparencia y capacidad técnica apropiada.

Las misiones de observación electoral deberán informar al Consejo Permanente de la OEA a través de la secretaría General si no existiesen condiciones necesarias para la realización de elecciones libres, justas y disputadas

El último Título, el sexto, denominado “Promoción de la Cultura Democrática”, está referido a acciones conjuntas a cargo de la Organización de Estados Americanos y de los países miembros de la OEA. Se refieren a:

El desarrollo de Programas y actividades que promuevan y fortalezcan los principios, las prácticas y la cultura democráticos.

La promoción de la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las Organizaciones de la Sociedad Civil.

La formación democrática de la niñez y de la juventud, como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

Los Estados miembros promoverán la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática.

Luego de este repaso de los contenidos de la Carta, se vislumbra que en ella se concibe a la Democracia como un Derecho Humano debido a los pueblos de América por parte de los gobiernos de los estados miembros de la OEA. Es decir que estamos ante un derecho público subjetivo que nace para las personas como correlato de la conducta debida por el Estado y que los elementos de esa conducta, como se reseñó, son las acciones que los firmantes de la misma deben llevar a cabo en sus respectivos países, del modo en que han acordado. Primera cuestión pendiente en el hemisferio, para utilizar las propias palabras del documento en análisis. En efecto, si vemos la endeblez de las democracias en Latinoamérica, atribuida a numerosos factores, de los cuales sobresalen los hiperpresidencialismos, los regímenes de partidos hegemónicos, las reelecciones indefinidas, la falta de independencia del Poder Judicial, el avance de los Poderes Ejecutivos sobre los Sistemas Judiciales, la corrupción estatal, los Parlamentos complacientes que atentan contra la división de poderes, la inactividad legislativa por la que no se dictan leyes necesarias para el progreso y desarrollo humano de los pueblos, la inoperancia y a veces la inexistencia de organismos de control, las crisis socioeconómicas que asolan en forma cíclica y persistente a muchos países de Latinoamérica, hoy situación tan vívida y actual en Argentina, la pobreza extrema, el desempleo la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, son algunos de los flagelos que impiden a los pueblos de América gozar en plenitud de las bondades del sistema Democrático de gobierno.

La permanente violación de las leyes y de la Constitución por parte de los funcionarios públicos, como de los particulares, sin que se logren sanciones, remociones o condenas en tiempo oportuno, demuestra la

endeblez del Estado Constitucional de Derecho proclamado formalmente en los textos constitucionales latinoamericanos, pero lamentablemente de muy poca operatividad, demuestran que en términos de Loewenstein⁵, nos encontramos ante Constituciones nominales, es decir constituciones que aunque jurídicamente válidas, carecen de realidad existencial.

Esta situación pone en crisis el principio de legalidad característico de los sistemas políticos de tipo democráticos, prevaleciendo la imprevisibilidad, la impunidad y la falta de institucionalidad en todos los órdenes de la vida social y política. No hay una subordinación constitucional de todos los funcionarios públicos y de la ciudadanía.

Se advierte entonces que aunque los ocupantes de los cargos o roles de gobierno y estatales asumen por los medios previstos en la constitución, no se ejerce el poder con sujeción al estado de derecho.

En cuanto al Sistema de Partidos, se advierte la existencia en Latinoamérica de sistemas de Partidos hegemónicos, es decir que aunque las elecciones son libres, porque no hay proscripción política, ya que todos los partidos políticos que se ajustan a la legislación vigente pueden participar de las mismas, no hay alternancia en el Poder y en consecuencia las elecciones no son disputadas. Generalmente un mismo Partido Político gana las elecciones, en forma recurrente. Es el caso de Argentina en los últimos 40 años, aproximadamente. En efecto, salvo breves periodos de tiempo, un mismo Partido gobierna en la Argentina, a contar desde la apertura democrática de 1983. El Presidente y muchas veces las mayorías parlamentarias pertenecen a la misma fuerza política en sucesivos periodos presidenciales y legislativos.

Así , salvo entre 1983 a 1989, en que gobernó el presidente Raúl Ricardo Alfonsín de la Unión Cívica Radical, de 1999 a 2001 que lo hizo Fernando De La Rúa del mismo partido político y desde 2015 a 2019 el presidente Mauricio Macri de Propuesta Republicana, PRO , los otros 28 años lo hizo el Partido Justicialista, en sus diferentes composiciones y denominaciones, pero con la misma ideología , las mismas prácticas políticas y las mismas figuras políticas de poder que van rotando la ocupación de los cargos públicos.

5 Loewenstein, Karl. "Teoría de la Constitución", colección Demos Editorial Ariel 1979, Pág.261 y sgtes.

Otro ejemplo es el Partido Revolucionario Institucional, PRI, de México que gobernó ese país, en forma ininterrumpida durante 71 años, hasta el año 2000, volviendo a ganar las elecciones con posterioridad.

Esta hegemonía agudiza la crisis de representación política e impide la plena participación política de la ciudadanía, en tanto no se renuevan los ocupantes de los cargos y roles de gobierno, no hay alternancia en el poder y en consecuencia sectores importantes de la sociedad, en cuanto a número de la población, no se sienten representados, deslegitimando así el sistema político.

Si bien el sufragio es universal, secreto, individual y obligatorio en los países latinoamericanos, determinadas prácticas fraudulentas, cuestiones culturales y el clientelismo político, entendido como el intercambio de bienes particulares, la promesa de beneficios, la concesión de exenciones, de planes sociales, las promesas de empleo público, a cambio de votos en tiempos electorales, crea una situación de dominación que vicia la libre voluntad de los ciudadanos al momento de votar.

Tampoco las campañas electorales son transparentes, ni existe un control estricto sobre las mismas. La transparencia y el equilibrio en el financiamiento de las campañas electorales y en las actividades de los Partidos Políticos, aunque proclamados en los textos constitucionales, como el art. 38 de la Constitución de la Nación Argentina o las leyes de financiamiento de los Partidos Políticos, no son llevados a la práctica con la eficacia que ello requiere. Esta grave falencia obedece a diferentes motivos. La obsolescencia de las estructuras judiciales con competencia electoral, la ineficacia de los controles que las normas jurídicas prevén y hasta la connivencia con los órganos de control.

En cuanto al pleno ejercicio de las libertades fundamentales y los Derechos Humanos consagrados en las constituciones y en los Instrumentos Internacionales e Interamericanos, es necesario señalar que la realidad de Latinoamérica, es dispar. Esto tiene que ver con cuestiones culturales, con la composición poblacional, con el asimétrico desarrollo cultural y económico y la estabilidad institucional de cada país. Numerosos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de la competencia contenciosa como de la competencia consultiva, dan cuenta de la reiteración de violaciones a los compromisos Internacionales sobre Derechos Humanos asumidos libremente por los Estados miembros

de la OEA. En igual medida ello surge de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También es posible analizar los informes y dictámenes de los Comités de Naciones Unidas, en el sentido señalado. A su vez, estos pronunciamientos de organismos internacionales han incidido positivamente en el derecho y en la jurisprudencia de los estados miembros al adoptar a partir del propio texto de los Pactos y Convenciones, como de los pronunciamientos antes aludidos, estándares mínimos de protección de los Derechos Humanos que se ven reflejados en el derecho interno o derecho nacional y en la jurisprudencia de los Tribunales domésticos. En el caso de estos últimos, el control de convencionalidad ha permitido un avance 'progresivo en relación a la operatividad de los Derechos Humanos y los principios de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido una interpretación sistémica posible de hacer prevalecer la normativa que mayor protección brinda a las personas. Inclusive los textos constitucionales se han modificado a partir de la influencia de los Sistemas Interamericano e Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

En el caso de Argentina, la reforma Constitucional de 1994 ha receptado ampliamente normativa tendiente a la eliminación de toda forma de discriminación de género, etnia, raza, cultura, religión, edad, situación social y de las diversas formas de intolerancia. Por ejemplo, en el Art. 37 se estableció la igualdad real de oportunidades entre Hombres y Mujeres para el goce de los derechos electorales, en el Art. 38 la institucionalización de Partidos Políticos bajo ciertas pautas democráticas e igualitarias; en el Art. 41la protección de la salud y el medio ambiente, en el art. 42 los Derechos de usuarios y consumidores; en el Art. 43 la tutela de derechos y acciones jurisdiccionales de Amparo- Habeas Corpus, Habeas Data; en el Art. 75 Inc. 17: se consagran los Derechos de los Pueblos Indígenas , en el Art. 75 Inc.19 se refiere al Desarrollo humano , denominado la Nueva Cláusula del Progreso que es redactada con criterios equitativos, e inclusivos; expresamente en el Art. 75 Inc. 23se enumeran los sujetos vulnerables proclamando la Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes, mujeres, ancianos, personas con discapacidad, mujeres en general y mujeres embarazadas, entre otros ejemplos.

Sin embargo subsisten las asimetrías en cuanto al goce de derechos humanos en condiciones de igualdad, dado por cuestiones que tienen que ver con el elevado índice de pobreza, de analfabetismo, la carencia

de servicios públicos esenciales, el escaso desarrollo económico y social de los pueblos de Latinoamérica, aún cuando la Carta indica que debe erradicarse en forma equitativa, la pobreza, la falta de empleo productivo, la precarización del trabajo, el creciente desempleo, el analfabetismo, y propender al desarrollo humano progresivo de los pueblos de América.

Los pueblos indígenas y las poblaciones rurales son los más afectados por estas carencias que aparecen en la Carta como factores negativos para la consolidación de la democracia. y dentro de estos sectores sociales, a su vez, las más afectadas son las mujeres, las niñas y las adolescentes debido a patrones socioculturales discriminatorios y patriarcales.

Respecto de los primeros, los pueblos indígenas, la Nación Argentina ha avanzado en la legislación común y constitucional como también convencional. No obstante, no hay en el país una efectiva promoción y protección de los Pueblos Indígenas, como aparece en la Carta de la OEA al mencionarse los elementos de la Democracia.

Para hacer un análisis cronológico de las normas jurídicas más importantes referidas a los Derechos de los Pueblos Indígenas, se debe mencionar en primer término el Convenio 169 de la OIT, Aprobado por Ley del Congreso Nacional N.º: 24.071, en Abril de 1992, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este convenio constituye la herramienta jurídica más importante para la defensa de los Derechos Indígenas. En general este Convenio establece que los Pueblos Indígenas tienen derecho de "gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación" y los estados miembros se comprometen a adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de estos Pueblos. En este sentido establece que dichas medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los Pueblos Indígenas.

La propia Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, se refiere a los pueblos indígenas argentinos, en el Inciso 17 del art. 75 CN, aprobado por unanimidad de todos los partidos representados en la Convención Constituyente Reformadora, reunida en Santa Fe provincia del mismo nombre. Ello significó un cambio de paradigmas en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas. En el mismo se consagra el

reconocimiento a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas de Argentina, se garantiza el derecho a la identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, se reconoce la personería jurídica de las comunidades y la posesión y propiedad comunitaria indígena, como de las que tradicionalmente ocupan y de todas aquellas que resulten aptas y necesarias para el desarrollo humano, también se establece que ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Se asegura la participación y la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Actualmente y a partir del 1 de Agosto de 2015 en el Código Civil y Comercial de la Nación se alude a la propiedad comunitaria indígena. Están en vigencia leyes especiales que tienen que ver con las tierras que ocupan las poblaciones indígenas, como la Ley N.º: 26160 que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, con personería jurídica inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas o en organismo provincial competente o las preexistentes.

Para el caso, además de la CEDAW, la Convención de los Derechos del Niño, el PIDESC, el PIDCyP, la Convención Americana de Derechos Humanos, la DUDDHH, la DUDDHH, resulta relevante la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Todos estos Pactos y Convenciones tienen jerarquía constitucional, conforme el art. 75 Ins.22 de la CN.

En el año 2007, después de 20 años de foros de debate y conclave internacionales de discusión y trabajo, en el que participaron activamente muchos líderes y lideresas indígenas de todo el mundo y de nuestra región Latinoamericana, especialmente, se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La República Argentina es parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU) por lo que se halla obligada a aplicar esta Declaración que, además, en el derecho interno, tiene jerarquía superior a cualquier ley del Congreso (art. 75 Inc.22) y por ende prima sobre toda normativa provincial o municipal (arts.5 y 31 CN).

A su vez, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Aprobada en la segunda sesión plenaria de la OEA celebrada el 14 de junio de 2016 en Santo Domingo Republica Dominicana, reconoce los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas , así como su derecho a la libre determinación; a los territorios, a las tierras y recursos naturales; a la paz, la seguridad y protección; al desarrollo humano en todos los ámbitos; a la espiritualidad y la preservación de las culturas indígenas en las Américas. Menciona especialmente los derechos de las mujeres indígenas y de los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial. Señala expresamente que los derechos reconocidos en ésta Declaración y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas de las Américas. La Declaración resulta obligatoria en Argentina y tiene jerarquía suprallegal aunque infra constitucional en virtud del ya mencionado Inc. 22 del Art 75 CN y debe ser observada por los tres poderes de la Nación, las Provincias, la ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios.

Toda esta normativa es aplicada en forma sesgada y mezquina, sin perspectiva indígena, en perjuicio de los Pueblos Indígenas Argentinos.

En el sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha dictado la primera condena a la República Argentina referida a Pueblos Indígenas el 6 de Febrero de 2020, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por el Pacto de San José de Costa Rica, en el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”. La causa estaba referida a la petición de demarcación y titulación de tierras de propiedad comunitaria indígena de 643.000 has.de extensión, llegándose luego a un acuerdo de reclamar 400.000 has., situadas en el Departamento Rivadavia - Chaco Salteño de la Provincia de Salta. El territorio está ubicado en un punto tripartito, en el límite con Bolivia y Paraguay. El reclamo comprendía los Lotes Fiscales N° 14 y 55 y llevaba al momento del fallo 35 años de reclamo, de los cuales 22 años habían transcurrido en el Sistema Interamericano. El conflicto afectaba a 2.031 familias indígenas, 10.155 personas indígenas, 465 familias criollas y 132 comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos indígenas Wichí (Mataco), Chorote, Qom, Chulupí y Tapiete, quienes habían acreditado una presencia constante e ininterrumpida en el lugar desde 1629. La sentencia de la Corte Interamericana consideró

que el Estado argentino es responsable por la violación de los siguientes derechos en perjuicio de las comunidades indígenas:

Derecho a la propiedad comunitaria indígena

Derechos políticos

Derechos a participar en la vida cultural

Derecho al medio ambiente sano

Derecho a la alimentación adecuada

Derecho al agua potable y a los servicios básicos

Derecho a las garantías judiciales

Garantía del plazo razonable

En cuanto a la participación de las mujeres en las estructuras políticas de los respectivos países, entendido esto como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática, se advierte que subsisten en toda Latinoamérica estereotipos de género que imponen un punto de vista masculino para determinados roles en el ámbito político y público y la adopción del varón como paradigma del sujeto político, en desmedro de las mujeres. Si bien en Argentina se han dictado normas jurídicas y se han suscripto convenios y tratados internacionales con rango constitucional y supralegal referidos a los derechos de las mujeres en el ámbito público y político, los roles de género subsisten negativamente y hay para las mujeres un techo de cristal, que en realidad es de hormigón, muy difícil de superar, prueba de ello es que el mapa de género, publicado por la Oficina de la Mujer (OM)⁶, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, demuestra que en 10 años no se ha modificado el número de mujeres en la magistratura del Poder Judicial de la Nación. En casi 160 años, solamente tres mujeres accedieron a la Corte Suprema. El Consejo de la Magistratura de la Nación no aplica la reglamentación dictada por el mismo Consejo que impone la composición de ternas con mujeres, pero siguen integrando ternas exclusivamente con varones, no obstante, la demostrada y sobrada idoneidad de las postulantes. Los Partidos Políticos no postulan mujeres en los primeros lugares en las listas de candidatos a cargos electivos, desoyendo el mandato constitucional de los arts. 37 y

6 www.csjn.gov.ar

38 antes citados, por lo que las leyes de cupo femenino o de paridad de género no resultan efectivas para permitir el acceso de mujeres a los cargos políticos electivos, porque el cupo del 30 por ciento o la paridad de género, son licuados por el sistema electoral Proporcional D'Hont que adjudica a los partidos los cargos en disputa comenzando por la "cabeza de lista", que siempre es un hombre. Es decir que en la esfera público-política las mujeres están subrepresentadas, afectándose así un principio fundamental de la Democracia, como es la igualdad de trato y de oportunidades. Es decir que las mujeres no participan en los órganos de decisión política en número suficiente para influir en los proyectos políticos que inciden sobre su propia vida, sobre sus bienes, sobre la salud y hasta su propia libertad. Si más de la mitad de la población no goza de iguales derechos, está en crisis el fundamento esencial de la democracia que es la igualdad.

Todo ello a pesar de que podríamos decir que al menos, mínimamente hay un estándar jurídico internacional y nacional de protección a la mujer en la Argentina, dado por:

La Convención Cedaw (1979), las Recomendaciones Generales y el Protocolo Facultativo, aprobada por la ley 26.171/2007, ONU, de rango constitucional.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará (1994) OEA, de rango suprallegal en relación a las leyes del Congreso Nacional.

La Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (2009) Argentina, norma de orden público.

La Ley 27.499 llamada Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del estado (2018) Argentina.

Sin embargo, no se ha asimilado aún la perspectiva de género necesaria para erradicar los estereotipos que impiden a las mujeres asumir roles políticos y públicos adjudicados exclusivamente a los hombres.

En conclusión, aún hay muchos derechos sin reconocer efectivamente en Latinoamérica, o que, reconocidos por las leyes y las Constituciones, no son aplicados como ellas mandan. Esos derechos constituyen los elementos esenciales de los sistemas políticos Democráticos, según la Carta

Democrática Interamericana de la OEA, por lo que en realidad los pueblos Latinoamericanos no gozan, al menos en plenitud y en condiciones de igualdad, del derecho humano a la Democracia, considerado “esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas” (art.1 Carta Democrática Interamericana de la OEA)

BIBLIOGRAFÍA:

Altabe, Martha Helia. Coordinadora. “*Género y Covid 19*”. Publicación de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina (AMJA). Obra Colectiva. Edit. Contexto, Resistencia Chaco. 2020.

Amaya, Jorge Alejandro y Mezzetti, Luca. Coordinadores. “*Democracia, Presidencialismo y Populismo en Latinoamérica*”. Obra Colectiva. Astrea. Bs.As.2022

Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. N°1, “*Facultades Concurrentes en el Marco del Estado Federal*”. Segundo Semestre 2021. Obra Colectiva. Editorial Advocatus. Córdoba 2022. ISSN 2796-8820

Asociación de Mujeres Jueces de Argentina (AMJA) “*Derechos Humanos y Colectivos Vulnerables. Para Reflexionar con Perspectiva de Género*”. Obra Colectiva. Editorial Contexto. Resistencia, Chaco. 2021

Cenicacelaya, María de las Nieves. “*Bienvenidos? La Extranjería en Perspectiva Constitucional*”. Ediciones Cooperativas. Bs.As. 2016

Chiacchiera Castro, Paulina R. y Calderón, Maximiliano R. “*Censo y Constitución Nacional*”. Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba. 2022

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “*Estándares Jurídicos: Igualdad de Género y Derechos de las Mujeres*”. www.cidh.org-2015

Defensoría General de la Nación. “*Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas*”. Obra Colectiva. Bs.As. 2011

Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián-Coordinadores. “*Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria*”- Obra Colectiva -Tomos I y II-La Ley-2016

Gomiz, María Micaela y Salgado, Juan Manuel. “*Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el Derecho Interno Argentino*”.

- 2ª. Edición-Publicación del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas. Enio Ayosa Editores. Bs.As.2010
- Hernández, Antonio María y Valadés, Diego, Coordinadores." *La Constitución y el Combate a la Corrupción*". Obra Colectiva. Universidad Nacional Autónoma de México. Querétaro, México.2022. www.juridicas.unam.mx
- Ivanega, Miriam Mabel. Directora." *Igualdad y Género*"-Obra Colectiva-La Ley-Bs.As.2019
- Palacio de Caeiro, Silvia. Directora " *Mujeres y sus Derechos en Argentina. Una revisión en el Contexto Nacional e Internacional*". Obra Colectiva. Tomos I y II-La Ley.Bs.As.2021
- Paz, Enrique César- " *Dignidad Humana. La Causa Fuente de los Derechos Humanos*" Editorial Contexto. Resistencia, Chaco.2021
- Paz, Enrique César- " *Normas Jurídicas y Operatividad en las 100 Reglas de Brasilia*" -Edit. Contexto-Resistencia, Chaco-2015
- Perícola, María Alejandra. Directora." *Hacia una Representación Política Inclusiva*" -Obra Colectiva"-Eudeba-Bs.As.2021
- Sabsay, Daniel Alberto. " *Manual de Derecho Constitucional* ".2ª-Edición. La Ley. Bs.As. 2022
- Trebilcock, Michael J. y Mota Prado, Mariana. " *Derecho y Desarrollo. Guía Fundamental para Entender porque el desarrollo Social y Económico Depende de Instituciones de Calidad*". Siglo XXI Editores Argentina.2017.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN BOLIVIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19



*Sonia Eliana Roca Serrano**

Sumario: 1. Introducción. 2. Normativa nacional e internacional aplicable a la pandemia del COVID-19. 3. Tensión entre derechos fundamentales. 4. Algunos aspectos sobre el Derecho a la salud y educación. 5. A modo de conclusión.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Estado de emergencia. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pandemia del COVID-19.

RESUMEN

La declaratoria de emergencia sanitaria producto de la pandemia del COVID-19 ha restringido los derechos fundamentales de las personas, como la libertad de locomoción, la libertad personal, de trabajo, entre otros, con la finalidad de perseverar el derecho a la salud y la vida. En esta investigación nos aproximaremos a los rasgos más importantes de la pandemia del COVID-19 en Bolivia, en relación a dicha limitación, indagaremos hasta dónde son admisible dichas restricciones, a la luz

* Doctora en Derecho Internacional en la Universidad de Valencia (España). Post doctorado: Nuevas tecnologías y derecho, Mediterránea Internacional Centro de Derechos Humanos. Regio Calabria- Italia Master en Ciencias Políticas. Abogada. Docente titular de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, donde dicta las cátedras de Derecho Internacional Público y Privado y Derechos Humanos e indígenas. Es profesora de la Escuela de Postgrado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UAGRM. Ha publicado varios libros.

del ordenamiento boliviano y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. También investigaremos los efectos de dichas limitaciones en el **ámbito del** derecho a la salud y la educación.

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19 afectó gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone. Con la finalidad de preservar dichos derechos, se establecieron medidas de distinta naturaleza que restringen otros derechos fundamentales, como el de la libertad de locomoción, la libertad personal, de trabajo, de educación, el derecho a la reunión de personas y, en algunos países, también han recurrido a limitar la libertad de expresión y el acceso a la información pública. De la misma manera, se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus y el almacenamiento de datos de forma masiva.

En esta investigación analizaremos cómo Bolivia enfrentó la pandemia en cuanto a garantizar la salud y las restricciones de los derechos fundamentales, hasta dónde es admisible dichas limitaciones, a la luz del ordenamiento boliviano y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aunque la investigación se focalizará en relación a la política pública del derecho a la educación, sus restricciones durante la pandemia y sus efectos en niños, niñas, adolescentes y juventud; también se realizará un análisis general del derecho a la salud en la primera fase de la pandemia en Bolivia.

El trabajo consta de 4 partes: una referida al marco jurídico nacional e internacional, una segunda relacionada a la tensión presentada entre los derechos fundamentales, una tercera sobre algunos aspectos del derecho salud y educación y, para finalizar, un apartado de conclusiones.

2. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL APLICABLE A LA PANDEMIA

2.1. NORMATIVA NACIONAL

Ante esta crisis sanitaria los diferentes países del mundo han adoptado una serie de medidas con el fin de enfrentar y prevenir los efectos de la pandemia; *la CIDH ha observado que se han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado “estados de emergencia”, “estados de*

excepción”, “*estados de catástrofe por calamidad pública*” o “*emergencia sanitaria*”, a través de decretos presidenciales y normativas de diversa naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de contagios¹. Los gobiernos declararon estados de emergencia, asumiendo así poderes o facultades excepcionales, por lo que se han visto impactados tanto los derechos humanos como la separación de poderes.

Si bien es cierto que el Estado Plurinacional de Bolivia no cuenta con una norma específica a nivel constitucional en materia de emergencia sanitaria como otros países, es bueno analizar dicha normativa. Así, España contempla diferentes grados de estado de emergencia o régimen, los cuales están recogidos en el art. 116 de la Constitución española (1978) que establece que *una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes*. 2. *El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo...* 3. *El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados...*². Como se denota, la legislación española contempla el estado de alarma y de excepción.

La Constitución colombiana señala en el artículo 215: *Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212³ y 213⁴ que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos [...]*.

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pandemia y Derechos Humanos en la Américas Resolución N.º 1, Washington, 10 de abril de 2020, p. 4.

2 BOE núm. 311, de 29/12/1978.

3 Estados de excepción por razones relacionadas a defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad.

4 En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

Como ya se señaló, el marco constitucional de nuestro país no estipula los estados de emergencia como la Constitución española o colombiana, solamente estipula el estado de excepción determinado en el art. 137 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), que establece que *en caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural, la Presidenta o el Presidente del Estado tendrá la potestad de declarar el estado de excepción, en todo o en la parte del territorio donde fuera necesario. La declaración del estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad.*

Cabe destacar que en Bolivia no se aplicó el art. 136 de la CPE, que puede interpretarse desde la perspectiva que no se adecuaba expresamente a la emergencia sanitaria, puesto que no era la vía más idónea, así como por motivos políticos producto de la falta de coordinación entre el órgano legislativo y el ejecutivo. De acuerdo al sano entender de algunos investigadores, este artículo pudo ser invocado argumentando que la pandemia es producto del daño al medio ambiente y los cambios de los ecosistemas de la naturaleza, por lo que se lo puede considerar como un desastre natural. Al tenor de lo establecido en el art. 138 I.: “La vigencia de la declaración del estado de excepción dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que tendrá lugar, dentro de las siguientes setenta y dos horas a la declaración del estado de excepción”.

Para afrontar la pandemia mundial, el Estado boliviano dictó — mediante el Decreto Supremo N.º 4196, de fecha 17 de marzo de 2020— estado de emergencia, realizando una interpretación proactiva y sistemática de la Constitución, fundamentada en su art. 9, el cual determina como fines y funciones esenciales del Estado, entre otros, el garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad, la protección e igual dignidad de las personas. Asimismo, invoca los artículos 35 y 37 de la Constitución, relacionados al deber del Estado de proteger el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud. De esta manera se garantiza la obligación indeclinable de garantizar el derecho a la salud, que se constituye en una función suprema y responsabilidad financiera.

El decreto menciona el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se establece que toda persona tiene derecho

a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar. También invoca el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, ratificado por Bolivia, que establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo este derecho, los Estados parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público⁵. También se dictó el Decreto N.º 4199 de 21 de marzo de 2020, en el que se estableció la cuarentena rígida en todo en territorio del país, que limitó una serie de derechos que serán analizados más adelante.

A través de Ley N.º 1293 de 01 de abril de 2020, la Asamblea Legislativa declaró de interés y prioridad nacional las actividades, acciones y medidas necesarias para la prevención, contención y tratamiento de la infección por el coronavirus (COVID-19); dispuso que el Órgano Ejecutivo emita la declaratoria de cuarentena nacional, como medida de prevención y contención de la infección; asimismo, en coordinación con las entidades territoriales autónomas, en el marco de sus atribuciones y competencias, implemente las actividades, acciones y medidas necesarias y oportunas para la prevención, contención y tratamiento de la infección. Con esa Ley se dio soporte legal a las decisiones adoptadas por el Órgano Ejecutivo⁶.

2.2. TRATADOS INTERNACIONALES

Por lo tanto, es necesario analizar los estados de excepción, como también los estados de emergencia, ya que las medidas tomadas, sobre todo en la primera fase de la cuarentena rígida, limitaron derechos. En este trabajo se analizará brevemente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), como también los Principios de Siracusa, los tratados y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El art. 4 (1) del PIDCP prevé que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, en la medida estrictamente limitada

5 Los tratados internacionales ratificados por Bolivia, al tenor de lo estipulado en el art. 410 de la CPE, integran el bloque de constitucionalidad, por lo tanto, son normas aplicables directamente.

6 Rivera Santibáñez J.A, La Constitución ante la pandemia del coronavirus en *Emergencia sanitaria por Covid-19*, N. González Y D Valadés, (coords), Unam, México, 2020. p 47.

a las exigencias de la situación, se suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Asimismo el mencionado artículo, en su párrafo 2, señala: *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*

Los Principios de Siracusa⁷ señalan que no se permitirán otras limitaciones o motivos para aplicar estas limitaciones a los derechos garantizados por el Pacto, distintas de las que figuran en las disposiciones de este. El alcance de las limitaciones mencionadas en el Pacto no se interpretará de manera que pueda menoscabar la esencia del derecho de que se trate, es decir, el contenido esencial o la naturaleza del derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado estándares normativos sobre los requisitos que legitiman medidas que afecten el pleno goce y ejercicio de los derechos. El art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) estipula la suspensión de garantía en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, siempre que tal medida no sea incompatible con las obligaciones que impone el derecho internacional y el principio de no discriminación y establezca un núcleo de derechos inderogables.

Es así que la CADH autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades de manera temporal, pero se exige para poder establecerlas el cumplimiento concurrente de algunos requisitos, entre ellos la proporcionalidad de la medida, la necesidad, la

7 Naciones Unidas, *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, <http://www.derechos.org/nizkor/except/siracusa84.html>

legitimidad y el interés general. Es así que el art. 27 de la CADH tenemos que interpretarlo en concordancia con el art. 30 que estipula: *Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*

Al realizar la interpretación sistemática de ambos artículos, 27 y 30, queda claro que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que para establecerla exige el cumplimiento concurrente de las condiciones o parámetros – desarrollados en las múltiples sentencias –, que se explicará a continuación, así como las establecidas en la opinión consultiva Oc. 6/ 86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH en la Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, en el parágrafo 18, indica que *al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas. 35. En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo.*⁸

a) Sentencia de la Corte IDH Caso Jenkins vs. Argentina

En el Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2019, Serie C N.º 3973 se estableció lo siguiente: *Corresponde a la autoridad judicial imponer medidas de esta naturaleza únicamente cuando acredite que son:*

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986 https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf (visitado el 4 de julio de 2022).

(i) idóneas para cumplir con el fin perseguido, (ii) necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y (iii) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. [...]⁹.

b) Sentencia Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

En esta sentencia se establece que es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática¹⁰.

c) Sentencia de la Corte IDH. Castañeda Gutman 180 vs. México.

Esta sentencia indica que el segundo límite de toda restricción se relaciona con la **finalidad** de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (...). por ejemplo, la finalidad de protección del orden salud pública de los artículos 12. 3 y 13.2 b y 15 entre otras) b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, derecho a reunión.,

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Jenkins vs. Argentina, Fondo reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019, párr. 76.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 120.

O bien, en las normas que establecen finalidades legítimas (por ejemplo, los derechos y libertades de las demás personas, o hasta exigencias de bien común, en una sociedad democrática art 32.

186. *Con el fin de evaluar si la medida restrictiva bajo examen cumple con este último requisito la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo*¹¹.

Podemos sostener que durante la pandemia había una necesidad y un interés general de proteger la vida, la salud, la integridad física. Por lo tanto, se dictaron los decretos señalados, que fueron respaldados por la Ley N.º 1293 de fecha 1 de abril de 2020, es decir que estuvieron al límite de los parámetros constitucionales: que la medida obedeciese a “razones de interés general”, que no hubiese otra opción para llegar a tal fin, que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos y, por último, que la temporalidad de la medida fuese limitada. La suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el Gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas de los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidos o sometidos a requisitos más rigurosos.

Es evidente que durante la cuarenta se ha podido observar un hiperpresidencialismo exagerado, que vulnera los principios de separación de poderes, conculcando los derechos fundamentales de las personas. De acuerdo con Zagrebeky, los órganos entre los que se divide el poder del Estado son los elementos de la forma de gobierno establecida en la Constitución. Por ello, estos se denominan órganos constitucionales y se consideran recíprocamente soberanos. Con esta fórmula se quiere indicar que cada uno de estos no tiene otro jerárquicamente superior y, por ende, en el ámbito de sus atribuciones puede operar sin sufrir injerencias¹². Este hiperpresidencialismo afectó el Estado Constitucional, aunque las normas emitidas se enmarcaron dentro los límites de este.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman 180 vs. **México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.

12 Zagrebeky, G.; Marceno, V. y Pallante F., *Manual de derecho constitucional*, Zela, Lima, 2020, p. 548.

3. TENSIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

En este contexto de pandemia, los pactos internacionales tanto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) son aplicables y de gran importancia para poder analizar los derechos fundamentales en cuestión. Es indudable que todos los países han apostado por privilegiar la salud y la vida, sin embargo, la cuarentena provocó una limitación de ciertos derechos civiles al margen de las gravísimas consecuencias en los planos económico y social. En este acápite analizaremos los derechos civiles y el derecho de la salud en Bolivia. Algunos dicen que hay tensiones entre ellos, otros sostienen que existe la complementariedad e interdependencia entre estos de manera práctica.

Señalan Von Bogdandy y Villarreal que en el caso del PIDCP las intervenciones, los aislamientos y las cuarentenas obligatorios tienen una relación directa con los derechos consagrados en este instrumento legal [...]. Es revelador que los gobiernos que han impuesto cuarentenas masivas no han apoyado tales medidas en los fundamentos legales normales, sino que han considerado necesario invocar poderes de emergencia. Conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dicha declaración es relevante en términos del art. 4 (1) del PIDCP, que prevé lo relativo a derogaciones durante emergencias. Sin embargo, para justificar la restricción de los derechos del PIDCP, el art 4. (3) exige que los Estados parte notifiquen al secretario general de las Naciones Unidas¹³.

La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos y se reconocen los siguientes derechos: el derecho a la vida (art. 6), la prohibición de torturas y de penas o tratos crueles inhumanos o degradantes (art. 7), la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (párrafos 1 y 2 del art. 8), la prohibición de la prisión por deudas (art. 11), el principio de legalidad (art. 15), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano (art. 16) y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (párrafo 1 del art. 18).

Es de destacar que la Observación General 29 del PIDCP también reconoce la posibilidad de restringir en general la libertad de movimiento

13 Von Bogdandy A. y Villarreal P., Panorama Internacional del Derecho Internacional frente a la pandemia COVID-19 en *Emergencia sanitaria por COVID-19*, N. González y D. Valadés (coords.), México, 2020, p. 18.

en virtud del art. 12 y la libertad de reunión en virtud del art. 21 del PIDCP. En casos más extremos, incluso el derecho a la libertad en virtud del art. 9 puede estar restringido, aunque bajo la condición de un procedimiento judicial que valide la legalidad de las medidas.

En Bolivia en fecha 21 de marzo de 2020, mediante Decreto Supremo (D.S) N.º 4199, **se declara cuarentena total, fundamentada en el** resguardo estricto al derecho fundamental a la vida y a la salud de las bolivianas y bolivianos, con suspensión de actividades públicas y privadas en atención a la declaración de emergencia sanitaria nacional contra el contagio y propagación del COVID-19, obligando a los ciudadanos a permanecer en sus domicilios. Durante el tiempo que dure esta medida, solo podrá realizar desplazamientos mínimos e indispensables una persona por familia, a fin de abastecerse de productos e insumos necesarios en comercios cercanos a su domicilio o residencia.

Con esta medida indudablemente se limita el derecho a la libertad de locomoción, de trabajo y de reunión, ya que se establece que queda prohibida la circulación, tanto de personas como de vehículos motorizados públicos y privados, sin la autorización correspondiente de la autoridad competente. Asimismo, le otorga a la policía la facultad de que en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales asegurará el mantenimiento del orden público, la paz social y fundamentalmente el derecho a la vida, la salud y la integridad de los ciudadanos, estantes y habitantes del territorio nacional.

El Decreto Supremo N.º 4199 estipula normas que atentan a los derechos, libertades fundamentales, ya que en el art. 7 parágrafo 1 se impone sanciones de multa pecuniaria y arresto de ocho (8) horas para quienes incumplan las medidas, sin perjuicio del inicio de la denuncia penal correspondiente ante el Ministerio Público por la comisión de delitos contra la salud pública. El presente artículo es un exceso ya que existe una doble sanción pecuniaria y arresto, más la posibilidad de una denuncia penal, por lo tanto, se viola el principio *non bis in idem*, que supone que no puede imponer duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, es decir que se sancione a una persona dos veces por los mismos hechos en la jurisdicción administrativa y la penal. En el parágrafo 2 del art. 7 limita la libertad de información.

Por otro lado, el D.S. N.º 4200 de 25 de marzo de 2020 no solo conserva el espíritu del Decreto N.º 4199 de fecha 21 de marzo de 2020, en relación

al art. 7, sino más bien lo refuerza y agrava, ya que expresa que las personas que incumplan dichas prohibiciones a la libertad de locomoción, de reunión —e invoca un artículo del **Código Penal**— serán procesadas “a la privación de libertad de uno (1) a diez (10) años, conforme lo dispuesto por el Código Penal”. Y de acuerdo a datos de prensa, los fiscales y jueces dictaron sentencias vulnerando la presunción de inocencia y el principio de legalidad establecido en los artículos 116, 117, 123 de la CPE, ya que el art. 216 del Código Penal establece que incurrirá en privación de 10 años el que propagare enfermedades graves o contagiosas. En este caso la persona no es portadora de virus, pero está incumpliendo una de las prohibiciones y se la está condenando como propagadora de una enfermedad contagiosa, que no es el caso. “Más tomando en cuenta que este es un delito doloso, por lo tanto, el agente debe actuar dolosamente, esto es, con conocimiento de los elementos del delito; y, aun así (a sabiendas), tiene la voluntad de cometerlo”¹⁴.

En relación a libertad de expresión y libertad de información, una de las disposiciones de ambos decretos —N.º 4199 (art. 7) y N.º 4200 (art. 13)— estipulaba que las “personas que inciten el incumplimiento del presente Decreto Supremo o desinformen o generen incertidumbre a la población, serán sujetos de denuncia penal por la comisión de delitos contra la salud pública”. Este párrafo es sumamente peligroso, pues ¿quién va determinar cuál es la desinformación inadecuada?, ¿el poder ejecutivo va a regular la información en relación a la pandemia?, ¿bajo qué parámetros? Con este articulado se estaba vulnerando la libertad de información y remitiendo al ámbito penal como de delitos contra la salud pública.

Ambos decretos en los artículos señalados fueron derogados a pocos días de ser emitidos porque no precisan qué acciones o declaraciones podrían considerarse como “desinformación” o como actos que “generen incertidumbre a la población”. Este lenguaje ambiguo, sin una clara definición legal, podría dar lugar a abusos para silenciar opiniones o comentarios plenamente protegidos por el derecho a la libertad de expresión y libertad de información. Estos aspectos fueron denunciados por la institución internacional de vigilancia de los derechos humanos en Human Rights Watch,

14 Áñez Núñez C, *Coronavirus y algunas consideraciones jurídicas*, 24 de marzo de 2020. [HTTPS://CIRONEZ7.BLOGSPOT.COM/2020/03/CORONAVIRUS-Y-SUS-CONNOTACIONES.HTML?M=1#MORE](https://CIRONEZ7.BLOGSPOT.COM/2020/03/CORONAVIRUS-Y-SUS-CONNOTACIONES.HTML?M=1#MORE)

quienes afirmaron que un decreto emitido por el Gobierno en donde se “establece medidas contra la propagación del coronavirus, incluye una disposición «excesivamente amplia y vaga que habilita a las autoridades a procesar penalmente a quienes critiquen políticas públicas»¹⁵ y continúa “El Gobierno de Bolivia aprovecha la pandemia para arrogarse el poder de sancionar penalmente a quienes publiquen información que las autoridades consideren <incorrecta>, y esto viola el derecho a la libertad de expresión”, afirmó el director para las Américas de Human Rights Watch”.

Al margen de los excesos —que no son justificables y se constituyen en exceso del poder del órgano ejecutivo— de los artículos señalados anteriormente y actualmente derogados, es destacable que estos derechos fueron limitados con la finalidad de preservar el derecho a la salud, ya que la pandemia del COVID-19 pone en riesgo la vida, la salud y la integridad personal, así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general y las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad.

4. ALGUNAS ASPECTOS SOBRE EL DERECHO A LA SALUD Y EDUCACIÓN EN BOLIVIA

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs) en Bolivia se incorporaron de manera amplia en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en sus leyes y en la jurisprudencia. La Constitución boliviana desarrolla un elenco de derechos sociales muy importantes, aunque para fines de la presente investigación solo consideraré los referidos a la educación y salud durante la pandemia del coronavirus.

Los DESCAs se fundamentan en la idea de igualdad sustancial como uno de los valores o aspectos de la justicia necesarios para la protección de la dignidad de las personas. Por lo tanto, la dignidad es un valor propio de los seres humanos, ya que por ser persona se es digno, es decir, valioso y merecedor de respeto. En síntesis, la dignidad es inherente a la persona. A esta aproximación más bien liberal de la dignidad, se le añade una

15 Página Siete, Human Rights Watch. Decreto sobre el COVID-19 amenaza la libertad de expresión, La Paz, 7 de abril de 2020. <https://www.paginasiete.bo/nacional/2020/4/7/human-rights-watch-decreto-sobre-covid-19-amenaza-la-libertad-de-expresion-251989.html>

dimensión más amplia de esta, que se refleja en la sentencia constitucional SCP 0850/2013¹⁶ que indica: *En nuestra Constitución existe una relación inescindible de consolidación de la sociedad justa con la dignidad humana, de ahí que no puede ser suficiente una perspectiva liberal individual de la dignidad, sino que a la luz del Estado Social se busca que todas y todos sean tratados dignamente y en igualdad de condiciones, por ello en su dimensión social.*

Esta sentencia hace énfasis en eliminar las diferencias sociales. Para ello, el Estado tiene obligaciones positivas y negativas a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de la propia Constitución que puede resumirse en el permanente deber del Estado boliviano de otorgar las condiciones de una vida digna. La educación juega un papel muy importante como generador de igualdad entre las personas.

En segundo lugar, recordemos que los derechos económicos, sociales y culturales responden a los valores de igualdad y solidaridad, en los que el principio de no discriminación asume gran importancia. En relación a esto, Bobbio¹⁷ señala que *la razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la salud, son una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social.*

La sentencia N.º 0461/2010 del Tribunal Constitucional de Bolivia (2010)¹⁸ que al abordar la problemática de igualdad ante la ley indica lo siguiente: *La igualdad jurídica importa el mínimo de equidad que una sociedad debe respetar...El contenido esencial de la igualdad no se encuentra en la prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino, en la interdicción de normas diferenciadas no justificadas, esto es, arbitrarias o discriminatorias; para decirlo claramente y en línea, la clave para entender la igualdad jurídica, es que esta no radica en la 'no diferenciación' sino en la 'no discriminación', desplazándose el problema a la determinación del criterio que nos permita establecer cuándo una*

16 Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia SCP 0850/2013 <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/14220> (visitado el 10 de marzo de 2021).

17 Bobbio, N. *Derecha e Izquierda*, Santillana, S.A. Taurus, Cuarta Edición, España, 1995, p. 151.

18 Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia N.º 461/2010 <http://www.tc.gob.bo/resolucion18022.html>

diferenciación es no discriminatoria, esto implica, que todas las personas sujetas a una misma norma o que se encuentren en una misma condición jurídica, deben someterse a la misma ley aplicable a los individuos de ese grupo. Lo contrario implicaría que la autoridad, al aplicar la ley, vulnerara el principio de igualdad e impusiera una discriminación antijurídica. La esencia del derecho está dada por el reconocimiento de que los hombres son iguales.

La Constitución Política del Estado estipula en su art. 18: “toda persona tiene derecho a la salud”, asimismo en sus artículos 35 y subsiguientes, indica que “el Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo, y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud”. Por otro lado, el Estado garantiza el acceso al seguro universal de salud, ya que este se constituye en una función suprema y de primera responsabilidad financiera. Se priorizará la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades.

La pandemia genera impactos diferenciados, indudablemente el virus no discrimina, pero los efectos para los más pobres son de gran impacto, más aún tomando en cuenta el sistema precario de salud. De acuerdo a datos de la prensa, en Bolivia hay 430 camas de terapia intensiva y 190 especialistas. Esta cifra apenas cubre el 38 % de las necesidades del país que está en emergencia por el coronavirus. Hay carencias de insumos y equipamiento. “Las unidades de UTI (Unidad de Terapia Intensiva) no están preparadas para la pandemia. Es necesario mejorar las infraestructuras. Se requiere una alianza de los sectores público, privado y de la seguridad a largo plazo para optimizar la atención en las pocas unidades que hay”, señaló el presidente del comité de Medicina Crítica y Terapia Intensiva, Patricio Gutiérrez. Según datos de la OMS, en promedio, por cada 10.000 habitantes debe haber una cama de terapia intensiva. Es decir que, en Bolivia, un país con 11.633.000 habitantes (según una proyección de la población al 2020 del INE), se requieren al menos 1.163 unidades en este servicio¹⁹.

La pandemia del coronavirus nos encontró con un sistema de salud deficiente en estructura, recursos humanos y especialmente carente de una

19 Página Siete, Bolivia tiene 430 camas de terapia intensiva y 190 especialistas y 38 % de lo mínimo requeridos. La Paz, 4 de abril de 2020. <https://www.paginasiete.bo/sociedad/2020/4/4/bolivia-tiene-190-intensivistas-430-uti-38-de-lo-minimo-requerido-251726.html>

política nacional de desarrollo de la salud, agregando a esto un nivel de competencias establecidas en la CPE un poco complejo, lo que dificultó una buena respuesta a la crisis sanitaria.

En relación al derecho a la educación, la pandemia ha provocado la mayor interrupción de la historia en los sistemas educativos, que ha afectado a casi 1.600 millones de alumnos en más de 190 países en todos los continentes. Los cierres de escuelas y otros centros de enseñanza han afectado al 94 % de los estudiantes de todo el mundo, una cifra que asciende al 99 % en países de ingreso bajo y mediano bajo²⁰. Es decir que se ha privado el ejercicio de un derecho básico como la educación, que es la llave para el ejercicio de otros derechos. La pandemia del COVID-19 ha aumentado las brechas sociales, económicas y educativas.

La Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (UNESCO) años anteriores había identificado grandes brechas en los resultados educativos, que se relacionan con una desigual distribución de los docentes, en general, y de los docentes mejor calificados, en particular, en desmedro de países y regiones con menores ingresos y de zonas rurales, las que suelen concentrar además a población indígena y migrante. En el ámbito educativo, gran parte de las medidas que los países de la región han adoptado ante la crisis se relacionan con la suspensión de las clases presenciales en todos los niveles, lo que ha dado origen a tres campos de acción principales: el despliegue de modalidades de aprendizaje a distancia, mediante la utilización de una diversidad de formatos y plataformas; el apoyo y la movilización del personal y las comunidades educativas; y la atención a la salud y el bienestar integral de las y los estudiantes.²¹

En Bolivia el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) expresa su preocupación pues 2.923.527 niños, niñas y adolescentes matriculados en inicial, primaria y secundaria no asistan a clases desde

20 UNICEF, Informe de políticas, la educación durante la pandemia de COVID-19 y después de ella,

[HTTPS://WWW.UN.ORG/SITES/UN2.UN.ORG/FILES/POLICY_BRIEF_-_EDUCATION_DURING_COVID-19_AND_BEYOND_SPANISH.PDF](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/policy_brief_-_education_during_covid-19_and_beyond_spanish.pdf) (VISITADO EN MARZO DE 2022).

21 CEPAL Informe Covid. La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19, Santiago de Chile, 2020, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45904-la-educacion-tiempos-la-pandemia-covid-19> (Visitado en julio de 2021)

el 13 de marzo pasado, debido a la emergencia sanitaria establecida por la pandemia del coronavirus (COVID-19), ya que esto afecta significativamente su desarrollo a corto, medio y largo plazo y, por ende, el progreso del mismo Estado²².

Si bien durante los primeros meses de la pandemia se implementaron las clases escolares a través del sistema virtual, por diversos factores – como la falta de equipo y conectividad de los estudiantes, el desconocimiento de la metodología de enseñanza virtual y de las tecnologías virtuales de los maestros – el sistema virtual tenía graves falencias, por lo cual desafortunadamente el Gobierno clausuró el año escolar mediante la Resolución Ministerial 0050/2020 que indica en el artículo 1 (Clausura): “Disponer la clausura de la gestión educativa 2020 y subsistema de educación regular, en todo el territorio nacional y la promoción de los estudiantes al curso inmediato superior”²³.

En Bolivia se regresó al sistema de clases virtuales en el año 2021, con el fin de salvaguardar la salud de los estudiantes, pero en el proceso educativo se pudo constatar una inequidad educativa y tecnológica, ya que existían unas escuelas donde había un avance tecnológico con plataformas virtuales (Teams, Google Meet, Zoom) para los estudiantes y otras escuelas que quedaban rezagadas, con tareas por medios más modestos (correo electrónico, WhatsApp). Pero también se constataron diferencias con relación a los estudiantes, por el tipo o calidad de los dispositivos móviles – algunos se conectaban desde una computadora, otros desde un celular – y por la conectividad y velocidad con los que contaban. Se evidenció que aumentaron las brechas digitales y por lo tanto las sociales, considerables en el acceso efectivo al mundo digital, lo que tiene profundas implicaciones en las oportunidades de aprendizaje.

Con este panorama también existe un incumplimiento de los derechos fundamentales a la salud y la educación. Nunca ha sido más cierto lo sostenido por Añon en relación a los Derechos Sociales, quien plantea que

22 UNICEF, Informe de políticas, la educación durante la pandemia de COVID-19 y después de ella, op.cit,

23 Ministerio de Educación, Deporte Y Culturas. Resolución ministerial N.º 0050 de 31 de julio de 2020

<https://educacion.boliviapopular.com/2020/08/resolucion-ministerial-00502020.html> (visitado en marzo de 2021).

estos son **un test de inclusión**. Asimismo, De Lucas, citando a Amartya Sen, afirma que: “(...) la pobreza no es otra cosa que la disminución general de las posibilidades vitales”. De Lucas nos plantea que *los derechos sociales son la palanca más importante para combatir esa disminución, es decir, para situar a quien es titular, al menos en una posición que le abra otras posibilidades vitales, acordes con el desarrollo libre y equitativo de todos los seres humanos a partir de las capacidades de cada uno de nosotros, y no de las barreras no elegidas, sino impuestas a buena parte de ellos*²⁴. Indudablemente, cuando hablamos de derechos sociales hablamos de desarrollo humano.

Por lo tanto, como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución 1/2020: “Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región”²⁵.

Por lo tanto, ante este panorama de la pandemia del COVID-19 se hace más clara la indivisibilidad de interdependencia de los derechos humanos porque unos derechos dependen de otros, se hallan interconectados. Es evidente que existe una restricción del pleno goce de los derechos civiles y políticos como el derecho a la libertad de locomoción, a la libertad personal, los derechos políticos, el derecho a la reunión, el derecho a la participación política²⁶ para garantizar el derecho a la salud, pero esta debe ser una medida temporal y evaluable a la luz de la evolución de la pandemia, respetando el Estado constitucional de derecho y la democracia del Estado boliviano.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La pandemia del COVID-19 afecta gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone. Con la finalidad de preservar

24 De Lucas, J.: Reconocimiento. Inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los migrantes en *La universalidad de Derechos Sociales. El reto de la inmigración* (Añon Roig, M. J., Coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 28.

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas Resolución N.º 1, op. cit, p. 3.

26 En el Estado Plurinacional de Bolivia se había convocado a elecciones generales de presidentes y vicepresidente y del Órgano legislativo para el 1 de mayo de 2020.

dichos derechos, se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen otros derechos fundamentales. En el caso de Bolivia, se decretó una emergencia sanitaria con el objeto de preservar el derecho a la salud que ha limitado los derechos humanos, en especial el derecho a la libertad de locomoción, a la libertad personal, a la reunión y a la participación política. Respetando el Estado de derecho, se derogaron los artículos que pretendían limitar la libertad de expresión y el acceso a la información de los ciudadanos.

En la cuarentena rígida, lo que se ha podido observar es un hiper-presidencialismo, vulnerando los principios de separación de poderes. Esta manera de gobernar transitoriamente, por decretos, indudablemente afectó el Estado Constitucional, aunque las normas emitidas se enmarcaron dentro los límites de este.

La pandemia del coronavirus nos encontró con un sistema de salud con bastantes deficiencias en estructura, recursos humanos, con la ausencia de una política nacional de desarrollo y con un nivel de competencias establecidas en la CPE un poco complejo, lo que dificultó una buena respuesta a la crisis sanitaria.

Por otro lado, los efectos de la pandemia han sido tan desiguales por las condiciones de pobreza en que se debaten los niños y niñas bolivianos y ha afectado de manera considerable el derecho a la educación, bajando su calidad, a pesar de que la educación boliviana ya no cumplía con los estándares de calidad aceptables, peor tomando en cuenta los niveles alcanzados durante la pandemia del COVID-19.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Edit. Critian Steiner y Patricia Uribe, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014
- ABRAMOVICH V. COURTIS C.: Los derechos sociales como derechos exigibles. Edit. Trotta, Madrid. 2002.
- AÑEZ NUÑEZ, C: Coronavirus y algunas consideraciones jurídicas. 24 de marzo de 2020
- AÑON ROIG, M. J. *La universalidad de los derechos humanos. El reto de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- BOBBIO, N.: *Derecha e Izquierda*, Santillana, S.A. Taurus, Cuarta Edición, España, 1995.
- CEPAL Informe COVID. La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19, Santiago de Chile, 2020 <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45904-la-educacion-tiempos-la-pandemia-covid-19>
- COMISION INTERMERCANA DE DERECHOS HUMANOS: Pandemia y Derechos Humanos en la Américas Resolución N 1, Washington, 10 de abril de 2020
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 26 Restricción y Suspensión de Derechos Humanos, Costa Rica, 2020
- DE LUCAS, J.: Reconocimiento. Inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los migrantes en *La universalidad de Derechos Sociales. El reto de la inmigración* (Añon Roig, M. J., Coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NACIONES UNIDAS-CEPAL, Medición de la pobreza por Ingresos. Santiago de Chile 2017.
- NACIONES UNIDAS: Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto internacional de derechos civiles y político,
- NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano. y boliviano*. Jornadas latinoamericanas, Edit. Kipus, Cochabamba, 2015.
- PAGINA SIETE, Bolivia hay 430 camas de terapia intensiva y 190 especialistas y 38 % de lo mínimo requeridos. La Paz, 4 de abril de 2020.
- RIVERA SANTIBAÑEZ JA La Constitución ante la pandemia del Coronavirus en *Emergencia Ssanitaria por covid-19*, N GONZALES Y D VALAQUES, (COORDS) México 2020
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

VON BOGDAND Y. VILLARREAL, Panorama Internacional del Derecho Internacional frente a la pandemia Covid 19 en *Emergencia sanitaria por COVID-19*, N GONZALES y D VALAQUES, (coords) México 2020.

ZAGREBELKY, G.; MARCENO, V. Y PALLANTE F., *Manual de derecho constitucional*, Zela, Lima, 2020, p. 548

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Castañeda Gutman Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Jenkins Vs. Argentina, Fondo reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso J Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia N° 461/2010

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia SCP 0850/2013

INDULTO Y AMNISTÍA, EN ARGENTINA



*Marta Susana Maldonado**

Sumario: Antecedentes. El presidencialismo y las constituciones de Iberoamérica. Argentina. Antecedentes históricos. S. XIX y el Siglo XX. El s. XXI.

Antecedentes:

Tal como lo señala Alfredo VITOLO¹, el instituto de la amnistía aparece en el s. IV A.C. con el perdón otorgado por Trasíbulo, en Atenas, a los 30 tiranos sobrevivientes de la guerra con Esparta. Desde sus remotos orígenes el fin declarado en el uso de este instituto, fue siempre el restablecimiento de la PAZ. La paz como argumento para lograr el olvido de lo ocurrido.

En el derecho romano también se conoció el indulto; en los Evangelios se cita el indulto de Poncio Pilatos a Barrabás, ello con el fin de evitar la insurrección del pueblo de Israel. La paz social como elemento necesario para la cohesión en el Estado. Ambos institutos, indulto y amnistía se encuentran en el devenir de las monarquías, como prerrogativa real y en el estado nación como contrapartida de la punibilidad.

* Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires (UBA).

1 VÍTOLO, Alfredo, op.cit. p. 16 y sigs.

El presidencialismo y las constituciones en Iberoamérica.

En Iberoamérica se desarrolla el mismo derrotero, del derecho hispánico indulto y amnistía, pasan al derecho patrio; y es precisamente, la Constitución de los Estados Unidos de América² la que recepta ambos institutos como contrapartida de la punibilidad, como atribución de los poderes políticos del estado; la creación de la institución presidencial y el federalismo, hacen que el indulto acompañe a las atribuciones de los ejecutivos, al Presidente en el orden federal o nacional y a los Gobernadores en el orden local; es la Constitución de USA en definitiva la fuente en la que también abrevaron las constituciones de nuestros países latinoamericanos.

Argentina. s. XIX y s. XX.

Desde el derecho español vigente en el Virreynato del Río de la Plata³ hasta los antecedentes propios, los argentinos oscilaron entre la posibilidad de excluir o incluir todos los delitos tipificados en el código penal, de la posibilidad del perdón extraordinario que contemplan los dos institutos que nos ocupan. Pero es menester señalar que la Primera Constitución Argentina, sancionada entre 1853/1860, incorpora el indulto como facultad del órgano Ejecutivo y la amnistía como propia del órgano legislador.

Pablo MANILI⁴ cita al Juez MARSHALL que define al indulto “*como un acto de gracia procedente del poder de ejecutar las leyes que libra al individuo que ha cometido un delito*”. Es menester aclarar que, en la Constitución Argentina a la facultad de indultar, se agrega la de conmutar penas. La conmutación no libra al individuo de no cumplir la pena impuesta, sino que la reduce. Se perdona o se disminuye la pena; no se borran los demás efectos del delito. También siguiendo el derecho constitucional argentino, corresponde destacar que la prerrogativa presidencial aplica a delitos de competencia federal; los de competencia local quedan asignados a los gobernadores de cada provincia.

Asimismo, la práctica constitucional y decretos reglamentarios construyeron un procedimiento previo para poner en ejercicio de la facultad

2 Art. II.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

3 Libro III de la Recopilación Leyes de Indias.

4 MANILI, Pablo L. Constitución de la Nación Argentina, op. Cit. Suprema Corte US, 7 Pet.150.

de indultar. El mismo comienza tanto al requerimiento del reo como de oficio; es necesario contar con un informe al Tribunal interviniente; dicho informe debe contener: los datos del imputado, el delito del que se lo acusa, fecha de su comisión, fecha de la condena, monto de la pena, lugar de cumplimiento si la pena fuera privativa de la libertad y todo elemento que describa la cabal situación del reo. Mas allá de casos de resonancia pública, la facultad de indultar o conmutar penas ha sido una práctica generalizada por parte de Presidentes y de Gobernadores de Provincias, referida a personas con padecimientos terminales, familiares o personales que ameritaran la aplicación de estos institutos por razones humanitarias. Incluso, de oficio y para fechas patrias o en ocasiones especiales, a pedido de los tribunales de ejecución se elaboraban listas de reos a ser indultados o beneficiados por indulto presidencial o conmutación de pena.

Por lo demás, la norma constitucional prevé una excepción importante: no pueden ser pasibles de este beneficio los condenados en juicio político.

Un tema sujeto a controversia doctrinaria y también jurisprudencial, se refiere en particular al indulto a procesados. Una parte minoritaria de la doctrina sostenía o sostiene, que donde la norma constitucional nada dice, el intérprete no debía incorporar elementos de desnaturalizaran la facultad presidencial, agregándole requisitos que la constitución no detallaba.

Sin embargo, gran parte de la doctrina: Maria Angelica GELLI, Carlos María BIDEGAIN, Pablo MANILI y el recordado maestro Germán BIDART CAMPOS, desde antaño se pronunciaron sobre el requisito de sentencia firme para indultar y resulta de toda evidencia que también para conmutar es necesaria una sentencia firme. Imposible reducir aquello cuyo lapso de tiempo se desconoce. Por lo demás, el indulto a procesados da por tierra con el principio de inocencia, pues se perdona a alguien que fue declarado culpable por sentencia firme y no corresponde perdonar a aquel que se considera inocente.

Tratándose de interpretación constitucional resulta útil un breve repaso de las oscilaciones que tuvo la CSJN en Argentina.

- En un primer momento caso “LUENGO, Simón y otros s/ rebelión” de 1868, sostuvo: *“Para que el presidente de la República pueda ejercer la facultad de conmutar o indultar las penas en los delitos sujetos a la jurisdicción federal, es necesario que haya habido un juicio en que se califique el delito, y se designe al delincuente y la pena que debe aplicarse”*.

- Luego, en la causa “IBAÑEZ, Jose”, de **1922**, en fallo dividido donde la mayoría utilizó el argumento de que quien puede lo más, puede lo menos, aceptó el indulto a procesados El dictamen del Procurador cita un precedente norteamericano, en el que se sostuvo que el indulto *“se extiende a todo delito conocido de la ley y puede ser ejercido en cualquier tiempo después de su comisión, sea antes de iniciarse procedimientos legales o mientras se hallan pendientes o después de la convicción y sentencia...”*

- Pero, en la causa “YRIGOYEN, Hipólito”, de **1932**, la Corte convalidó el rechazo que el ex presidente había formulado del indulto dispuesto por el Poder Ejecutivo en una causa en la que no había sido condenado (ni lo sería más tarde). YRIGOYEN rechazó el indulto y pidió que los juicios continuaran para que finalmente se dictara su absolución, ya que el indulto presuponía su culpabilidad y no su inocencia. La Corte trazó claramente la diferencia entre el indulto y la amnistía, y señaló, que como el segundo implica *“perdón de la pena... no puede producirse sino después de la imposición de la pena”*.

Es conocido que la historia constitucional argentina se escribió con numerosas asonadas, golpes de Estado, motines y conflictos internos de variada índole, y ello así desde el comienzo de sus días, por lo que el indulto fue utilizado como herramienta o estrategia para llegar a una pacificación del país. Cito como ejemplo el indulto concedido por la última Junta Militar de 1983, a la ex presidente constitucional Maria Estela MARTINEZ, en vista del proceso electoral previo a las elecciones del **30 de octubre** de ese año (Decr. 2330 de fecha **09 de septiembre de 1983**).

Producida la refundación del sistema democrático constitucional, el **10 de diciembre de 1983**, se llevó a cabo un proceso judicial para determinar las responsabilidades llevadas a cabo por el último gobierno militar 1976/1983. Por sucesivas restricciones referidas a los justiciables, operadas a través de las llamadas leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, resultaron condenados los integrantes de las cúpulas militares y durante el primer período presidencial constitucional (Pte. Raúl R. ALFONSIN), los condenados comenzaron a purgar la pena impuesta.

Para el segundo período presidencial (**1989/1999**), se suscribieron indultos a esos condenados bajo el conocido argumento de lograr la paz social. Así, a través de los Decrs. 1002, 1003, 1004 y 1005/89 se beneficiaron a los integrantes de las juntas militares que usurparon el poder entre 1976

y 1983, y a más de doscientos Oficiales Superiores de las fuerzas armadas, ese régimen, entre ellos: Leopoldo F. GALTIERI, Reynaldo BIGNONE, Cristino NICOLAIDES, Luciano B. MENENDEZ, Albano HARGUINDEGUY, Santiago RIVEROS, Ramón DIAZ BESONE, Llamil RESTON, Aldo RICO, Enrique VENTURINO, Gustavo BREIDE OBEID, Mohamed Ali SEINELDIN y otros⁵. Al mismo tiempo que en cada decreto se indultó a militares, tanto condenados y como procesados, éstos fueron acompañados por procesados por delitos de subversión que se encontraban sin condena firme. Podemos citar a notorios dirigentes políticos de la actualidad argentina – alguno recientemente fallecido – entre ellos a Fernando Hugo VACA NARVAJA, a Roberto Cirilo PERDIA, entre otros y a Graciela DALEO que plantea la cuestión de la bilateralidad del acto jurídico indulto, motivo por el cual condiciona su aceptación a resultados de la cuestión de fondo ventilada en el principal que plantea como defensa penal. Su argumentación jurídica es rechazada por la CSJN en 1993, que se pronuncia la imposibilidad de que el beneficiario rechace un indulto presidencial. En síntesis, la CSJN convalida todos los indultos a procesados suscriptos por el Presidente MENEM a comienzos de los años noventa.

Pero, cabe detenernos en los fundamentos esgrimidos por la CSJN; en particular la causa “RIVEROS” (Sentencia del 11 de diciembre de 1990). El Dictamen del PGN relata que los damnificados particulares de los hechos por los cuales se investigó a Santiago Omar RIVEROS, recurrieron la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, que en lo sustancial dispuso hacer lugar a la excepción de indulto dispuesta a su favor, sobreseyendo definitivamente la causa a su respecto.

Sostiene la PGN *“A quienes recurren se les ha otorgado participación en la causa -de origen castrense- atendiendo a su carácter de presuntos particulares damnificados (en los términos del art.100 bis del Código de Justicia Militar- ley 23.049-), y como tales, deben ser tenidos por sujetos eventuales del proceso, cuya actividad ritual sólo puede estar dirigida a la salvaguarda de sus pretendidos derechos resarcitorios”*. Sostiene además, *“Desde este punto de vista, reitero, tengo en cuenta que quienes recurren actúan en la causa en orden a obtener las reparaciones jurídico-civiles que puedan derivarse de la imputación, y por ello no se justifica legítimamente su pretensión relativa a mantener la continuidad o supervivencia de la acción pública ya extinguida, a la que resultan ajenos, en*

5 MANILI, Pablo L. Constitución de la Nación Argentina, p.212.

ausencia de similar reclamo por parte de quien sí la puede impulsar -el Ministerio Público-". Ante la ausencia de requerimiento fiscal, propicia el rechazo del recurso extraordinario impetrado.

La CSJN en voto conjunto (Considerando 5°) sostiene que corresponde negar *"a los particulares damnificados de la potestad de deducir el recurso de que se trata, ya que los efectos del indulto no se extienden "a las indemnizaciones debidas a los particulares" (arts. 68 del Código Penal y 478 y 480 del Código de Justicia Militar)".* Agrega, *"....Tal conclusión es la que mejor concuerda con el espíritu de la reforma del Código de Justicia Militar que produjo la ley 23.049, que admitió la figura del particular damnificado con el objeto de preservar el debido proceso penal en cuanto a la realización de pruebas con relación al delito investigado y a asegurarle el derecho a controlar su producción, hipótesis distintas de las controvertidas en autos...., de acuerdo con el art. 146 de ese texto legal "en los juicios militares se procede, únicamente, por acusación del fiscal y no se admite acción privada".*

También es menester puntualizar el voto particular que suscriben los jueces Enrique Santiago PETRACCHI y Julio C. OYHANARTE afirman en el considerando 14°) que el presidente que indulta *"no se arroga el conocimiento de a causa de que se trate ni abre juicio sobre la culpabilidad del indultado o la falta de ella; al contrario, se aparta de lo jurisdiccional y pone en vigencia una prerrogativa soberana por razones y con fines exclusivamente políticos; agregan (Consid. 15°) que "el individuo precede a la condena, esto es, si la condena no existe, ello quiere decir que subsiste con total plenitud la presunción de inocencia"; mencionan que "el ordenamiento institucional se vería gravemente subvertido si los jueces tomaran para sí el poder admitir o rechazar las finalidades de ese atributo de la soberanía que es el indulto e invadieran así una esfera en que la Constitución quiso que imperara la discreción razonable del presidente" en el considerando 7°). Este voto conjunto y por sus propios fundamentos, hace mención expresa a los precedentes de Corte a procesados, deteniéndose en el caso BALBIN de 1951.*

Al decir de Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *"en los comienzos de una nueva presidencia las esperanzas son tan excesivas, y luego de un tiempo, las frustraciones y reproches son igualmente intensos, ásperos e injustos"*⁶. Tal el caso de los apresurados indultos que estamos analizando; se indultó a sirios y troyanos, sin advertir que *"el ideal democrático contiene la aspiración de que*

6 EKMEKDJIAN, Miguel A., op. Cit p.514.

la ciudadanía considere que las decisiones institucionales son “sus” decisiones, tal que la experiencia del autogobierno sea efectiva; implica el compromiso institucional de que todos – o la mayor parte posible, y cada vez más- seamos incluidos en la discusión, definición y realización de un futuro conjunto que podamos presentar como “nuestro”⁷. Gustavo MAURINO señala las características relevantes de lo que considera un experimento único en el mundo como fue el Juicio a las Juntas Militares en Argentina: “a) Publicidad, que “obligó” a la comunidad a “mirar”; quienes no miraban no podrían luego prescindir de lo que el juicio y la CONADEP iban revelando. b) Progresividad, que permitió a la comunidad una también progresiva maduración y asimilación del relato que el experimento iba revelando; dado el horror que debía asimilarse, este elemento resultó fundamental. c) Participación e inclusión, que permitieron que el relato tuviera credenciales significativas de universalidad. Todos pudieron aportar a la construcción. d) Transparencia; ambas partes del experimento, y en particular el Juicio a las Juntas, fueron realizadas con un fuerte compromiso con la equidad procedimental, lo que excluyó impugnaciones al relato así construido por parte de los perdedores”⁸.

Amnistías no sancionó el Congreso en el período temporal analizado. Pero corresponde dar cuenta de la sanción de la ley **23.070** del 17 de julio de **1984**, esto es, ni bien comenzó el período democrático constitucional. Contempló la reducción de penas de personas que habían sido condenadas durante el período militar, 24 de marzo de 1976 al 10 de diciembre de 1983. La CSJN entendió que la conmutación aludida es una medida de carácter general, que a su juicio importa un típico acto de legislación. Siguiendo ese criterio, no existe distinción entre la conmutación y la amnistía.

La cuestión que tratamos, indulto-amnistía-conmutación- reaparece con ímpetu a partir de la Reforma Constitucional Argentina de **1994**, que incorpora Pactos que versan sobre Derechos Humanos con rango constitucional.

Con la incorporación de esos Pactos, sectores interesados prosiguieron la tarea de derogar o nulificar las leyes de Punto Final y De Obediencia Debida, que limitaron la responsabilidad penal de personas acusadas por

7 MAURINO, Gustavo, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Cap. XXXIX, p. 1033.

8 MAURINO, Gustavo, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Cap. XXXIX, p. 1048.

delitos de terrorismo de estado. La ley **24.952** promulgada el 15 de abril del año **1998** derogó dichas leyes y posteriormente la ley **25.779** del 02 de septiembre del **2003**, las nulificó declarándolas “insanablemente nulas”.

El s. XXI en Argentina.

Decisiones de distintos Juzgados Federales declararon la inconstitucionalidad y nulidad de “las leyes” y estas decisiones se consolidaron con el fallo de la CSJN en el caso “SIMON, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad” (sentencia del **14/06/2005**, fallos 328:2056). Si bien tanto el Presidente como el Congreso declinaron la adopción de cualquier decisión pública relativa a los indultos, el Poder Judicial declaró nulo e inconstitucional el Decreto **1002/89** -que disponía una serie de indultos- y, dicha decisión fue avalada por la CSJN en el caso “MAZZEO, Julio L. y otros” (fallo del 13/07/2007, LL del 18/07/2007, p.8). Cabe aclarar que el mencionado decreto había incluido como beneficiarios solo a personal militar vinculado con el terrorismo de estado y son ellos: SUAREZ MASON, Carlos Guillermo; SASTAIN, Juan Bautista; MONTES, José; FERRERO, Andrés; SIGWALD, Adolfo; OLIVERA ROVERE, Jorge Carlos; VIDELA, Jorge; HARGUINDEGUY, Albano Eduardo; TORTI, Julio Antonio; VAÑEK, Antonio; RIVEROS, Santiago Omar; MENDIA, Luis Maria; LOMBARDO, Juan Jose; MALUGANI, Juan Carlos; MARINO, Raul Alberto; NUÑEZ, Edmundo Oscar; BOLINO, Zenon Saul; VILAS, Acdel Edgardo; BARBOR, Carlos Alberto; GALTIERI, Leopoldo Fortunato; DIAZ BESSONE, Ramon Genaro; TRIMARCO, Juan Carlos; CATUZZI, Abel; ZUCCONI, Oscar Jose; LARRATEGUY, Jorge Alcides; MOLINA, Francisco Javier; NICOLAIDES, Cristino; CENIQUEL, Wenceslao Eustaquio; RAMIREZ, Carlos Alberto; JAUREGUI, Luciano Adolfo; MENENDEZ, Luciano Benjamin; MARADONA, Jorge Alberto; SAA, Juan Pablo; LEPORI, Mario Ramon; RESTON, Llamil; LACAL, Carlos Emilio; TEPEDINO, Carlos Alberto Roque; BELLENE, Julio Cesar; BARDA, Alberto.

El ex personal militar antes individualizado, fue imputado por otros delitos de similar tenor por los que habían sido inicialmente condenados o procesados y luego indultados; esos juicios en algunos casos continúan desarrollándose en la actualidad. En otros casos arribaron a sentencia firme y los condenados cumplen sus condenas en establecimientos carcelarios comunes, excepcionalmente en prisión domiciliaria.

Los déficits en la calidad democrática de las supuestas soluciones buscadas con el acto jurídico **indulto**, quedaron expuestos con el devenir de los años. Tal como bien nos interroga Gustavo MAURINO *¿Cómo podría sostenerse hacia el futuro un relato que incluye como episodios directamente secuenciales un juicio ejemplar, una exposición pública de los peores horrores cometidos por el Estado y el inmediato perdón a sus autores? ¿cómo explicar a las generaciones futuras esta secuencia como “nuestro” relato?*⁹.

La constitucionalización de los Pactos que versen sobre Derechos Humanos, reforzó derechos ya constitucionalmente protegidos, los actualizó y fundamentalmente les dió mayor operatividad. En particular, refiriéndose a la amnistía, la CIDH en Resolución **25/86** expresó: *“7. ... los gobiernos democráticos de América pueden conceder amnistías por razones de paz social pero no dejar de investigar los hechos atroces que pudieran haber acontecido durante los períodos que los han precedido”*.

Además, en Informe presentado ante la OEA correspondiente al período **1985-1986**, expresó: *“Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella – así como cualquier otro órgano internacional l- puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y de la justicia. Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados - usualmente el Parlamento - tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones”*.

Corresponde precisar que obligaciones genéricas para los estados parte están contenidas especialmente en los arts. 1º, 8º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos en ella contemplados, el derecho a ser oído, y el derecho a la protección judicial; el art. 2º del Pacto

9 MAURINO, Gustavo, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Cap. XXXIX, p. 1051

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es similar al art. 1° de la Convención recién citada y que en la parte pertinente, consagra, además, el deber de adoptar medidas internas, para garantizar los derechos convencionalmente consagrados.

Las normas convencionales no prohíben los indultos; sí consagran la obligación de investigar, probar y sancionar violaciones a derechos por ellas amparadas. Para tipos penales específicos donde se consagra convencionalmente la también específica obligación de sancionar, la obligación de indultar o conmutar queda bloqueada. Conf. Pablo MANILI y Alfredo VITOLLO, entre otros).

También es conveniente aclarar que este “bloqueo” competencial rige hacia el futuro y no tiene posibilidades de ser aplicado retroactivamente. En el fallo “MAZZEO, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad -RIVEROS-” (13/07/2007) y en otras causas posteriores similares, la Corte declaró la inconstitucionalidad de los indultos sancionados en 1989 y que beneficiaron a los autores de crímenes de lesa humanidad. En esa misma causa, tal como anteriormente reseñara, había declarado la constitucionalidad de ese indulto en 1990 y había confirmado un sobreseimiento definitivo. Esta circunstancia fue advertida por los votos disidentes de los Ministros de Corte Dres. Carlos Santiago FAYT y Carmen ARGIBAY en sus votos disidentes. También hizo aplicación retroactiva de otros tratados internacionales, ratificados con posterioridad a los hechos investigados y juzgados, y a los indultos cuya constitucionalidad se juzgaba. Por lo demás, hizo referencia a normas consuetudinarias internacionales que no cumplían con la reserva que la Argentina realizó respecto del art.15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que no tenían su correlato en el Derecho Argentino a través de una *lex certa et scripta* que fijara la pena, con anterioridad a los hechos.

Por todo ello, no cabe mas que remitirse en el caso a los votos disidentes ya señalados.

Para concluir, la amnistía en tanto y en cuanto es competencia de un órgano deliberativo presenta menores dificultades de índole democrática que aquellas que plantea el indulto, puesto que la medida está sujeta a la discrecionalidad, oportunidad, medida, prudencia y decisión política a adoptar por el máximo representante del órgano ejecutivo, y en particular en el hiperpresidencialismo argentino. Las instancias de decisiones futuras

son significativas. De no construir democráticamente nuestro presente, el pasado volverá a interpelarnos.

Apéndice legal

Indultos (Decreto 1002/89)

NORMA

DESCRIPCIÓN

Indultos a personas comprendidas en determinadas causas **Visto** que las secuelas de los enfrentamientos habidos entre los argentinos desde hace dos décadas, obran como constante factor de perturbación en el espíritu social que impide alcanzar los objetivos de concordia y unión a los que el Gobierno Nacional debe atender prioritariamente, y

Considerando

Que pese al tiempo transcurrido desde la reinstauración plena de las instituciones constitucionales, las medidas hasta ahora instrumentadas (no obstante el importante número de encausados que ellas alcanzaron), han sido insuficientes para superar los profundos desencuentros que persisten en el seno de nuestra sociedad» y cuya responsabilidad última debe ser asumida por todos, como integrantes y partícipes de una comunidad jurídicamente organizada.

Que frente a los hechos que generaron esos desencuentros, la debida conducta social no ha de ser la de negarlos o fingir cínicamente que no existieron; mas tampoco ha de ser -en el extremo opuesto- una actitud que someta la vida comunitaria al cotidiano, depresivo y frustratorio influjo de ellos y mantenga abierta las heridas que causaron, y nos coloque a todos bajo un signo fatalmente divisionista. Se trata de tener la grandeza de ánimo que supere el sentimiento de rencor --por comprensible que sea- y lo reemplace por la magnanimidad, sin cuya presencia nunca lograremos la paz interior y la unión nacional que la Constitución nos impone como un mandato.

Que dejar atrás aquellos hechos luctuosos no es un acto de irresponsable condescendencia.

Es el requisito que debemos cumplir para unimos solidariamente, como un solo pueblo, sin la división en dos bandos a qué quiere arrastrarnos el pasado. Sólo después de que reconstruyamos esa unión solidaría volverá a nosotros la energía vital que necesitamos para ser, de veras, un país con destino. La idea fuerza de este tiempo es la de reconciliación. Los argentinos tenemos que reconciliarnos y conseguir, así, la paz espiritual que nos devuelva a la hermandad.

Jamás la obtendremos si nos aferramos a los hechos trágicos del ayer cuyo sólo recuerdo, nos desgasta y nos enfrenta.

Que dicha reconciliación nacional “apunta, sobre todo, al corazón del Pueblo que ha sido desgarrado, a cuyo fin es preciso que cada uno apacigüe su propio espíritu deponiendo el odio; tenga la valentía de realizar una autocrítica sincera reconociendo los propios yerros; formule con hechos la voluntad de no excluir arbitraria e injustamente a nadie del derecho a participar en la conducción de la cosa pública; aliente el diálogo sincero y racional como única arma aceptable para la lucha política y más que a la derrota del contrario tienda a lograr la armonía de pensamientos y voluntades; adopte una actitud de condescendencia fraterna hacia quienes se hayan equivocado o nos hayan hecho daño, procurando tomar la iniciativa para el reencuentro con ellos; ejerza la justicia con rectitud y verdad sin espíritu de venganza; fomente sentimientos de clemencia en la aplicación de las penas por los delitos cometidos hasta desembocar en el perdón sincero, el cual tiene su espacio propio no sólo en las relaciones individuales sino también en las sociales” (Conferencia Episcopal Argentina, 11 de agosto de 1982).

Que para ello es menester, por sobre toda consideración sobre la razón o sinrazón de las diversas posiciones doctrinarias o ideológicas, adoptar las medidas que generen condiciones propicias para que a partir de ellas, y con el aporte insustituible de la grandeza espiritual de los hombres y mujeres de esta Nación, pueda arribarse a la reconciliación definitiva de todos los argentinos, única solución posible para las heridas que aún falta cicatrizar y para construir una auténtica Patria de hermanos.

Que es responsabilidad indelegable del PODER EJECUTIVO NACIONAL anteponer el supremo interés de la Nación frente a cualquier otro, y en su virtud afrontar el compromiso histórico que implica esta decisión de alta política.

Que cabe puntualizar, no obstante, que esta medida es sólo un mecanismo político, constitucionalmente previsto para crear las condiciones de la pacificación nacional. No implica en manera alguna que estos objetivos hayan sido alcanzados, ni que esté garantizado alcanzarlos; es una más entre las muchas medidas que el Gobierno Nacional, sacrificando convicciones obvias, legítimas e históricas, está dispuesto a propiciar para lograr la pacificación de la República.

Que el PODER EJECUTIVO NACIONAL pretende, así, crear las condiciones y el escenario de la reconciliación, del mutuo perdón y de la unión nacional. Pero son los actores principales del drama argentino, entre los cuales también se encuentran quienes hoy ejercen el Gobierno, los que con humildad, partiendo del reconocimiento de errores propios y de aciertos del adversario, aporten la sincera disposición de ánimo hacia la reconciliación y la unidad. Sólo la actitud desprendida de parcialidades y prejuicios hará que el dolor que inundó a los argentinos en las últimas décadas fructifique, como lo hizo la sangre de nuestros mayores en los albores de la nacionalidad.

Que quienes murieron luchando por sus ideales, descansen en paz; que su memoria no sirva para la división de los argentinos; que su sangre sirva para unirlos más, para crear para nosotros, para nuestros hijos y para los hijos de nuestros hijos un ámbito de paz, de progreso, de bienestar y de realizaciones.

Que esta decisión también aspira a consolidar la democracia argentina, pues se trata de un objetivo de igual rango y jerarquía que el de la pacificación y reconciliación. Sólo el pueblo, mediante su voto y por el libre juego de los mecanismos constitucionales, debe elegir sus gobernantes y proceder a su reemplazo. Y el futuro que queremos inaugurar debe proscribir por igual a los mes tánicos de cualquier signo que pretendan sustituir a la voluntad popular.

Que con respecto al marco jurídico en el cual se dicta el presente, ante la generalidad de los términos empleados en el artículo 86, inciso 6 de la Constitución Nacional, debe atenderse a la regla de interpretación según la cual, cuando un poder es conferido expresamente en términos generales no puede ser restringido, a menos que esa interpretación resulte del texto, expresamente o por implicancia necesaria (C.S.J.N., Fallos, 136:258).

Que es también regla orientadora sobre el punto que la Constitución ha de ser interpretada de modo tal, que las imitaciones no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado, y permitan el cumplimiento de sus fines de la manera más beneficiosa para la comunidad (C.S.J.N., Fallos, 214:425).

Que en razón de ello, se comparte la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en la causa "IBAÑEZ, J." (Fallos, 136:258), según la cual, para la procedencia del ejercicio de la facultad de indultar, la Constitución exige que exista causa abierta contra el destinatario de la medida, pero no que dicha causa haya alcanzado necesariamente hasta determinada etapa procesal, o sea la sentencia ejecutoriada.

Que en consecuencia, se considera procedente el indulto tanto respecto de condenados como de quienes se encuentran sujetos a proceso.

Que por otra parte, las medidas que se disponen, en tanto importan la no ejecución de la pena o la cesación del procedimiento respecto del indultado, no implican ejercer funciones judiciales, ni revisar actos de ese carácter o arrogarse el conocimiento de causas pendientes, contrariando el principio del artículo 95 de la Constitución Nacional.

Mediante ellas no se decide una controversia ni se declara el derecho con relación a la materia del juicio, sino que se ejerce una facultad propia del PODER EJECUTIVO, fundada en razones de orden jurídico superior, tendiente a contribuir a una verdadera reconciliación y pacificación nacional.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 86, inciso 6 de la Constitución Nacional.

Por ello,

EL PRESIDENTE DE LA NACION ARGENTINA DECRETA:

Artículo 1º - Indúltase a las personas comprendidas en el Anexo que forma parte integrante del presente, con referencia a las causas que en cada caso se indica.

Art. 2 - Comuníquese, publíquese, dése a la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Firmantes

- MENEM - BAUZA - SALONIA - LUDER

Indultos

ANEXO AL DECRETO N° 1002 CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL CAUSA Ne 450: "SUAREZ MASON, Carlos Guillermo y otros s/ Homicidio y privación ilegal de la libertad" Grl. Div. (R) D. J u a n Bautista SASIAIÑ Grl. Div. (R) D. José MONTES Grl. Div. (R) D. Andrés FERRERO Grl. Br. (R) D. Adolfo SIGWALD Grl. Br. (R) D. Jorge Carlos OLIVERA ROVERE M.I. 4.775.117 M.I. 4.224.450 M.I. 4.768.679 M.I. 2.796.158 M.I. 4.796.910 CAUSA N9 8670: "VIDELA, Jorge y otros s/Privación ilegal de la libertad y otros ilícitos" Grl. Div. (R) D. Albano Eduardo HARGUINDEGUY M.I. 4.775.182 CAUSAN9 1657: "MENEM, Carlos s/denuncia" Grl. Div. (R) D. Albano Eduardo HARGUINDEGUY CAUSA Ne 761: "Escuela de Mecánica de la Armada" Vímte. (R) D. Julio Antonio TORTI Vímte. (R) D. Antonio VAÑEK M.I. 4.775.182 M.I. 4.212.299 M.I. 5.102.282 CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SAN MARTIN CAUSA Ns 85: "RIVEROS, Santiago Ornar s/Privación ilegal de la libertad, etc." Grl. Div. (R) D. Santiago Ornar RIVEROS M.I. 3.083.907 CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHIA BLANCA CAUSA N9 11/86: "Hechos acaecidos en la Pcia. de Buenos Aires, Río Negro, Neuquén bajo control operacional Vto. Cpo. Ej." Vite. (R) D. Luis María MENDIA Vite. (R) D. Antonio VAÑEK Vite. (R) D. Julio Antonio TORTI Vite. (R) D. J u a n José LOMBARDO Cite. (R) D. J u a n Carlos MALUGANI Cite. (R) D. Raúl Alberto MARINO Cap. Nav. (R) D. Edmundo Oscar NUÑEZ Cap. Nav. (R) D. Zenón Saúl BOLINO M.I.

5.106.191 M.I. 5.102.282 M.I. 4.212.299 M.I. 4.223.999 M.I. 4.220.160 M.I. 5.129.705 M.I. 4.019.698 M.I. 5.115.967 CAUSA N9 260/86: "AMAYA, Mario Abel s/Presunto secuestro, apremios ilegales, etc." Gral. Br. (R) D. Acdel Edgardo VILAS M.I. 4.765.486 Tcnl. Cnl. (R) D. Carlos Alberto BARBOT M.I. 4.833.429 CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANA CAUSA Nros. 11.439 -.11.506 y 11.440: "Acumulación de causas art. 10 Ley N« 23.049 s/ Area Paraná-Concordia-Gualeguaychú respectivamente".

Tte. Grl. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI Grl. Div. (R) D. Ramón Genaro DIAZ BESSONE Grl. Div. (R) D. J u a n Carlos TR1 MARCO Grl. Br. (R) D. Abel CATUZZI M.I. 4.771.350 M.I. 4.765.412 M.I. 4.462.635 M.I. 4.777.178 CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE RESISTENCIA CAUSA Ns 23.175: "GIMENEZ DE VALLADARES, Nora del Valle s/Denuncia apremios ilegales,, violación calificada y privación ilegítima de la libertad".

Cnl. (R) D. Oscar José ZUCCONI Cnl. (R) D. Jorge Alcides LARRATEGUY M.I. 1.183.881 M.I. 4.662.856 CAUSA Ne 23.236: "María Graciela FRANZEN s/ Denuncia presuntos excesos cometidos por personal militar y de seguridad y /o Policía en la ejecución de Op. Mil. y de Seg. en la LCS" Cnl. (R) D. Francisco Javier MOLINA M.I. 7.223.466 CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE ROSARIO JUZGADO Na 4 CAUSA Ne 51.640: "Investigación de los hechos ocurridos el 12 Dic. 76 en la localidad de MARGARITA BELEN (CHACO) durante el enfrentamiento de Fuerzas Legales y elementos subversivos".

Tte. Grl. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI Tte.

Grl. (R) D. Cristino NICOLAIDES y Crio. Grl. (RE) D. Wenceslao Eustaquio CENIQUEL M.I. 4.771.350 M.I. 2.798.596 CAUSA NB 47.913: "FECED, Agustín y otros s/Homicidio, violación, etc." Tte. Grl. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI M.I. 4.771.350 Grl. Div. (R) D. Ramón Genaro DIAZ BESSONE M.I. 4.765.412 Cnl. (R) D. Carlos Alberto RAMIREZ M.I. 4.038.625 CAUSA Nc 4677: "Ministerio del Interior s/Denuncia presunta infracción Arts. 255, 249 y 294 del Código Penal-destrucción de documentos".

Tte. Grl. (R) D. Cristino NICOLAIDES Cnl. (R) D. Carlos Emilio LACAL Cnl. (R) D. Carlos Alberto Roque TEPEDINO JUZGADO N° 6 M-I. 2.798.596.

M. I. 4.022.123.

M. I. 5.968.930.

CAUSAN0 4672: "BELLEME, Julio César y TEPEDINO, Carlos Alberto Roque s/falso testimonio e infracción a los arts. 293 y 255 del Código Penal".

Cnl. (R) D. Julio César BELLENE Cnl. (R) D. Carlos Alberto Roque TEPEDINO M. I. 6.841.372.

M. I. 5.968.930.

CAUSA N° 47.944: "JUAREZ, Mirta y otros s/Denuncia".

Tter Grl. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI Grl. Div. (R) D. Ramón Genaro DIAZ BESSONE Cnl. (R) D. Carlos Alberto RAMIREZ M.I. 4.771.350 M.I. 4.765.412 M.I.

4.038.625 JUZGADO FEDERAL Nfl 1 DE MAR DEL PLATA CAUSA N° 2429: "MOLINA, Rafael Adolfo s/Secuestro y privación ilegal de la libertad" y Causa "Patricia Emilia LAZZERIE s/privación ilegal de la libertad y desaparición", Cnl. (R) D. Alberto BARDA M. I. 5.343.839.

CAUSA Ne 47.922: "CAPELLI, Mónica Marta María s/Privación ilegal de la libertad".

Tte. Gral. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI M.I.

4.771.350 CAUSA N9 48.169: "MESSIEZ, Rubén Francisco Oscar s/I Hábeas Corpus".

Tte. Gral. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI M.I. 4.771.350 CAUSA Nc 49.518: "MARIA Amelia González y María Ester Julia PREIT de TRAVERSO s/Denuncia secuestro y desaparición de Ernesto V. E. TRAVERSO y privación ilegal de la libertad de María Amelia GONZALEZ".

Tte. Gral. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI M.I.

4.771.350.

CAUSA N9 49.531: "VERON, Ramón Aquiles s/Denuncia desaparición de Hilda Yolanda CARDOZO".

Tte. Gral. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI M. I. 4.771,350.

CAUSA NB 47.829: "Presunta detención del ciudadano Jorge Luis RUFFA".

Tte. Gral. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI M. I. 4.771.350 CAUSA Ne 49.107: "PALAU de NEGRO, Delia Silvinay otro s/denuncia".

Tte. Gral. (R) D. Leopoldo Fortunato GALTIERI M. I. 4.771.350.

CAUSA N9 49,544: "Sonia Beatriz GONZALEZ s/Desaparición".

Gr. Div. (R) D. Ramón Genaro DIAZ BESSONE M. I. 4.765.412.

CAUSA N° 49.542: "MOREYRA, Ana María s / S u denuncia privación ilegal de libertad".

Gr. Div. (R) D. Luciano Adolfo JAUREGUI M. I. 4.769.999.

CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE CORDOBA CAUSA NB 7-M-88: "MENENDEZ, Luciano Benjamín y otros por supuesta autoría de delitos cometidos en la represión de la subversión (en la circunscripción de la Cámara Federal de Mendoza)".

Gr. Div. (R) D. Luciano Benjamín MENENDEZ Gr. Br. (R) D. Jorge Alberto MARADONA Gr. Br. (R) D. J u a n Pablo SAA Gr. Br. (R) D. Mario Ramón LEPORI M. I. 4.777.189.

M. I. 4.775.199.

M. I. 4.778.909.

M. I. 6.823.490.

CAUSA NQ 31-M-87:

“MENENDEZ, Luciano Benjamín y otros por supuestas autorías de delitos cometidos en la represión de la subversión”.

Grl. Div. (R) D. Luciano Benjamín MENENDEZ CAUSA Ne 19-S-87: “SANCHEZ, Juan Jesús y otros”.

Grl. Div. (R) D. Luciano Benjamín MENENDEZ CAUSA n9 29-M-86: “MECA, Gervasio”.

Grl. Div. (R) D. Luciano Benjamín MENENDEZ CAUSA N81-R-87: “RIVERA, Fermín”.

Grl. Div. (R) D.

Luciano Benjamín MENENDEZ M. I. 4.777.189.

M. I. 4.777.189.

M. I. 4.777.189.

M.I. 4.777.189.

JUZGADOS NACIONALES DE INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL JUZGADO N° 1 CAUSA Na C 81/84: “Ministerio del Interior s/Denuncia por destrucción de documentos” Grl. Div. (R) D. Reynaldo Benito BIGNONE M. I. 4.778.986.

Grl. Div. (R) D. Llamil RESTON M. I. 4.769.986.

Cnl. (R) D. Carlos Emilio LACAL M. I. 4.022.123.

Cnl. (R) D. Carlos Alberto Roque TEPEDINO M. I. 5.968.930.
Cita: Presidencia de la Nación Argentina (6 de octubre de 1989. Indultos a personas comprendidas en determinadas causas (DECRETO NACIONAL 1.002/1989) Boletín Oficial. DO: SAIJ DN19890001002 <http://www.saij.gov.ar/legislacion/decreto-nacional-1002-1989-indultos> [Consulta 28 de junio 2021]
NOTA DEL ARCHIVERO

Descripción realizada por Giselle Fagioli (norma)

Bibliografía

- BIDEGAIN, Carlos María, CURSO de DERECHO CONSTITUCIONAL, IV, cap. XVII, actualizado por Eugenio PALAZZO. Ed. ABELEDO PERROT, Bs As, 1996
- GELLI, M. Angelica, CONSTITUCIÓN de la NACIÓN ARGENTINA, comentada concordada. Ed. LA LEY, Bs. As., 2003
- SABSAY, Daniel A- MANILI Pablo I. CONSTITUCION de la NACION ARGENTINA, Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ed. HAMMURABI, Bs As. 2010
- VITOLO, M. Alfredo, LA POSIBILIDAD DE PERDONAR A LOS RESPONSABLES DE COMETER CRIMENES DE LESA HUMANIDAD, Academia de Cs. Morales y Políticas, Ed. Pablo Casamajor, Bs. As., 2009
- EKMEKDJIAN, Miguel A., MANUAL de la CONSTITUCIÓN ARGENTINA, 3° edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997
- BIDART CAMPOS, German J., MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA, Tomo III, Ed. Ediar, Bs. As., 2004
- SABSAY, Daniel A.- ONAINDIA Jose M., LA CONSTITUCIÓN DE LOS ARGENTINOS, 7° Edición, Ed. Errepar, Bs.As., 2009
- GARGARELLA, Roberto (coordinador), TEORÍA Y CRÍTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, Tomo II, Cap. XXXIX, Colaborador: MAURINO, Gustavo. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009
- Decreto 1002/89 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7113423/19891010?busqueda=1>
- Decreto 1003/89 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7113442/19891010?busqueda=1>
- Decreto 1004/89 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7113443/19891010?busqueda=1>
- Decreto 1005/89 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7113444/19891010?busqueda=1>

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LATINOAMÉRICA: MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD INTELLECTUAL DE LA MEDICINA TRADICIONAL



*Karen G. Añaños Bedriñana**

Sumario: 1. La medicina tradicional de los pueblos indígenas y la propiedad intelectual. 1.1. El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual. 1.2. Sobre la medicina tradicional y las farmacéuticas. 2. Marco jurídico de la propiedad intelectual de la medicina tradicional. 2.1. A nivel internacional. 2.1.1. Tratados de derechos sobre la protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.. 2.1.2. Tratados sobre la protección y conservación de la biodiversidad. 2.1.3. Tratados de derechos sobre la propiedad intelectual. 2.2. A nivel constitucional. 3. Desencuentro a nivel internacional y estatal (Derecho a la Salud vs. propiedad intelectual). Conclusiones. Bibliografía.

Palabras clave: derechos, medicina tradicional, propiedad intelectual, protección, pueblos indígenas.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Granada - UGR (España). Premio Extraordinario de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas por la UGR. Profesora de Derecho e Investigadora del Instituto Universitario de Investigación de la Paz y los Conflictos (IPAZ) de la UGR. Universidad de Granada

Resumen:

El artículo analiza la normativa jurídica de la propiedad intelectual de la medicina tradicional de los pueblos indígenas tanto en el ámbito internacional como en el ámbito estatal de los países latinoamericanos, con el objetivo de contribuir a la sistematización de estas normas, que permita la defensa y la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Todo esto con el propósito de visibilizar la problemática interordinamental (internacional y estatal) existente sobre la temática. En definitiva, se concluye que el sistema de patentes y la propiedad intelectual, a nivel global, no ha sido diseñado para proteger eficazmente los derechos, ni los conocimientos de las poblaciones indígenas, de ahí la gran importancia que hay que atribuirle a una adecuada regulación jurídica en el Derecho interno de los países Latinoamericanos.

1. La medicina tradicional de los pueblos indígenas y la propiedad intelectual

1.1. El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual

A la fecha, aún no existe una definición admitida a nivel internacional en relación con el conocimiento tradicional. Por esta razón, se ha tomado como referencia el concepto planteado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO, siglas en inglés), que señala que: “son conocimientos, habilidades y prácticas que se desarrollan, mantienen y transmiten de generación en generación, dentro de una comunidad, a menudo formando parte de su identidad cultural o espiritual”. Estos conocimientos tradicionales se encuentran en una extensa variedad de contextos e implican, entre otros, conocimientos medicinales (WIPO, 2020).

Los recursos genéticos de las plantas, animales o microorganismos se usan desde la investigación básica hasta la elaboración de productos. En algunos casos, los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos, que proceden de los pueblos indígenas y las comunidades locales, proveen de una información trascendental a los investigadores sobre sus propiedades y su posible utilización para el desarrollo, por ejemplo, de nuevos medicamentos o cosméticos. De esta forma, “entre los usuarios de recursos genéticos pueden incluirse instituciones de investigación y académicas y empresas privadas, que desempeñan sus actividades en diversos sectores como el farmacéutico, el agrícola, la horticultura, la

cosmética y la biotecnología” (Correa, 2005; Protocolo de Nagoya, 2010; PNUMA, 2021: 7).

En cuanto a los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual, hay que indicar que las invenciones, que se basan en conocimientos tradicionales, pueden verse favorecidas “de la protección de patentes, marcas comerciales e indicaciones geográficas, o estar protegidas como secreto comercial o información confidencial”. No obstante, el problema radica en que el conocimiento tradicional, como tal, es decir, que tiene una raíz antigua y cuya transmisión es oral, “no está protegido por los sistemas convencionales de propiedad intelectual” (WIPO, 2020; Correa, 2005).

La propiedad intelectual tiene dos vértices, por una parte, la protección defensiva, entendida como el conjunto de estrategias para garantizar que terceros no obtengan derechos de propiedad ilegítimos o infundados sobre los conocimientos tradicionales; y, por otra, la protección positiva de los conocimientos tradicionales, mediante la propiedad intelectual, al prevenir el uso no autorizado y la explotación activa de los conocimientos tradicionales por la propia comunidad de origen (WIPO, 2020).

Las empresas se han aprovechado del desarrollo de un conocimiento posterior más avanzado, utilizando como referencia la información que provenía de las comunidades nativas o pueblos indígenas. Por ende, la patente se puede extender, cuando la empresa solicitante haya desplegado el producto y hecho un esfuerzo y aporte adicional al conocimiento de la comunidad o pueblo indígena. Para Begoña Venero, “el sistema de patentes, en sí, es justo, pero puede ser mal utilizado”. Por ejemplo, en el caso de Perú, el uso de la uña de gato ha sido patentado, si bien no, en última instancia, la uña de gato misma, y lo mismo sucedió con el *camu-camu* (Venero, 1999), la sangre de grado (o drago), el árbol del oje y el *Kudzú* (Zuñiga y Huamaní, 1999).

1.2. Sobre la medicina tradicional y las farmacéuticas

Desde la época de Hipócrates, Dioscórides, Esculapio y Galeno, la botánica médica se basó en lo que en la actualidad se conoce como la “farmacia galénica”, que utilizó cientos de productos naturales en el cuidado de la salud. En este panorama, el camino artesanal nos conduce al conocimiento informal de la herboristería, una actividad antigua en el desarrollo cultural de los seres humanos, que comprendieron, desde que eran unos primates,

que la medicina informal, que se transmite de padres a hijos, de forma tradicional, dependía directamente de las plantas medicinales. De este modo, la medicina casera, la medicina herbolaria, el naturalismo y la homeopatía, y muchas de las que hoy se conoce como medicinas “alternativas”, quedan sin fundamento si no se apoyan en la flora medicinal (Cabieses, 2003).

Para Angulo, el “Retorno a lo Natural”, como tendencia filosófica, ha llegado para quedarse. Antes no había interés en desarrollar productos naturales, ya que no podían patentarse, y por ello, no valía la pena invertir en la composición química, que era muy diversa, al mismo tiempo que los países menos desarrollados solían presentar poca estabilidad. Hoy en día, hay múltiples empresas que se dedican a los productos naturales, en particular, el 50% de las más grandes está en el sector farmacéutico, que, “con el establecimiento de regímenes de propiedad intelectual en gran parte de los países del mundo, permiten mayores facilidades para la aplicación de patentes y sus licenciamientos”. De esta manera, tanto los países más prósperos como los menos adelantados tienen un especial interés respecto al aprovechamiento de los recursos de la diversidad biológica, que deben ser conciliados y aprovechados en beneficio mutuo (Angulo, 1999: 21).

La medicina tradicional está muy vinculada a la protección del medio ambiente (Celidwen, 2021). Del equilibrio y la “preservación en el cuidado del agua y de la tierra se deriva la salud comprendida en la relación biológica, psicológica, social y cultural de los seres humanos, y de los seres vivos con los que interactúan” (Ley Marco de Medicina Tradicional , 2009).

A la fecha, el 80% de la población mundial depende de la medicina tradicional, basada en plantas, que se utilizan abundantemente en todo el mundo en desarrollo (Convenio sobre la Biodiversidad, 1992; PNUMA, 2021: 44-45), mientras que el 25% de los medicamentos recetados en los Estados Unidos contienen extractos vegetales o ingredientes activos derivados de plantas. A este respecto, muchas plantas incorporan elementos que pueden curar enfermedades humanas, pero múltiples de estos componentes están aún por descubrirse. Los compuestos originarios de especies vegetales constituyen la base del 50% de los medicamentos modernos que se recetan.

Para Cabieses, las plantas medicinales conforman en muchos casos “una buena alternativa terapéutica, y bien manejadas, tienen un excelente

aspecto económico". Esto va a depender de la buena fe tanto de los Estados como de cada uno de los actores implicados. Por ello, múltiples países del continente americano aún no llegan a una buena definición de los criterios básicos, que permitan un consenso sobre las reglas de juego. En este escenario, las cosas entran en un plano complicado cuando se habla de patentes, dado que "un producto protegido por una patente no puede ser imitado ni reproducido, ni comercializado, sin el permiso específico del dueño de la patente". De acuerdo al Reglamento internacional, "nadie puede patentar un producto natural ni sus partes componentes". Esta cuestión es necesario indicarla, porque la mayoría de los medicamentos industriales están protegidos por patentes. En este punto, nos encontramos frente a factores económicos, empresas industriales, el perfeccionamiento farmacéutico, que complica la legislación y el comercio, etc. Empero, en numerosos aspectos de la salud de la persona, "la planta medicinal sigue siendo una necesidad, no es un sistema obsoleto, no es lujo, ni una ilusión; por el contrario, es cada vez más aceptada oficialmente en todo el mundo" (Cabieses, 2003: 158).

La medicina tradicional es un producto exportable, no obstante, hay muchas plantas que no funcionan ni in vitro, ni de forma separada, sino que necesitan una simbiosis con el medio ambiente. El mercado de las plantas con principios activos se expande rápidamente a nivel mundial, aunque el tratamiento comercial, que se les provee en muchos países, posee un cierto grado de variabilidad (Angulo, 1999: 22; Correa, 2005). Es imprescindible incorporar la certificación de estas plantas medicinales, según su origen y procedencia. Hay que tener en cuenta que existe un mercado "gris" de suplementos alimenticios para el uso medicinal, "ya que solo plantas, que cuentan con monografía, pueden ser reconocidas como medicinales" (Glass, 1999: 20).

Por último, en el horizonte de la Agenda 2030, de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas, es preciso alentar y proteger el saber sobre la naturaleza y el conocimiento hereditario de los pueblos indígenas, que conforman un activo de incalculable valor para la adopción y el éxito de esta crucial estrategia global de la humanidad.

2. Marco jurídico de la propiedad intelectual de la medicina tradicional

La protección jurídica de los conocimientos tradicionales, en especial, de la medicina tradicional de los pueblos indígenas en la región Latinoamericana,

es trascendente e importante para las sociedades y el propio país. De esta forma, a lo largo del mundo, se presentan numerosas situaciones de desprotección y vulneración del conocimiento, en particular, de la medicina tradicional, que ha suscitado una preocupación constante en los pueblos indígenas. Sin embargo, a pesar de esta situación, muy pocos Estados han tomado medidas concretas.

Al contrario, los Estados, en muchas ocasiones, en lugar de proteger a sus connacionales indígenas y sus fuentes de riqueza, les dan la espalda y prefieren vender y otorgar en concesión, a las grandes transnacionales, las tierras, los territorios y los recursos, sin importar que estas poblaciones puedan desaparecer o extinguirse, con todo su legado histórico, cultural y espiritual. Esta situación, en Latinoamérica, por desgracia, no supone una novedad.

Asimismo, los Estados son reticentes a firmar tratados internacionales, que beneficien y protejan a estas poblaciones. Esta postura quedó reflejada, a través de reservas u observaciones que se plantearon tanto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), como en la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos indígenas (2016). En este último caso (durante la Décimo novena Reunión de Negociaciones, del 16 al 19 de mayo de 2016) por parte de países como Estados Unidos, Canadá, Brasil y Colombia, alegando sus razones y “desencuentros” con su Derecho interno (Añaños, 2020).

Los pueblos indígenas han sido considerados como los guardianes de la Naturaleza frente a la devastación o exterminio de la flora, la fauna y la pérdida del patrimonio biocultural y áreas naturales protegidas, que en buena parte está almacenada en la Amazonía (CIDH, 2019: 77)¹, considerada el pulmón de la humanidad. En ese sentido, como refiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, con la pérdida de bosques y especies de flora, “se presentarían dificultades para desarrollar sus sistemas de medicina tradicional, afectando la estructura social. Algunas de

1 Las causas son, principalmente, los procesos de exploración y explotación petrolera, pérdida progresiva del bosque nativo causada por la tala con fines comerciales, el establecimiento de cultivos de uso ilícito, y la expansión de la frontera agrícola y áreas urbanizadas. Asimismo, diversos proyectos de extracción y de desarrollo generan la pérdida de biodiversidad, que, a su vez, produce múltiples impactos para pueblos y comunidades indígenas en la Amazonía. Esto afectaría principalmente a Brasil, Ecuador, Venezuela y Colombia.

estas especies son el *yagé*, *yopo* y *ayahuasca*, que, tradicionalmente, les han permitido realizar tratamientos médicos”, pero también “como planear las siembras y las faenas de caza y pesca o, en general, adoptar decisiones trascendentales para el destino comunitario” (CIDH, 2019: 77-78).

Los pueblos indígenas juegan un papel crucial en la conservación de la biodiversidad, por lo que se debe salvaguardar sus conocimientos ancestrales acerca de la medicina tradicional y a la propiedad intelectual, ya que se trata de plantas únicas, con principios activos que sirven para la cura de diferentes enfermedades. Hay que reconocer estos saberes ancestrales, pero, además, involucrar a estas comunidades, “poseedoras del conocimiento tradicional y conservadoras de los recursos de la diversidad biológica, y desarrollar tales recursos para su mejor aprovechamiento, a través de mercados adecuados -nacionales e internacionales-” (Zolezzi, 1999: 26). De esta forma, continúa Zolezzi, que “los proyectos deben de tomar en cuenta que en la Amazonía existen naciones y etnias. Se les debe entender, escucharlas e interpretar lo que buscan como bienestar, y ganar un mutuo respeto para convivir en paz y armonía. Es fundamental la promoción de líderes, con base en la predica con el ejemplo y una apertura a la vida con dignidad” (1999: 27).

Los Estados tienen una tarea trascendental y determinante en lo relativo a los derechos de las poblaciones indígenas para garantizar su dignidad, el mantenimiento de su identidad, sus costumbres, sus tradiciones orales y su medicina tradicional. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer y muchas tareas pendientes en este proceso, en un marco condicionado por los intereses particulares de los Estados, que bien no implementan siempre los mecanismos adecuados o bien, en otras ocasiones, lo suelen hacer parcialmente, sin tomar en cuenta a las poblaciones indígenas.

Esta situación va más allá de esta generación o de un territorio concreto, pero también de la coyuntura política o económica de un país, ya que trasciende a la deforestación actual de la flora y fauna o al impacto en el medio ambiente y la biodiversidad, puesto que repercute directamente en estas poblaciones, poniendo en peligro la desaparición de sus conocimientos y prácticas ancestrales como la medicina tradicional. Este hecho nos arrastra a todos y a todas, porque si no hacemos algo por proteger a estas poblaciones indígenas y, de forma íntegra, a la “Madre Tierra”, poco queda por hacer en un futuro próximo, quebrando cualquier atisbo de equidad intergeneracional.

A continuación, se recogen algunos de los principales instrumentos jurídicos internacionales y nacionales en este ámbito.

2.1. A nivel internacional

2.1.1. *Tratados de derechos sobre la protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas*

- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).*

Tratado que, en su artículo 27, reconoce implícitamente que, en los Estados donde hay minorías étnicas, no se les puede negar el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Esto implica su propia medicina tradicional.

- *Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT (1989).*

Reconoce en su artículo 25.2, de forma explícita, que los servicios de salud se deben planificar en cooperación con los pueblos indígenas, “así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”.

- *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992).*

En su artículo 4 manifiesta que los Estados son los encargados de promover “el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías, que existen en su territorio”.

- *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).*

Esta Declaración reconoce, particularmente, en sus artículos 24.1 y 31, el derecho de los pueblos indígenas a sus propias medicinas tradicionales y sus prácticas de salud, así como a mantener “la conservación de sus plantas medicinales” (art.24.1). Igualmente, se salvaguardan sus conocimientos tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, además de “controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural” (art.31.1). Al respecto, son los Estados los que

deben adoptar “medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.

- *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2016).

La Declaración de la Organización de Estados Americanos – OEA, pionera en el continente en proteger los derechos de los pueblos indígenas (Toro, 2008, 2013; Añaños y Hernández, 2019; Negro, 2021), contempla de forma amplia los siguientes aspectos en los siguientes artículos: 13 (protección de su identidad e integridad cultural, lo que conlleva la transmisión de sus conocimientos tradicionales); 18 (el derecho a su salud y prácticas, “así como al uso y la protección de las plantas y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales”); y 28, en relación a la protección de la propiedad intelectual, que incluye “la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación” (art.28.1).

De hecho, la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende los conocimientos tradicionales que están asociados “a los recursos genéticos, los diseños y los procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científica, etc., así como los conocimientos y los desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna” (art.28.2). Para concretar estos derechos, responsabiliza al Estado en su deber de proteger y reconocer la propiedad intelectual asociada al patrimonio de los pueblos indígenas, aunque debe concurrir un consentimiento libre, previo e informado (art.28.3).

2.1.2. Tratados sobre la protección y conservación de la biodiversidad

- *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992).

Es un Convenio trascendental y aliado a las poblaciones indígenas, aunque contiene algunas ambigüedades como, por ejemplo, que toda actuación debe estar sujeta con arreglo a la legislación nacional. Este hecho implica el beneplácito del Estado, y frecuentemente, no todas las poblaciones indígenas gozan de su protección, por el contrario, suelen reivindicar al Estado, precisamente, que no se vulneren sus derechos. Cabe destacar los artículos 8.j), 16 y el anexo 1, “De identificación y seguimiento de especies que disfruten de un valor medicinal, con importancia social, científica o cultural”, además de los genomas y genes que tengan relevancia.

Por su parte, el artículo 8.j) versa sobre la conservación y la protección de las innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, sus conocimientos tradicionales y de los beneficios derivados de su utilización, los cuales serán compartidos equitativamente. Finalmente, el artículo 16 aborda el acceso y la transferencia de tecnología, en particular, de la sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, que “se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual y sean compatibles con ella” (art.16.2). Por ende, los Estados menos desarrollados deben tomar medidas de todo tipo, con el objeto de asegurar sus recursos genéticos (art.16.3), y “deben reconocer que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio”, conforme a la legislación nacional e internacional (art.16.5).

- *Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica* (2010).

Protocolo complementario al Convenio de Biodiversidad, que recoge en su Preámbulo y en sus artículos 7 y 12, los conocimientos tradicionales y los beneficios que se deriven de su uso y del conocimiento asociado a los recursos genéticos (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2011).

El artículo 7 contempla la obligación de los Estados de acoger medidas. Se persigue asegurar el consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas para acceder a los conocimientos “tradicionales asociados a recursos genéticos, que están en posesión de comunidades indígenas y locales”, en tanto que el artículo 12 está vinculado a la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos (art.12.3).

- *La Declaración de Sharm El-Sheikh* (2018).

En la que expresamente se reconoce la relevancia del conocimiento tradicional en la conservación de la biodiversidad. En ese sentido, se comprometen a apoyar y promover la transmisión intergeneracional de la sabiduría de las poblaciones indígenas, a fin de “regenerar, restaurar y revitalizar los sistemas de conocimiento e instituciones” e impulsar, entre otros: a) “la recuperación de la diversidad cultural y biológica” (apartado

6); b) el diálogo sostenido “entre la ciencia y los sistemas de conocimiento indígenas y locales para proporcionar una base para un nuevo paradigma” (apartado 7); y, c) “la capacitación en concientización intercultural para científicos y otras personas que trabajan con pueblos indígenas y comunidades locales” (apartado 8).

2.1.3. *Tratados de derechos sobre la propiedad intelectual*

- *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, WIPO (1883, enmendado en 1979).*

En este Convenio, hay que resaltar el artículo 1: Constitución de la Unión. Ámbito de la propiedad industrial, que se entiende en su acepción más amplia y se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales, por ejemplo: vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas”. Paralelamente, hay que citar el artículo 4 *quater* (Patentes: posibilidad de patentar en caso de restricción legal de la venta): “La concesión de una patente no podrá ser rehusada, ni invalidada, por el motivo de que la venta del producto patentado u obtenido por un procedimiento patentado esté sometida a restricciones o limitaciones resultantes de la legislación nacional”.

- *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), que se encuentra en el Anexo 1C del Convenio por el que se creó la Organización Mundial del Comercio, OMC (1994).*

Acuerdo que establece, en su art. 27, que: “las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en el conjunto de los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas” e impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”.

2.2. A nivel constitucional

Partimos de la premisa de que, a nivel jurídico, Bolivia, respecto a los demás países, es el que posee una de las Constituciones más avanzadas en el reconocimiento y la protección jurídica de los indígenas, con una legislación específica, que protege a estas poblaciones, la tierra, el territorio

y los recursos naturales. En conjunto y en un argot más cotidiano, la denominan “La Madre Tierra”.

Es relevante la inclusión en las Constituciones Latinoamericanas de la corriente filosófica de vida del Buen Vivir o Vivir Bien / *Sumak Kawsay* – *Suma Qamaña* (Huanacuni, 2010; Maldonado, 2010; Houtart, 2011), de los pueblos indígenas, aunque es limitado su reconocimiento todavía, tópico que no abordaremos en este trabajo. Sin embargo, las Constituciones de Bolivia (Añaños, Hernández y Rodríguez, 2020) y Ecuador son un ejemplo evidente, ya que reflejan su aspiración a ser consideradas sociedades colectivas, plurales, pacifistas y de Paz (Hernández y Añaños, 2021), sincronizadas con los ciclos de la naturaleza y el equilibrio medioambiental.

En el derecho internacional, la regulación concreta de la propiedad intelectual queda a total consideración o discreción del derecho interno de cada Estado (Constitución y Leyes), por lo que los vectores de actuación sobre esta temática son determinados por el Derecho interno. De esta forma, le corresponde a los Estados la regulación normativa sobre la propiedad intelectual de la medicina tradicional de sus pueblos indígenas. Para establecer estos parámetros, es indispensable que sea recogido expresamente en su Constitución, como principal instrumento jurídico de todo Estado constitucional, democrático y de derecho, como es el caso de los países de la región y, además, contar con una regulación legal. A continuación, se detallan las Constituciones Latinoamericanas de Bolivia y Ecuador que contemplan, ya sea implícita o expresamente, estos derechos:

- *Bolivia*: La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), en su artículo 42.1 y 42.2, responsabiliza al Estado por la promoción y garantía, el respeto, el uso, la investigación y la práctica de la medicina tradicional, salvaguardando los conocimientos y prácticas ancestrales. La promoción de la medicina tradicional incorporará el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, en calidad de patrimonio de las naciones y de los pueblos indígenas originarios campesinos.
- *Ecuador*: La Constitución de la República de Ecuador (2008) dispone, en su artículo 25, que: “Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales”.

Como se puede observar, únicamente, dos de las Constituciones suramericanas (Bolivia y Ecuador) regulan estos derechos. A causa de esta escasez de cláusulas constitucionales sobre medicina tradicional, destacamos algunos países que contemplan el marco legislativo, con relación a la propiedad intelectual, el derecho a la salud y los medicamentos tradicionales de los diferentes países (BVS MTCI, 2021), como es el caso de Argentina; Bolivia; Brasil; Chile; Colombia; Ecuador; México; Nicaragua; y Perú.

Finalmente, referir que, frente a este vacío constitucional y legal de muchos países Latinoamericanos respecto al tratamiento jurídico de las medicinas tradicionales y los Sistemas de Salud o Ministerios de Salud de los Países miembros del Parlamento Latinoamericano, se promulgó la *Ley Marco en Materia de Medicina Tradicional* (2009). Esta Ley contempla, en sus artículos del 4 al 7, la protección de la medicina tradicional de los pueblos indígenas.

3. Desencuentro a nivel internacional y estatal (Derecho a la Salud vs. propiedad intelectual)

Partimos de la premisa de que la regulación jurídica a nivel internacional sobre la propiedad intelectual y el tema de patentes están bien desarrolladas y hay relativamente una amplia uniformidad en este ámbito. Sin embargo, la situación cambia y es muy diferente en cuanto al reconocimiento y la protección de los conocimientos de las comunidades nativas o pueblos indígenas, de manera que el sistema de propiedad intelectual existente no puede extenderse directamente a estas poblaciones. De hecho, las patentes de invención no son aplicables para el conocimiento tradicional y no protegen los intereses de las comunidades nativas o pueblos indígenas.

Entre otras razones o justificantes para esta afirmación, se puede alegar que: a) le falta la novedad (se conocen y aplican en la comunidad o localmente por muchas generaciones); b) no asegura necesariamente una aplicación industrial inmediata; c) su naturaleza es colectiva (la comunidad, en conjunto, debe ser beneficiaria); d) en las comunidades o pueblos indígenas prevalece el concepto de transgeneracionalidad (el sistema de protección de patente confiere una protección de 20 años; y, e) los costos y procedimientos, que implica una solicitud de patente, representan limitaciones, a fin de que las comunidades nativas y pueblos indígenas accedan al sistema. Todas estas razones sirven para argumentar que: "las patentes no sirven como guía para proteger los intereses de las

comunidades nativas” y de los pueblos indígenas. Por ello, la propiedad industrial “siempre parte de la idea de un conocimiento, que se ha tenido en secreto” (Venero, 1999: 40).

Ahora bien, para Velia Márquez, existe una aparente incompatibilidad entre el sistema actual de protección intelectual (internacional y nacional), “y la naturaleza del conocimiento tradicional de los pueblos y comunidades”, a causa de que el régimen jurídico internacional sobre esta temática ha sido planteado desde una visión occidental, cuyo principal problema es que no toma “en consideración la naturaleza e importancia de este tipo de conocimientos al regular en materia de propiedad intelectual”. Adicionalmente, existen otros factores como: la no uniformidad de las normas de protección intelectual sobre lo que se considera parte del “estado de la técnica”; y la falta de delimitación, conceptualización, la naturaleza comunitaria y su transmisión oral sobre el conocimiento tradicional. Sin embargo, la razón que, seguramente, tiene mayor crédito radica en que “se centra en el hecho de que el sistema de propiedad intelectual, a nivel internacional, ha sido desarrollado para proteger los intereses europeos de propiedad privada e individualismo” (Long, 2002), que colisiona de forma directa con la perspectiva colectiva del conocimiento tradicional (Márquez, 2020).

En definitiva, los desencuentros sobre la propiedad intelectual se muestran, en primer lugar, en un plano horizontal, en el ámbito jurídico internacional. Por ejemplo, el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* no hace ninguna mención a los pueblos indígenas y sus conocimientos ancestrales para la obtención de medicamentos o fármacos que, posteriormente son patentados por terceros, sin que repercuta ningún tipo de beneficio. No obstante, todos los países suramericanos, que comparten la Amazonía, lo han ratificado².

En este escenario, sería conveniente tomar en cuenta las recomendaciones del Proyecto IICA - GTZ, emitido hace muchos años atrás, y que puede servir como pautas comunes para todos los países Latinoamericanos. Aduce que sería necesario, entre otras acciones: a) promover la promulgación de una Ley, que permita la protección de los conocimientos colectivos tradicionales de las comunidades nativas y/o pueblos indígenas, con el

2 Estado de ratificaciones hasta el 1 octubre de 2020. Fuente: WIPO, disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/paris.pdf>

propósito de facilitar los mecanismos que conlleven a una retribución y beneficios justos por la oferta de sus conocimientos; b) revisar las normas legales en relación al aprovechamiento, uso y explotación de plantas con principios activos y ciertas formas de productos derivados, con el objetivo de no perjudicar a las pequeñas empresas o productores que la ofrecen en forma natural o con un procesamiento mínimo, sin descuidar la propagación del recurso del medio silvestre; c) impulsar una norma que facilite la elaboración de monografías y registros sobre las plantas con principios activos y del conocimiento existente sobre ellas – tradicional y moderno –, para evitar la piratería (hoy se habla de biopiratería) y la apropiación ilícita, favoreciendo la retribución justa y equitativa a quienes tienen el derecho real para ello; d) inducir el uso de signos distintivos de grupos étnicos para favorecer el conocimiento y aceptación por parte de los consumidores de los productos derivados de las plantas con principios activos, que se encuentran localizadas en los territorios indígenas o étnicos. Para ello, es importante la certificación de origen para valorizar de forma adecuada esta riqueza biológica y cultural; e) incentivar alianzas estratégicas, a nivel nacional e internacional, entre las comunidades nativas e indígenas con los extractores, recolectores, transformadores y comerciantes como mecanismo para generar transparencia en beneficio de todos los actores, con una mayor sostenibilidad a la cadena proveedor – consumidor, y rápida respuesta frente a variaciones en la demanda; y f) plantear como equivalentes – en términos de reconocimiento – tanto al conocimiento tradicional, obtenido a través de las generaciones por las poblaciones indígenas, como al derivado del método científico caracterizado por basarse en evaluaciones y pruebas realizadas en periodos relativamente cortos. De esta forma, ambos conocimientos deberían complementarse para un mejor aprovechamiento y uso de los recursos (Proyecto IICA – GTZ, 1999: 16-17).

Y, en segundo lugar, en un plano vertical, en esa relación de los tratados internacionales y el impacto en la normativa del derecho estatal, no hay punto de comparación, debido a la desigualdad, insuficiencia y carencias de normativa estatal frente a la internacional, que protejan la propiedad intelectual de la medicina tradicional de los pueblos indígenas (Márquez, 2020).

CONCLUSIONES

En el estudio se ha constatado que es escasa y en algunos casos incluso inexistente todavía la protección jurídica de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, respecto a la regulación de la propiedad intelectual de sus conocimientos milenarios de la medicina tradicional. Sin embargo, este saber les pertenece por el legado del depósito y la transmisión a través de generaciones, constituyendo uno de los cimientos básicos sobre los que se asientan la cultura, la identidad y la cohesión de los pueblos indígenas y que, por el contrario, suelen ser apropiados, aprovechados, comercializados y mercantilizados por agentes externos a estas poblaciones.

En definitiva, abordar y hacer frente a esta situación por parte de la comunidad internacional, en la actualidad, constituye un desafío pendiente al que urge dar una inmediata solución. Por un lado, pese a los avances en esta dirección, a escala global, aún la carencia de una adecuada regulación jurídica estatal, que vincule y salvaguarde el conocimiento de la medicina tradicional heredada por las poblaciones indígenas, a lo único que conlleva es a la desprotección y la vulneración de sus derechos; y, por otro, desafortunadamente, la protección de la propiedad intelectual demuestra que no se toman en cuenta los conocimientos tradicionales, ni se refuerzan, ni amparan con leyes para evitar su apropiación indebida, que suponen aspectos fundamentales para la propia supervivencia de estas colectividades. Como resultado, se aboca a las poblaciones indígenas, literalmente, a un contexto de desventaja frente a los agentes externos, que se benefician y se lucran con los saberes y medicinas ancestrales de estos pueblos, teniendo un fin estrictamente mercantilista y comercial, desde una óptica, en muchas ocasiones, exclusivamente, material.

Y, finalmente, existe la necesidad imperante de disponer de una base de datos sistematizada de las plantas que contengan principios activos y medicamentos de los pueblos indígenas, que facilitaría el propio Estado, con el beneplácito de la población indígena, para que puedan defender los derechos y la propiedad intelectual de la medicina tradicional ante instancias internacionales, empresas transnacionales, farmacéuticas o agencias externas, que tengan un particular interés en su comercialización. Este hecho repercutiría en beneficio no sólo de la población indígena, sino también de la sociedad y del conjunto del país y, asimismo, coadyuvaría a mitigar los efectos del cambio climático, en el contexto del cumplimiento

de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), y a progresar hacia la consecución de la seguridad alimentaria. No obstante, si no hay esta cooperación conjunta entre el Estado, como defensor de los derechos de la población indígena, de su identidad y sus conocimientos, innovaciones y prácticas milenarias, y los grupos indígenas, como fuente de saberes ancestrales, tradicionales, medicinales, de su cosmogonía y la salvaguarda de su identidad, se rompe el equilibrio.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (1994). De 15 de abril de 1994, entrada en vigor: 1 de enero de 1995. Organización Mundial del Comercio - OMC. https://www.wto.org/Spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

Angulo, P. (1999). La Amazonía como Fuente de Medicamentos para el Tercer Milenio. En: *Promoción y comercio de plantas promisorias con principios activos especiales de la selva del Perú* (pp.21-22). Memorias del Seminario, 19 y 20 de abril de 1999. Lima: Proyecto IICA-GTZ.

Añaños Bedriñana, K. (2020). Las Observaciones de Estados Unidos, Canadá, Colombia y Brasil en la aprobación de La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En: Martín, M., Rueda, R., Pérez, C., García, L. (edits.), *Tierra, Derechos Humanos y Desarrollo: supuestos y visiones desde África y América* (pp.274-291). Sevilla: Universidad de Sevilla.

Añaños Bedriñana, K. y Hernández Umaña, B. (2019). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra lectura, desde el Buen Vivir. *Revista de Paz y Conflictos*, 1, 251-264. DOI: <http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v11i2.9507>

Añaños Bedriñana, K., Hernández Umaña, B. y Rodríguez Martín, J. A. (2020). "Living Well" in the Constitution of Bolivia and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Reflections on Well-Being and the Right to Development. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 8(17), 2870-2895. DOI: <https://doi.org/10.3390/ijerph17082870>

- BVS MTCI – Medicinas Tradicionales, Complementarias e Integrativas (2021). Biblioteca Virtual en Salud. Red de MTCI de las Américas [en línea]. <https://mtci.bvsalud.org/regulaciones-y-politicas-en-mtci/>
- Cabieses Molina, F. (2003). Plantas medicinales a favor y en contra. En: García A. (dir.), *Plantas-Hierbas. Medicinales aromáticas saborizantes tintóreas* (pp.156-159). Lima: Víctor Chirinos Saavedra.
- Celidwen, Y. (2021). Semillas del resurgimiento: sabiduría indígena contemplativa y bienestar colectivo sostenible. En: Añaños, K., *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables* (pp.51-62). Madrid: Dykinson.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica – CDB* (1992). Adoptado el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. ONU. <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (1989). Conferencia General de la OIT, Ginebra, 27 de junio de 1989. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO::P1210_0_INSTRUMENT_ID:312314
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* (1883). Firmado el 20 de marzo de 1883. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, enmendado el 28 de septiembre de 1979, entrada en vigor: 2 de junio de 1984. <https://wipolex.wipo.int/es/text/287557>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH (2019). *Informe: Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas y Tribales de la Panamazonía*. Washington D.C.: CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/panamazonia2019.pdf>
- Correa, C. M. (2005). *Protección y promoción de la medicina tradicional consecuencias para la salud pública en los Países en desarrollo*. Ginebra: Centro del Sur [en línea]. https://www.who.int/medicines/technical_briefing/tbs/traditionalmedicineES.pdf
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007). AG/RES. 61/265. Aprobada en la 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007. ONU. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

- Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, 1992. Aprobada por la AG en su Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. ONU. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Minorities.aspx>
- Declaración Americana sobre los Derechos Pueblos Indígenas* (2016). AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). Aprobada en la segunda sesión plenaria, 14 de junio de 2016. Santo Domingo: OEA. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Declaración de Sharm El-Sheikh invertir en la Diversidad Biológica para la gente y el planeta* (2018). Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica-CSB/UNEP. Decimocuarta reunión. Sharm el-Sheikh (Egipto), 17 a 29 de noviembre de 2018. <https://www.cbd.int/traditional/nature-culture/The-Sharm-el-Sheikh-Declaration-on-Nature-and-Culture-es.pdf>
- Glass, R. (1999). Importancia, Posibilidades y Perspectivas del Aprovechamiento de las Plantas con Principios Activos a Nivel Mundial. En: *Promoción y comercio de plantas promisorias con principios activos especiales de la selva del Perú* (p. 20). Memorias del Seminario, 19 y 20 de abril de 1999. Lima: Proyecto IICA- GTZ.
- Hernández Umaña, B. y Añaños Bedriñana, K. (2021). La paz y el derecho a la paz desde la visión del Vivir Bien andino boliviano. Reflexiones sobre la paz territorial, democrática e imperfecta. En: Moya, D. (edit.), *Sociedades en transición y construcción de paz Desafíos y perspectivas* (pp. 133-155). Bogotá: Editorial Universidad Santo Tomás.
- Houtart, F. (2011). “El concepto de Sumak Kawsai (Buen Vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”. América Latina en movimiento [en línea]. <https://www.alainet.org/es/active/47004>
- Huanacuni Mamani, F. (2010). *Buen Vivir / Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Lima: Editorial CAOI.
- Ley Marco en Materia de Medicina Tradicional* (2009). Propuesta elaborada para el Parlamento Latinoamericano, de agosto de 2009. Elaborada para la Comisión de Salud del Parlamento Latinoamericano. https://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/ley-materia-medicina-tradicional-pma-3-dic-2010.pdf

- Long, D. E. (2002). Basics of International Intellectual Property Law by G. Gregory Letterman. *The American Journal of International Law*, 3 (96), 755-759.
- Maldonado Ruiz, L. (2010). El Sumak Kawsay / Buen Vivir / Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador. En: Hidalgo, A., Guillén, A. y Deleg N. (edits.), *Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre el Sumak Kawsay* (pp.193-210). https://base.socioeco.org/docs/libro_sumak.pdf
- Márquez Rojas, V. F. (2020). Del Peyote a Pfizer. Protegiendo el conocimiento tradicional en México. En: *Blog del Centro de Estudios Políticos Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 20 de octubre de 2020. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/del-peyote-pfeizer-protegiendo-el-conocimiento-tradicional-en-mexico>
- Negro Alvarado, D. (2021). La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Principales alcances. En: Añaños, K., *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables* (pp.231-245). Madrid: Dykinson.
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (1966). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA (2021). Decenio de las naciones Unidas sobre la Biodiversidad (2011-2020). Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Montreal-Quebec. Canadá: ONU-PNUMA. <https://www.cbd.int/undb/media/factsheets/undb-factsheets-es- web.pdf>
- Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica* (2010). Aprobado en la décima reunión de la Conferencia de las Partes, celebrada en Nagoya, Japón, en octubre de 2010. Protocolo que entró en vigor desde octubre 2014. Montreal-Quebec, Canadá: ONU-PNUMA. https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/nagoya_p rotocol_sp.pdf
- Toro Utrillano, L. (2008). El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: el proceso de negociación. En: *XXXIV Curso de Derecho Internacional* (vol. 27, pp.351-374). Washington

D.C.: Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA.

Toro Utillano, L. (2013). La participación de los pueblos indígenas en la OEA. En: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano: Principios Básicos* (pp.27-42). Washington D.C.: OEA.

Venero, B. (1999). Marcas, Patentes y Conocimiento Colectivo de las Comunidades Nativas sobre los Productos de la Diversidad Biológica en el Sistema Internacional. En: *Promoción y comercio de plantas promisorias con principios activos especiales de la selva del Perú* (pp. 40-41). Memorias del Seminario, 19 y 20 de abril de 1999. Lima: Proyecto IICA-GTZ.

WIPO - World Intellectual Property Organization (2020). Traditional Knowledge, Glossary [online]. <https://www.wipo.int/tk/en/tk/>

Zolezzi, O. (1999). Potencial económico, situación y perspectiva del procesamiento y transformación de plantas con principios activos en el Perú / Experiencia de trabajo de campo y en análisis de estrategias con comunidades nativas para el aprovechamiento de plantas con principios activos y sus derivados. En: *Promoción y comercio de plantas promisorias con principios activos especiales de la selva del Perú* (pp.25-27). Memorias del Seminario, 19 y 20 de abril de 1999. Lima: Proyecto IICA-GTZ.

Zuñiga, J. D. y Huamaní, H. (1999). Domesticación, cultivo y generación de nuevas variedades de plantas con principios activos de importancia comercial. En: *Promoción y comercio de plantas promisorias con principios activos especiales de la selva del Perú* (pp.22-23). Memorias del Seminario, 19 y 20 de abril de 1999. Lima: Proyecto IICA-GTZ.

DESAFÍOS JURÍDICOS A PROPÓSITO DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE SALUD



*James Fernández Salguero**

Sumario: 1. Introducción. 2. Método. 3. Resultado y discusión. 4. Conclusiones. Referencias.

Palabras clave: Derecho a la salud; Acceso a la información pública; vacunación.

RESUMEN

La Constitución Política de 1993 contiene partes que no pueden modificarse y que a nivel de la doctrina se denominan como “dogmática”, puesto que contienen prerrogativas esenciales para la protección de los derechos fundamentales de la persona, como el caso del derecho al acceso

* Profesor de Derecho Administrativo UCSM. Director del Instituto V. A. Belaúnde. Integrante de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Ex Presidente de la EPS Sedapar.

Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú

Correspondencia:

James Fernández Salguero

E-mail: jfernandez@ucsm.edu.pe

a la información pública en materia de salud. Son muchos instrumentos y antecedentes legales internacionales los que reconocen este derecho dirigido a construir una sociedad más democrática y transparente, tal es el caso, por el ejemplo, el Pacto de San José o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, a partir de una revisión de la doctrina y jurisprudencia actual, se analizarán los diferentes matices que ostentan el derecho al acceso a la información pública en materia de salud, a fin de contrastarlo con una temática coyuntural, esta es, la adquisición de vacunas a propósito de la propagación de la covid-19.

Tal análisis evidenciará que, actualmente, existe la imperiosa necesidad de generar estándares más específicos respecto al contenido del derecho de acceso a la información en materia de salud, pues, tal y como se señalará más adelante, no existe una justificación constitucionalmente legítima que impida legítimamente a los ciudadanos a conocer el precio de la vacuna Sinopharm.

1. INTRODUCCIÓN

Como todos los derechos que la Carta Magna o la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales, reconocen el acceso a la información posee límites que usualmente podrían desnaturalizar su propia esencia. En efecto, resulta alarmante que un ciudadano se encuentre impedido de saber el costo de las vacunas compradas al laboratorio chino Sinopharm después de negociaciones - que ciertamente no fueron del todo transparentes - cuando este tipo de operaciones se realizan con cargo al presupuesto público.

En esa línea, la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, podría requerir algunas modificaciones que permitan saber aquello que en materia de salud es reservado y qué circunstancias perjudicaría las negociaciones del Estado con un laboratorio internacional, toda vez que una solicitud de acceso a la información dirigida a las entidades pertinentes con el objetivo de saber el precio de las vacunas que el Estado peruano compró al laboratorio antes mencionado fue rechazada so pretexto de que se trata de información reservada y puede perjudicar las negociaciones entre las autoridades peruanas y el laboratorio Sinopharm.

En definitiva, lo que pretendemos responder en este trabajo es determinar en qué sentido podría perjudicar el que un ciudadano conozca algunos elementos de las negociaciones internacionales como la de la adquisición de las vacunas en un contexto en el que ya se habían acabado las conversaciones para la compra de vacunas a este laboratorio en perjuicio del Estado y afectando a otros laboratorios que ofrecían precios menores, lo que finalmente se supo por los propios medios de comunicación. En efecto, debe admitirse que los principales agraviados frente a esta situación son los ciudadanos, cuyos impuestos sirvieron para pagar precios elevados, en un contexto de serios cuestionamientos a la labor del expresidente Vizcarra, que culminó en su destitución por “incapacidad moral” en el mes de noviembre del 2020.

2. MÉTODO

El presente trabajo según su naturaleza es de carácter descriptivo, toda vez que el mismo desarrollará bajo una perspectiva cualitativa un análisis lógico-jurídico de los principales desafíos que afronta el derecho fundamental al acceso a la información pública en relación al proceso de adquisición de vacunas en contra de la pandemia desatada por la covid-19.

Al respecto, según R.H. Sampieri “el enfoque de la investigación cualitativa usa la recolección de información para probar hipótesis con base en la medición comparativa o valorativa y el análisis descriptivo, para establecer patrones de comportamiento y probar teorías”. Asimismo, la presente investigación es de enfoque cualitativo – descriptivo ya que se va a recolectar información para diagnosticar, explicar y dar soluciones mediante la valoración y el análisis descriptivo.

3. RESULTADO Y DISCUSIÓN

El acceso a la información pública es un derecho que posee todo ciudadano de cara a construir una sociedad democrática como la que todos aspiramos y está contenido en la Ley N° 27806, norma susceptible de ser mejorada sobre todo en lo que respecta al artículo 15 y sus apartados concernientes a la información reservada por diversos motivos.

La democracia nos permite como nación tomar decisiones que involucren recursos públicos. En efecto, el presupuesto utilizado para los procesos de adquisición que hace el Estado como principal comprador

en el mercado tanto nacional como internacional, es significativamente oneroso. Además, que nos permiten ejercer otros derechos sin tener que activar el aparato jurisdiccional que ya tiene una carga procesal bastante elevada, tal vez debido al poco presupuesto que el gobierno destina a un elemento tan importante en el desarrollo del país como es la administración de justicia.

Debería de aclararse términos como “Perjudicar” o delimitar claramente los elementos inherentes a las negociaciones internacionales que no serían susceptibles de ser compartidos como información pública. Esto debido a que no hay congruencia entre saber un precio de la vacuna y con ello afectar las negociaciones internacionales del Estado sin mencionar la reserva tributaria que también podría ser levantada por un ciudadano siempre y cuando haya argumentos que sustenten tal petición como que sea un elemento para ejercer otros derechos constitucionalmente reconocidos como el cobrar las utilidades generadas por su empresa empleadora.

Claro que este acceso a la información para fiscalizar a la administración pública no se puede ejercer de manera ilimitada puesto que ello afectaría de algún modo la vida de la nación por lo que deben de establecerse límites generales que permitan un mayor desenvolvimiento a los principales organismos como lo podría ser el Ministerio de Salud en el proceso de adquisición de las vacunas que ahora están siendo inoculadas a miles de personas pero si somos analíticos nos damos cuenta que estos límites generales devendrían en arbitrarios y si el legislador es específico sin llegar a la exquizez en la elaboración de la norma pues ello no impediría la dinamización en el funcionamiento de la administración pública sobre todo en lo que se relaciona al proceso de adquisición de bienes y servicios.

Un factor fundamental para el ejercicio de la libertad de expresión es el acceso a la información, algo que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Cruzatt, 2008) a través de su declaración de principios sobre libertad de expresión recuerda en su principio 4:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar *establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas*. (El destacado es nuestro) (Principio N° 4).

Tal como se podrá observar en el párrafo anterior nos damos cuenta que el saber el precio de una vacuna una vez finiquitado el proceso de negociación del Estado con el laboratorio internacional Sinopharm no constituye una información que pueda amenazar la seguridad nacional en una sociedad democrática como pretende ser la nuestra.

En la misma línea se puede aseverar que revelar una información como el precio de la vacuna Sinovac del laboratorio Sinopharm en el contexto de una negociación internacional como la que se tuvo para la adquisición de tal producto no perjudicaría el mismo, y es que es esto lo que se sostiene en el siguiente párrafo que forma parte de una respuesta a una solicitud de información que se hizo para tal objeto ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2021):

Los artículos 15, 16 y 17 del T.U.O. de la Ley de Transparencia detallan los supuestos en los que no procede el acceso a la información pública por estar clasificada como secreta, reservada o confidencial, respectivamente, y en su artículo 18 se establece que “Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. (...)”

Así tenemos, que el artículo 16 del marco normativo señalado en el párrafo precedente, establece los supuestos de información clasificada como reservada, que incluye entre otros, la referida a negociaciones internacionales cuya divulgación **PERJUDICARÍA** la eficacia de la acción externa del Estado en los proceso negociadores a los acuerdos adoptados, tal como lo dispone el inciso a) del numeral 2 del mismo artículo (pág. 17).

Para reforzar el argumento la respuesta a la solicitud de información hecha por un ciudadano se afirma que:

Por lo expuesto, de conformidad con el Decreto de Urgencia N° 110-2020, modificado por el Decreto de Urgencia N° 003-2021 y en el numeral 2 del artículo 17 del T.U.O. de la Ley de Transparencia, **la información correspondiente a las vacunas contra la COVID -19 que adquiera el Estado Peruano es confidencial** y está protegida por el secreto comercial, por lo que no debe ser divulgada” (el resaltado es nuestro). (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2021, pág. 21).

La pregunta que nos hacemos frente a la respuesta dada por el Ministerio de Salud es si la revelación del precio afecta o, en palabras de la ley 27806, “perjudicaría” el secreto comercial, puesto que se entiende que este derecho de las personas jurídicas implica la protección de otros elementos que no precisamente están relacionadas con el precio de sus productos que comercializan, veamos lo que nos dice la decisión 486 sobre el secreto comercial o empresarial en su artículo 260: *La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.*

De lo leído se desprende que el precio no forma parte del secreto comercial pero no nos enfraquemos en ese tema, vayamos al contenido de la ley sobre acceso a la información pública que debe de mejorarse para permitir un mejor proceso de fiscalización hacia los organismos gubernamentales que manejan recursos públicos aún más si estamos en un contexto de cuarentena en el que se vieron comprometidos importantes funcionarios cuya razón de ser es servir a la sociedad que representan por el mal manejo de recursos.

No podemos negar que todos los derechos tienen límites como lo establece nuestra propia Carta Magna en su artículo toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo del pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Ello, no constituye óbice para invocar la aplicación de un principio de razonabilidad que nos permita conectar con el sentido de la ley sin desnaturalizarla y que está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por lo que de otra manera estaríamos frente a normas jurídicas que carecen de validez por lo que colisionan con los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad (Muñoz, 2013), lo que es necesario para ejercer un pleno derecho a la expresión y lo recuerda el Informe Anual De La Relatoría Para La Libertad De Expresión del año 2001 (Comisión interamericana de derechos humanos, 2001) en los siguientes términos:

El límite al ejercicio de este derecho encuentra restricciones permisibles por motivos de **orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas [...]**

deben estar expresamente establecidas por la ley, destinadas a proteger un objetivo legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. Aplicando el **criterio de proporcionalidad** en el balance de los derechos afectados, el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el principio de presunción de publicidad, aplicando las mínimas **restricciones y solo en casos excepcionales**. Los criterios de reserva de información deben de ser establecidos en forma clara y precisa para permitir que entes jurídicos puedan revisar tanto la legalidad como **la razonabilidad de la resolución** a la luz de los intereses afectados. (el resaltado es nuestro) (párr. 41).

En efecto, de lo que se trata es que ya no haya negociaciones bajo la mesa que permitan a funcionarios públicos beneficiarse a costas del presupuesto nacional como sucedió con el ex presidente Vizcarra, la ministra Pilar Mazzetti y su par Elizabeth Astete quien lideraba el Ministerio de Relaciones Exteriores, los que finalmente fueron inhabilitados por el congreso para ejercer la función pública debido a que fueron inoculados por unas vacunas que debían de servir para el grupo de investigación en la fase de prueba de este producto cuyo precio se presume en 60 dólares, un valor sensiblemente mayor al de la dosis de Oxford que ofertaba a 4 dólares (Tan, 2020).

Como podrán notar, se trata del precio más elevado en el mercado internacional y claro que ello no se puede verificar plenamente debido a que el precio forma parte del secreto comercial como lo indica el propio Ministerio de Salud.

Para ir cerrando con el tema debemos de precisar que la ley de acceso a la información debe de ser modificada con el objetivo de brindar mayor transparencia en el actuar de la administración pública y no sucedan episodios lamentables como el que tuvimos el año pasado en un contexto bastante lamentable y es que no podemos negar que esas dosis enviadas por el laboratorio Sinopharm pudieron ser inoculadas en favor del personal médico o personas en situación de vulnerabilidad que merecen mayor cuidado por parte del Estado como lo recuerda la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) en el caso Ximénez López Vs Brasil.

4. CONCLUSIONES

- El acceso a la información pública es una condición *sine qua nom* para construir una sociedad democrática y requiere de una mejor técnica

legislativa frente a su elaboración para garantizar menores niveles de corrupción como los que tenemos en el Perú.

- Decir que una información es reservada o perjudica las negociaciones internacionales del Estado es insuficiente si se trata de garantizar un verdadero sistema de control de la sociedad de cara a la actuación de la administración pública.
- La revelación del precio de la vacuna Sinovac del laboratorio Sinopharm no perjudica las negociaciones internacionales ni colisiona con el secreto comercial ya que esta figura protege otros elementos inherentes al desarrollo del mismo.
- En definitiva, lo que se requiere es una mejor técnica legislativa que mejore los alcances de la Ley 27806 para ser congruente con los lineamientos internacionales que existen sobre el acceso a la información.

REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humano. Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Washington D.C: Organización de Estados Americanos; 2001.
- Corte IDH. Caso Ximénes López Vs. Brasil. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 120. San José: Organización de Estados Americanos; 2006
- Cruzatt K. C. Acceso a la información pública: Apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Departamento Académico de la PUCP; 2008.
- Muñoz M. El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de la validez de las normas jurídicas. *Rev Ius Humani*. 2013; 13(1): 139-174.
- R.H. Sampieri. Metodología de la investigación. 2014. 5ta edición.
- Tan Y. BBC News (Internet). (Citado el 03 de octubre de 2020) Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55248167>
- Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Resolución N° 0457-2021-JUS/TTAIP-PRIMERA SALA. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2021.

EL IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS EN EL ESTADO PERUANO



Luis Andrés Roel Alva ** ****

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE. UU.) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Con Diploma de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales 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 derecho constitucional, de derecho procesal constitucional y de derechos humanos. Congresista de la República para el período 2020-2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 04 de marzo de 2021, que origino el Nuevo Código Procesal Constitucional.

** Este texto tuvo la colaboración y aportes doctrinarios de Martín Soto Florián, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Social Policy and Development por la London School of Economics and Political Science (Reino Unido), quien ha investigado sobre las políticas de integridad y corrupción, temática abogada en su tesis de posgrado. De igual forma, se agradece el apoyo en la realización de esta ponencia a Luis Zavaleta Revilla,

Sumario: Introducción. 1. Contexto actual de la lucha contra la corrupción en el Perú. 1.1. La corrupción y sus efectos nocivos en el desarrollo económico del Perú. 1.2. El sistema anticorrupción peruano y la CAN Anticorrupción. 1.3. La punibilidad de los actos de corrupción en la normativa peruana. 2. El efecto de la corrupción en los derechos de los ciudadanos. 2.1. La corrupción y su efecto pernicioso en los derechos de los ciudadanos. 2.2. Tratados Internacionales contra la corrupción. 3. La responsabilidad del Estado peruano en la lucha contra la corrupción. 3.1. Deber constitucional del Estado peruano. Conclusiones.

“La corrupción siempre acecha a los gobiernos. Los hombres tienen aspectos positivos y negativos. El ser humano no es totalmente puritano, existen tendencias negativas en la sociedad que deben ser derrotadas”.

Javier Alva Orlandini, político y jurista peruano¹.

Introducción

En las últimas décadas, la corrupción en el Perú ha generado muchos problemas en la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sobre todo para las personas que se encuentran en los sectores económicos de pobreza y pobreza extrema², quienes son las principales afectadas por este fenómeno. Entre otros efectos, la corrupción tiene

abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quien fue asesor en la Defensoría del Pueblo.

*** La presente investigación fue presentada en su oportunidad para el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que tuvo lugar los días 21 a 23 de mayo de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, pero que, en su momento, no se pudo exponer ni fue publicado en el mencionado evento académico. Por tal motivo, en esta oportunidad, se presenta para que sea expuesto y de conocimiento para toda la comunidad jurídica.

1 Sobre esta cita, revisar la entrevista realizada en: DIARIO LA REPÚBLICA. *Entrevista a Javier Alva Orlandini: “Gobierno no ha puesto empeño para combatir la corrupción en el país”*, de fecha 26 de abril de 2012, Lima: Diario La República, 2012. Disponible en Internet: <https://larepublica.pe/archivo/627178-javier-alva-orlandini-gobierno-no-ha-puesto-empeno-para-combatir-la-corrupcion-en-el-pais>, consultado el 5 de febrero de 2019.

2 Para el Instituto Nacional de Estadística e Informática, la pobreza se incrementó en el Perú en 1 punto porcentual en el 2017. En: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Pobreza monetaria afectó al 21,7% de la población del país durante el año 2017*. Nota de Prensa N.º 063. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018. Disponible en Internet: <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-n-063-2018-inei.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.

como consecuencia directa la pérdida de recursos económicos por parte del Estado, lo cual limita la concreción y ejercicio pleno de dichos derechos.

Afirmamos lo anterior en cuanto los recursos económicos que se pierden por la corrupción, no permiten al Estado peruano poder invertirlos en la satisfacción de servicios públicos que son un medio para concretizar los derechos constitucionales, como, por ejemplo, la salud, la educación, el agua, la vivienda, entre otros³.

Es en este sentido que nuestra ponencia pretende explicar el daño que se genera a los derechos fundamentales a partir de los actos que provocan este contexto de corrupción, la cual, conforme a Alfonso W. Quiroz, destacado historiador peruano, se puede definir como: “(...) un fenómeno amplio y variado, que comprende actividades públicas y privadas. No se trata tan solo del tosco saqueo de los fondos públicos por parte de unos funcionarios corruptos como usualmente se asume. La corrupción comprende el ofrecimiento y la recepción de sobornos, la malversación y la mala asignación de fondos y gastos públicos, la interesada aplicación errada de programas y políticas, los escándalos financieros y políticos, el fraude electoral y otras trasgresiones administrativas (...) que despiertan una percepción reactiva en el público”⁴.

3 Sobre el impacto nocivo que tiene la corrupción en los diferentes niveles de la sociedad, la Defensoría del Pueblo ha señalado que: “La corrupción afecta a las instituciones del Estado, la labor de los funcionarios y la vida cotidiana de los ciudadanos. Lejos de ser un fenómeno aislado que se circunscribe solo a las altas esferas del poder político o económico, es clara también su incidencia en los derechos de la gente, el desarrollo del país y la reducción de la pobreza (...)”. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El Sistema Anticorrupción Peruano: diagnóstico y desafíos. Reporte La Corrupción en el Perú N° 2*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2017, página 5. Disponible en Internet: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-La-Corrupcion-en-el-Peru-N-2.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.

4 QUIROZ, Alfonso W. *Historia de la corrupción en el Perú*. Traducción de Javier Flores Espinoza. Lima: Instituto de Estudios Peruanos / Instituto de Defensa Legal, 2013, página 30. En esta misma línea de argumentación, el profesor Ernesto Blume Fortini señala que: “En la última década del siglo pasado, durante el segundo gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori (que fue finalmente condenado a 25 años de pena privativa de la libertad por la comisión de los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado) el país se vio estupefacto, a través de la televisión, el grado que este fenómeno [la corrupción] había alcanzado, cuando se revelaron los famosos “vladivideos”, grabados en la salita del Servicio de Inteligencia Nacional, SIN, por el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, hoy preso por diversos delitos; videos en los que se veía el grado de descomposición existente en políticos, militares del más alto rango, autoridades y propietarios de medios de comunicación, a los que se les observaba vendiendo su conciencia por dinero, que se recibía con desfachatez y sin ningún tapujo. Así, la sociedad

De la misma forma, la Defensoría del Pueblo define la corrupción como: “(...) un fenómeno social complejo que se produce en las relaciones entre ciudadanos y funcionarios públicos –o funcionarios públicos entre sí– e implica, en su ocurrencia, el mal uso del poder público con la intención de obtener ventajas o beneficios indebidos para quienes actúan o para terceros”⁵. Esta definición nos permite apreciar que la relevancia de esta ponencia radica en que dentro de un Estado Constitucional de Derecho como es el nuestro⁶, se debe procurar garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y que esta misión se encuentra limitada por los actos y delitos que propician situaciones de corrupción.

Así, se abordará el contexto actual de la lucha contra la corrupción, que contiene las cuestiones referidas con un efecto nocivo en el desarrollo del país, así como las fórmulas estructurales y legales que el Estado peruano ha previsto para hacerle frente a este fenómeno; también, se abordarán los temas del efecto de la corrupción en los derechos humanos y la responsabilidad que tiene el Estado peruano, la misma que tiene un carácter nacional como internacional.

*peruana constató el grado de descomposición existente y que los delitos típicos de la corrupción, como concusión, cobro indebido, colusión, peculado, malversación, cohecho y lavado de activos, entre otros, eran perpetrados sin reparo alguno y por personajes de las más diversas esferas”. En: BLUME FORTINI, Ernesto. “La corrupción en el Perú y la forma constitucional de enfrentarla”. 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, Volumen II*, Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO), 2018, página 1225.*

5 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Defensoría del Pueblo, Ética Pública y Prevención de la Corrupción*. Serie de Documentos Defensoriales N.º 12, Lima: Defensoría del Pueblo, 2010, página 71. Disponible en Internet: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/documento-12-corrupcion.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.

6 Constitución Política

“Artículo 51º.- 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”.

1. Contexto actual de la lucha contra la corrupción en el Perú

1.1. La corrupción y sus efectos nocivos en el desarrollo económico del Perú

Conforme hemos señalado en la introducción de la presente ponencia, para analizar los efectos dañinos que tienen los actos y delitos de corrupción en los derechos fundamentales, debemos examinar previamente cómo ha afectado el desarrollo económico del país. Para dicho efecto, consideramos apropiado utilizar lo expresado por la Defensoría del Pueblo, la cual señala, que: “(...) los actos de corrupción implican el mal uso del poder público, es decir, el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos formalizados o instituidos en la sociedad, que, además, tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien actúa o para terceros en perjuicio del bienestar general. Como consecuencia de ello, los actos de corrupción generan vulneraciones de derechos fundamentales”⁷.

A partir de dicha definición, a la cual volveremos más adelante, podemos decir que los actos de corrupción vulneran los derechos fundamentales en cuanto no permiten un buen funcionamiento de la Administración Pública, lo cual imposibilita brindar correctamente los servicios públicos necesarios para concretizar debidamente los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ahora bien, la corrupción no solo significa la pérdida directa de recursos económicos, sino que también afecta la capacidad de obtener nuevos recursos.

En este sentido, y sustentando lo anterior, la corrupción es considerada como un obstáculo importante para hacer negocios en el país, conforme un estudio de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) sobre integridad en el Perú⁸. En este mismo estudio de la OCDE

7 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Defensoría del Pueblo, Ética Pública y Prevención de la Corrupción*. Óp. Cit., página 6.

8 En este mismo sentido, y conforme a lo expuesto por la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos: “Según el Informe Global de Competitividad 2015-16 del Foro Económico Mundial, basado en una encuesta a empresarios, la corrupción es considerada como el tercer obstáculo más importante para hacer negocios en Perú, superado sólo por “regulaciones gubernamentales ineficientes” y “regulaciones laborales restrictivas” (...). Ahora bien, las regulaciones gubernamentales ineficientes pueden crear oportunidades para la corrupción cuando, por ejemplo, los funcionarios corruptos extraen pagos informales para hacer que las cosas acontezcan, o incluso pueden ser el resultado de la corrupción, cuando las regulaciones mismas, en primer lugar, están diseñadas para crear oportunidades de extracción

se señala que no solo el sector empresarial considera que la corrupción es uno de los principales problemas que afronta el país, sino que también la gran mayoría de peruanos opinan que el Estado no ha logrado avances significativos en la reducción de este fenómeno que perturba a las instituciones públicas⁹.

Cabe precisar que en el Estado peruano este fenómeno empezó a tener mayor visibilidad y repercusión durante la década de los noventa del siglo pasado, conforme señala Alfonso Quiroz: “*Varias generaciones de redes corruptas adeptas a la violación endémica de reglas establecidas, así como sus afines interconexiones internacionales, surgen como factores que ligan las prácticas corruptas en las esferas pública y privada. Los costos económicos e institucionales que acarrea la corrupción son evaluados a lo largo del tiempo con el telón de fondo de una población empobrecida. Se compara, ulteriormente, el ciclo más reciente y*

de rentas corruptas. Además, el cuarto problema más importante, “suministro inadecuado de infraestructura”, puede estar relacionado con la corrupción. De hecho, la corrupción en las obras públicas y proyectos de infraestructura puede llevar a elefantes blancos, es decir, infraestructuras de gran tamaño e innecesarias, o a una infraestructura de menor calidad de la que se necesitaría para mejorar la productividad económica”. En: ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS. Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, París: Éditions OCDE, 2017, página 23. Disponible en Internet: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-el-peru_9789264271470-es#page28, consultado el 5 de febrero de 2019.

- 9 Cabe señalar que la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos, sobre este mismo tema, ha señalado que: “(…), el Barómetro Global de Corrupción y Latinobarómetro plantean preguntas relacionadas con la eficacia percibida de las medidas anticorrupción del gobierno. Por ejemplo, en 2013 un impresionante 54% de los peruanos consideraba que las acciones gubernamentales contra la corrupción eran ineficaces (40%) o muy ineficaces (14%); sólo el 17% las consideraba eficaces (14%) o muy eficaces (2%) (Figura 1.10). Dos años más tarde, Latinobarómetro de 2015 preguntó si el ciudadano había percibido, en los dos años anteriores, avances en las acciones gubernamentales contra la corrupción. Una vez más, la imagen muestra un alto grado de descontento en la población: el 38,9% de los ciudadanos encuestados no percibió progreso alguno, el 32,8% percibió un progreso pequeño, el 20,9% percibió algún progreso y sólo el 2,8% percibió que el gobierno había logrado avances significativos en la reducción de la corrupción en las instituciones públicas”. En: ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS. Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. Óp. Cit., página 26.

*profusamente documentado de corrupción en el Perú, que llegó a su fin en el año 2000, con fases previas de corrupción descontrolada*¹⁰.

Así, el grupo de investigación del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP) explica que: *“En la década de 1990, el Estado peruano sufrió aproximadamente una pérdida patrimonial ascendente a US\$ 14,087 millones de dólares americanos (cerca del 50% del presupuesto anual y 4.5% aproximadamente del PBI en ese periodo). Con este monto podrían haberse pagado S/ 1,000 nuevos soles mensuales a medio millón de jubilados durante siete años*¹¹. A pesar de haber superado la corrupción de la década de los 90, la misma subsiste en la actualidad. Un ejemplo reciente es el escándalo internacional generado por la empresa de origen brasileño Odebrecht. Este fenómeno ha ocasionado en el Perú, conforme señala la Defensoría del Pueblo, un costo al Estado de aproximadamente 12 600 millones de soles al año, enorme suma que merma sus recursos y eficiencia dentro de su estructura estatal¹².

-
- 10 QUIROZ, Alfonso W. *Historia de la corrupción en el Perú*. Óp. Cit., página 29. En esta misma línea, el profesor Abraham Siles Vallejos quien expone que: *“Con toda seguridad, el tipo más grave de corrupción que ha padecido el país es el que existió durante la década de los noventa del siglo pasado, bajo la forma de la así llamada «corrupción sistémica». Ejercida desde el núcleo central gubernativo y caracterizada por su alta nocividad social, tanto en la esfera administrativa como en el ámbito regulatorio, la corrupción sistémica de los noventa abarcó diversos poderes, entidades y actores públicos y privados, y tuvo a las Fuerzas Armadas y al sistema de justicia como sus «bases institucionales operativas principales»*”. En: SILES VALLEJOS, Abraham. *“Propuestas para fortalecer la lucha anticorrupción en el Poder Judicial de hoy (Documento para discusión en el desayuno de trabajo «agenda para una estrategia eficaz de lucha contra la corrupción judicial»)*”. En: *Confluencias. Derecho, propuesta, cambio*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, página 4. Disponible en Internet: <http://facultad.pucpáginaedu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/05/SilesPropuestas.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.
- 11 MONTOYA VIVANCO, Yvan, CHANJAN DOCUMET, Rafael, NOVOA CURICH, Yvana, Rodríguez Vásquez, Julio y QUISPE FARFÁN, Fany. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, página 15. Disponible en Internet: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/07/Manual-de-capacitaci%C3%B3n-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.
- 12 Sobre este costo que genera la corrupción al Estado peruano, la Defensoría del Pueblo explica que: *“La corrupción es un problema transversal en el Estado peruano, que la ciudadanía percibe como uno de los principales defectos de las instituciones públicas, pues merma sus recursos y eficiencia. Según un informe de la Contraloría General de la República*

Entonces, siguiendo lo hasta aquí expuesto, consideramos que el efecto de los actos y delitos de corrupción es de carácter endémico (utilizamos este término por su carácter expansivo y dañino dentro del aparato estatal, conforme hemos desarrollado líneas arriba), puesto que las consecuencias que se derivan de estos afectan a la sociedad en cuanto se reduce la efectividad de sus derechos fundamentales, así como para el país porque se reducen sus recursos y se lentifica su desarrollo.

1.2. El sistema anticorrupción peruano y la CAN Anticorrupción

Siguiendo con lo expresado, habiéndose señalado que los actos y delitos de corrupción son uno de los principales problemas del país, en la medida que conllevan como consecuencia la disminución de la efectividad de los derechos fundamentales y la contracción de los recursos del Estado, este último ha creado un sistema interinstitucional que tiene como objetivo luchar contra este problema¹³, proporcionando un ámbito donde tanto entes públicos como privados puedan debatir y proponer medidas efectivas contra la corrupción, este sistema es la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN Anticorrupción)¹⁴. Al respecto, la Defensoría del Pueblo define este sistema como: “(...) un marco constituido por normas e

del 2015, la corrupción le cuesta al Estado aproximadamente 12 600 millones de soles al año. Este monto –que no considera la ineficiencia que la corrupción conlleva, lo que elevaría el cálculo sustancialmente– representa poco menos del 10% del presupuesto nacional, es decir, equivale al destinado al sector Salud (9,7%), y está muy por encima del asignado a protección social (4,1%) o cultura y deporte (0,8%). Las cifras mencionadas son cálculos anteriores a la corrupción sistémica revelada por el caso Odebrecht, que seguramente elevará los índices del delito” (subrayado nuestro). En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Planes sectoriales anticorrupción: Recomendaciones para mejorar su formulación. Estudio de casos en dieciséis ministerios del Poder Ejecutivo 2013–2016. Informe Defensorial N° 176, Lima: Defensoría del Pueblo, 2017, página 5. Disponible en Internet: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe_Defensorial_-176-Planes_anticorrupcion.pdf, consultado el 5 de febrero de 2019.

13 Sobre la corrupción en nuestro país, la Defensoría del Pueblo ha llegado a afirmar que: “En el Perú, el proceso de construcción del sistema anticorrupción, al igual que el subsistema penal anticorrupción, no surgió debido a una ley o reforma planificada, sino como una respuesta coyuntural a la corrupción de los años noventa. En sentido estricto, el Sistema Anticorrupción Peruano aún está en fase de conformación”. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El Sistema Anticorrupción Peruano: diagnóstico y desafíos. Reporte La Corrupción en el Perú N° 2. Op. Cit., página 8.

14 Ley que crea la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, Ley N° 29976
“Artículo 1°. Creación y finalidad de la Comisión

instituciones interdependientes orientadas a la lucha contra la corrupción. Tanto las normas como las instituciones permiten establecer las bases para la organización, operación y coordinación del sistema. El objetivo de los sistemas es mejorar los procedimientos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción con mecanismos claros de asignación de responsabilidades basados en valores como la meritocracia, la certeza, la estabilidad y la ética pública”¹⁵.

Respecto de la denominada CAN Anticorrupción podemos decir que, conforme a la Ley N° 29976¹⁶, este es un lugar para “(...) articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país”¹⁷, y que podríamos afirmar, siguiendo el análisis y expuesto por la OCDE, “(...), que es una mesa redonda integrada por diferentes instituciones de los sectores público y privado, así como de la sociedad civil. El acercamiento de estos actores a la mesa a intervalos regulares tiene como objetivo promover la coordinación horizontal y garantizar la coherencia del marco normativo de la política de lucha contra la corrupción. (...). Varios de los actores alrededor de la mesa son cuerpos constitucionalmente autónomos”¹⁸.

Por otro lado, la importancia que tiene la CAN en la lucha contra la corrupción recae, según la Defensoría del Pueblo, en que: “(...) es un espacio integrado no solo por instituciones públicas, sino también por privadas y la sociedad civil. Pese a que en este espacio se coordinan las acciones y se proponen las políticas de mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción,

Créase la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, con el objeto de articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país”

- 15 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El Sistema Anticorrupción Peruano: diagnóstico y desafíos. Reporte La Corrupción en el Perú N° 2. Óp. Cit., página 7.*
- 16 Cabe precisar que la CAN Anticorrupción fue primigeniamente creada por el Decreto Supremo N.º 016-2010-PCM, cuyo artículo 1º determinaba que: “Créase la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción con el objeto de coadyuvar en la articulación, coordinación y planificación, a mediano y largo plazo, de las acciones a cargo de las Entidades públicas y privadas dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país. Asimismo, se encarga de realizar la supervisión y seguimiento del cumplimiento del Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción”.
- 17 Artículo 1º de la Ley N° 29976, Ley que crea la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.
- 18 ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS. *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública Óp. Cit., página 30.*

*no todas las instituciones del Sistema Anticorrupción participan directamente en el órgano articulador del sistema, lo cual dificulta una actuación coordinada. En esa situación se encuentran el Ministerio del Interior (Dirección contra la Corrupción de la Policía Nacional del Perú) y la Superintendencia de Banca y Seguros (Unidad de Inteligencia Financiera)*¹⁹.

De esta forma, en nuestro Estado se ha pretendido generar los espacios para el debate y promoción de propuestas para enfrentar la corrupción en los diferentes ámbitos de la estructura del Estado, pero estos esfuerzos han sido insuficientes como hemos adelantado al inicio del presente estudio. Por lo que podemos advertir que la CAN Anticorrupción es una excelente iniciativa, pero la misma resulta insuficiente si consideramos que la lucha contra la corrupción exige un sistema articulado que no solo proponga acciones, sino que las concrete y vincule al resto de la estructura del Estado.

Una muestra de ello es que no tenemos un sistema anticorrupción integrado que permita hacer frente a este problema, puesto que la CAN Anticorrupción solo es un foro para plantear problemas y propuestas de solución, pero sin que éstas se trasladen a políticas públicas vinculantes o por medio de normas jurídicas de obligatoria ejecución por parte de todos los entes que conforman el Estado²⁰.

Por lo que no se puede afirmar que el Estado peruano posee un sistema anticorrupción *per se*, lo cual es una deficiencia relevante si se desea erradicar la corrupción de la estructura estatal, puesto que no basta con generar los espacios para el debate interinstitucional y que de ahí se

19 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El Sistema Anticorrupción Peruano: diagnóstico y desafíos. Reporte la Corrupción en el Perú N.º 2. Óp. Cit.*, página 10.

20 Esto mismo lo señala la Defensoría del Pueblo: *“En el Perú, el proceso de construcción del sistema anticorrupción, al igual que el subsistema penal anticorrupción, no surgió debido a una ley o reforma planificada, sino como una respuesta coyuntural a la corrupción de los años noventa. En sentido estricto, el Sistema Anticorrupción Peruano aún está en fase de conformación. Para que exista un sistema debidamente constituido, este debe desarrollar los componentes básicos de prevención, investigación y sanción, los cuales deben funcionar con una lógica articulada, bajo la dirección de un ente rector debidamente instituido. Si bien, en la práctica, existen algunos elementos de articulación y coordinación, es necesario que formalmente se instituya el sistema como tal, a través de una norma, con rango legal, que establezca sus competencias, objetivos, componentes e integrantes, y defina al ente rector del mismo”* (subrayado nuestro). En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El Sistema Anticorrupción Peruano: diagnóstico y desafíos. Reporte La Corrupción en el Perú N.º 2. Óp. Cit.*, página 8.

generen propuestas para enfrentar la corrupción si las mismas no tienen una real incidencia en la mencionada estructura.

Y esta problemática es importante en cuanto si no se puede enfrentar integralmente a la corrupción, ésta seguirá afectando los derechos fundamentales de los ciudadanos, acarreado, a su vez, tanto una responsabilidad constitucional como internacional por parte del Estado peruano como más adelante expondremos.

1.3. La punibilidad de los actos de corrupción en la normativa peruana

Conforme hemos expuesto la corrupción es un fenómeno que impacta de forma nociva al Estado, en cuanto genera el mal funcionamiento de la Administración Pública y resta la utilización de recursos económicos para la concreción de servicios públicos que pretenden efectivizar estos derechos. En esta misma línea, Renata Bregaglio Lazarte explica que: *“Las prácticas de corrupción van desde aquellas casi imperceptibles que se cometen en ámbitos privados de la vida cotidiana hasta grandes operaciones de repercusión internacional. Ello genera que el derecho penal de los Estados frecuentemente resulte insuficiente para la represión de estas conductas, lo cual hace necesario establecer consensos, mínimos de actuación y acuerdos de cooperación”*²¹ (subrayado nuestro).

Efectivamente, a lo largo de los últimos años se ha emitido un marco normativo penal dirigido a combatir dichos actos que como ya hemos señalado, trastoca el normal desarrollo de las actividades de la estructura del Estado y que sus consecuencias son mayores en cuanto a la afectación de los derechos fundamentales, conforme expondremos más adelante. Y es que, según lo señala el Tribunal Constitucional (TC), estas repudiables acciones deben ser combatidas primigeniamente por el legislador, pues, en sus palabras: *“Sin duda alguna los actos de corrupción merecen el más enérgico rechazo, y deben ser sancionados con la máxima severidad que permitan*

21 BREGAGLIO LAZARTE, Renata. “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal”. En: MONTTOYA VIVANCO, Yván (Editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, página 165. Disponible en Internet: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/28152324/pub043estudioscorrupcion.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.

la Constitución y demás normativa aplicable. Ahora bien, pero en aplicación del criterio de corrección funcional, este Tribunal Constitucional no puede en principio incidir en lo que constituye la esfera del legislador, a quien en primer lugar le corresponde decidir cuales medidas resultan más eficientes para enfrentarla”²² (subrayado nuestro).

Pero lamentablemente, todo el marco normativo penal desarrollado hasta el momento por el legislador no es suficiente, puesto que conforme ha señalado la OCDE²³: *“Un sistema de justicia penal eficaz es vital para combatir adecuadamente la corrupción y los crímenes contra la administración pública. El Perú cuenta con un marco institucional suficiente, con especialización institucional favorable y algunos intentos de coordinar las actividades de los organismos. Sin embargo, la cooperación y coordinación entre los organismos pertinentes y entre las regiones y la capital lleva a sobrecargas drásticas de casos y puede dar lugar a la impunidad debido al vencimiento de los plazos de prescripción o a la insuficiencia de recursos. Si bien existen conocimientos especializados a nivel nacional, el mismo podría ser promovido y aumentado en todos los organismos y dependencias pertinentes, tanto a nivel regional como nacional. Se podrían aumentar los recursos humanos y financieros o, si esto no fuera posible, se podrían hacer mayores esfuerzos para optimizar los recursos existentes”²⁴ (subrayado nuestro).*

Así, sobre los actos de corrupción que poseen punibilidad, la normativa penal peruana ha dispuesto en su Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 635, que en su Título XVIII, se determinen los delitos contra la Administración Pública, los cuales se encuentran detallados desde el artículo 361º al artículo 426º del mismo cuerpo normativo²⁵.

22 STC. N° 0008-2018-PI/TC, fundamento jurídico 47.

23 Sobre este mismo tema, la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos también afirma que: *“Casi todos los organismos y entrevistados coincidieron en que la aplicación de leyes de corrupción en materia penal sufre de falta de recursos humanos y financieros en todos los organismos involucrados”*. En: ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS. *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Óp. Cit.,* página 233.

24 ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS. *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Óp. Cit.,* página 240.

25 Los delitos contra la Administración Pública tipificados en nuestro Código Penal, en su Título XVIII, son los siguientes:

En estos supuestos punibles en el ordenamiento jurídico peruano tienen como bien jurídico protegido el buen funcionamiento de la Administración Pública, el cual se encuentra afectado cuando los servidores públicos, a fin de favorecer a terceros de forma indebida, realizan actos contrarios a sus deberes y obligaciones respecto a lo que legalmente les corresponde realizar.

Así entonces, podemos advertir que el Estado peruano ha pretendido, a través de la punibilidad de estos actos, desincentivarlos y erradicarlos de la estructura estatal; pero todo resulta insuficiente, porque no sólo se debe castigar a quienes corrompen y son corrompidos, sino prevenir – por ejemplo, a través de políticas públicas- que no se origine el contexto, permisible y facilitador, en el cual se puedan dar estos hechos.

Por lo tanto, el Estado peruano tiene el deber constitucional e internacional de hacer frente a este fenómeno social que tiene una incidencia directa en el ámbito jurídico penal y en el debido cumplimiento de sus deberes respecto de sus ciudadanos, lo que demanda una serie de acciones por parte del Estado para disminuir y posteriormente erradicar (o reducir a su mínima expresión) este mal epidémico.

2. El efecto de la corrupción en los derechos de los ciudadanos

2.1. La corrupción y su efecto pernicioso en los derechos de los ciudadanos

A partir de lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que la corrupción es un mal que imposibilita que el Estado actúe conforme a lo predeterminado en el ordenamiento jurídico, siendo su accionar ineficiente, imposibilitando que pueda concretar cabalmente las funciones constitucionales que le

-
- Capítulo I: Delitos cometidos por particulares, del artículo 361° al 375° del Código Penal.
 - Capítulo II: Delitos cometidos por funcionarios públicos, del artículo 376° al 401° del Código Penal.
 - Capítulo III: Delitos contra la administración de justicia, del artículo 402° al 424° del Código Penal.
 - Capítulo IV: Disposiciones comunes, del artículo 425° al 426° del Código Penal.

Ver: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPE-NAL.pdf, consultado el 5 de febrero de 2019.

han sido encomendadas, entre las que se destaca tutelar y concretizar los derechos de la ciudadanía²⁶.

Esta falta de concreción de satisfacción de los derechos de la población es consecuencia del impacto de la corrupción en la distribución de los recursos públicos, que limita que el Estado brinde los servicios públicos mínimos y necesarios a todos los ciudadanos que lo necesiten²⁷.

Respecto a este efecto nocivo para los derechos de las personas y la comunidad, este puede ser tanto directo como indirecto. En palabras de la Defensoría del Pueblo: *“Las violaciones directas se verifican cuando los actos de corrupción impiden el ejercicio de derechos fundamentales. De otro lado, cuando la Corrupción es un elemento que conduce a una serie de actos que derivan en violaciones o vulneraciones, debe entenderse que la corrupción atenta indirectamente contra derechos fundamentales”*²⁸.

A esta misma afirmación arriba la Comisión Presidencial de Integridad²⁹, creada por las Resoluciones Supremas N.º 258-2016-PCM y N.º 264-2016-PCM, en su informe titulado *“Detener la corrupción, la gran batalla de este tiempo”*, en el que afirma que: *“Doce mil seiscientos millones de soles le arrebatan al Perú anualmente individuos acostumbrados a corromper o a ser corrompidos, según cálculos de la Contraloría General de la República. Esa suma, que equivale*

26 Sobre este mismo tema, Diego García Sayán ha señalado que: *“La corrupción impacta sobre los derechos humanos través de dos vías: se apropia de recursos que deberían servir para la sociedad y corroe las instituciones del Estado, incluido el sistema judicial”*. En: GARCÍA SAYÁN, Diego. *Corrupción y los derechos de la gente*. En: DIARIO LA REPÚBLICA, de fecha 15 de marzo de 2018, Lima: Diario La República, 2018. Disponible en Internet: <https://larepublica.pe/politica/1211555-corrupcion-y-los-derechos-de-la-gente>, consultado el 5 de febrero de 2019.

27 Esto último se encuentra conforme a lo declarado por nuestro Tribunal Constitucional, que ha determinado que: *“(…), la realidad política ha revelado como hecho constante en las últimas décadas cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos fundamentales, (...)”* En: STC. N.º 0853-2015-PA/TC, fundamento jurídico 23.

28 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Defensoría del Pueblo, Ética Pública y Prevención de la Corrupción*. Óp. Cit., página 7.

29 Resolución Suprema N.º 258-2016-PCM
“Artículo 2º.- Objeto

La Comisión Presidencial de Integridad tiene por objeto proponer medidas concretas para promover la integridad y el respeto a los principios éticos en la función pública con la finalidad de fomentar la transparencia y prevenir y sancionar la corrupción”.

casi al diez por ciento del Presupuesto General de la República del 2016-es decir, cien soles de cada mil-, se la despojan a todos los demás ciudadanos del país”³⁰.

Esto es más grave aún si consideramos que el Estado afectado por este tipo de delito es un país en vías de desarrollo como lo es el nuestro, cuyos recursos económicos, de por sí, son escasos e insuficientes para satisfacer las necesidades de los derechos de los ciudadanos en nuestro territorio nacional, por lo que este delito empeora más dicho escenario³¹.

Sobre esta situación en particular, el citado Informe de la Comisión Presidencial de Integridad concluye que: *“La actuación de los corruptos no se limita al uso indebido del poder o de los recursos públicos; tiene un impacto nefasto en derechos básicos. En escuelas, centros de salud y comisarias es notoria la microcorrupción: médicos y personal de salud que incumplen su horario de trabajo y dejan sin atención oportuna a los pacientes; docentes que dejan de asistir a clases sin razón; efectivos policiales que se apropian de combustible asignado a patrulleros o que usan irregularmente fondos destinados a gastos operativos o de inteligencia, con lo que dejan de dar servicios vitales para la seguridad”³².*

Al respecto, podríamos proponer como ejemplos los casos del derecho a la educación, el cual se verá perjudicado en relación a la falta de infraestructura básica y materiales para los docentes y alumnos, mientras que el derecho a la salud se encontrará perjudicado en cuanto a la falta de profesionales, medicinas inadecuadas e insuficiente instrumental médico³³.

30 COMISIÓN PRESIDENCIAL DE INTEGRIDAD. *Informe de la Comisión Presidencial de Integridad. Detener la corrupción, la gran batalla de este tiempo*. Lima: Asociación Civil Transparencia/ Proética, 2016, página 15.

31 Respecto del efecto pernicioso de los actos de corrupción, Diego García Sayán expone que: *“De un lado, priva a las sociedades de recursos importantes que podrían servir para atender necesidades básicas en salud pública, educación, infraestructura o seguridad. (...) Por otro lado, la corrupción tiene consecuencias nefastas directas sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado, en general, y, en particular, sobre los órganos encargados de asegurar el Estado de Derecho y la justicia”*. En: GARCÍA SAYÁN, Diego. *Corrupción y los derechos de la gente*. Óp. Cit.

32 COMISIÓN PRESIDENCIAL DE INTEGRIDAD. *Informe de la Comisión Presidencial de Integridad. Detener la corrupción, la gran batalla de este tiempo*. Óp. Cit., página 15.

33 Sobre los efectos de la corrupción en los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional declaró que: *“La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. Por ello, el principio de progresividad 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*

En esta misma línea de argumentación, un grupo de investigadores del IDEHPUCP concuerdan que: “(...), *la corrupción no solo afecta a los denominados derechos civiles y políticos, sino también a los económicos, sociales y culturales (DESC), como el derecho a una vivienda digna, a la salud y el acceso a la educación. (...) De este modo, si considerásemos la corrupción como una afectación a la correcta asignación de los recursos públicos, favoreciendo intereses privados y en detrimento de la concreción del bien común a través del favorecimiento de políticas públicas, llegaríamos al desvío irregular de caudales públicos que debieran ser asignados a satisfacer necesidades de vivienda, educación y salud, algo que afectaría el sentido programático de los DESC y su salvaguarda por parte del Estado*”³⁴.

Por lo tanto, el Estado peruano debe procurar la efectividad de los derechos fundamentales, la misma que se encuentra disminuida por los actos y delitos de corrupción que imposibilitan que los escasos recursos económicos del Estado puedan llegar a concretizarlos. Así, la lucha contra la corrupción debe ser una materia relevante en la agenda del Estado, convirtiéndose en un elemento esencial en todo plan de gobierno y que este sea replicado y de alcance para todas las instituciones de la Administración Pública.

2.2. Tratados Internacionales contra la corrupción

El fenómeno de la corrupción también ha sido abordado a nivel de la comunidad internacional, ejemplo de ello es la VIII Cumbre de las Américas, que tuvo lugar en la ciudad de Lima, durante los días 13 y 14 de abril de 2018, la cual tuvo como tema central “*Gobernabilidad Democrática Frente a la Corrupción*”³⁵. En dicha cumbre los Jefes de Estado y de Gobierno que asistieron y participaron de la misma reafirmaron el compromiso con: “(...) *los tratados en materia de lucha contra la corrupción, como la Convención de las*

Estado, pues para este Colegiado la 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”. En: STC. N° 2016-2004-AA/TC, fundamento jurídico 35.

34 MONTOYA VIVANCO, Yvan, CHANJAN DOCUMET, Rafael, NOVOA CURICH, Yvana, Rodríguez Vásquez, Julio, QUISPE FARFÁN, Fany. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Óp. Cit., página 17.

35 Ver: <http://www.viicumbreperu.org/>, consultado el 5 de febrero de 2019.

*Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)*³⁶.

En este mismo sentido, el entonces juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Diego García-Sayán declaró, en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, que: *“El marco conceptual y normativo de las obligaciones internacionales en la lucha contra la corrupción, por su parte, marca ciertas pautas de conducta para los Estados en la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En esos instrumentos se han precisado obligaciones que no se limitan al camino de procesos penales para combatir conductas relacionadas con el fenómeno de la corrupción”*³⁷.

En relación con estos relevantes tratados, cabe señalar que el Estado peruano es parte de los mismos y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional³⁸: i) la Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada por la Resolución Legislativa N.º 26757 y ratificada por Decreto Supremo N.º 012-97-RE; mientras que ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 28357 y ratificada por Decreto Supremo N.º 075-2004-RE. Sobre la relevancia de estos tratados, el profesor José Burneo Labrin que: *“Los tratados y acuerdos internacionales contra la corrupción expresan una radical e importante novedad en Derecho internacional. Por primera vez en la historia, la prevención de la corrupción y la lucha contra ella no son más dos asuntos que*

36 Ver: http://www.summit-americas.org/viii/compromiso_lima_es.pdf, consultado el 5 de febrero de 2019.

37 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas), Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, párrafo 11.

38 Sobre la aplicación directa y vinculante de los Tratados Internacionales suscritos por el Estado peruano, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que: *“A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55º de la Constitución dispone: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado”*. En: STC. N° 0047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 21.

competen exclusivamente a los Estados. Como en otros campos, la comunidad internacional está interesada en llevar al cabo ambas acciones, con el fin de coadyuvar en algo que había sido antes de dominio exclusivo de los Estados”³⁹.

La relevancia de estos acuerdos internacionales es que establecen un marco mínimo de supuestos considerados como delitos de corrupción y que el Estado peruano, siendo parte de dichos compromisos, asume la obligación de sancionarlos penalmente, puesto que, si bien no existe una definición cerrada del concepto de corrupción, no menos cierto es que existen actos que, por consenso internacional, son considerados como delitos relacionados directamente con el fenómeno de la corrupción⁴⁰.

Por lo que el Estado peruano al suscribir dichos acuerdos se obliga internacionalmente a enfrentar los actos de corrupción a partir de la determinación y sanción de dichos actos en la normativa penal interna, así como realizar todas las acciones necesarias para suprimir dichos hechos, pudiendo encontrarse dentro de estas, las políticas públicas y los planes institucionales dirigidos a combatir este mal.

3. La responsabilidad del Estado peruano en la lucha contra la corrupción

A partir de lo antes expresado, el Estado peruano posee responsabilidades tanto frente a su propia normativa nacional como con los acuerdos internacionales como, entre otros, los previamente señalados.

Efectivamente, nuestro Estado Constitucional de Derecho tiene la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, la

39 BURNEO LABRIN, José. “Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos”. En: *DERECHO PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, N° 63, julio-noviembre, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, página 334. Disponible en Internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2981/2876>, consultado el 5 de febrero de 2019.

40 En esta misma línea, el grupo de investigación del Instituto de Democracia y Derechos Humanos ha expuesto que: “El tratamiento que se le ha dado a la corrupción desde los tratados internacionales se ha decantado por no preferir una definición específica de lo que esta significa. Ni la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ni la Convención Interamericana Contra la Corrupción, dan una definición cerrada de este fenómeno, sino que enumeran algunas conductas irregulares que se deben entender como actos de corrupción y, por ende, ser pasibles de sanción”. En: MONTROYA VIVANCO, Yvan, CHANJAN DOCUMET, Rafael, NOVOA CURICH, Yvana, Rodríguez Vásquez, Julio, QUISPE FARFÁN, Fany. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Óp. Cit.*, página 16.

cual se logra a través de la disminución de los actos y delitos de corrupción que imposibilitan que los escasos recursos económicos de países en vías de desarrollo como el nuestro puedan llegar a concretizarse.

Así, en este apartado desarrollaremos estos dos tipos de deberes del Estado peruano en su lucha contra la corrupción.

3.1. Deber constitucional del Estado peruano

La lucha contra la corrupción no es un principio o derecho determinado literalmente en nuestro ordenamiento constitucional; sin embargo, la corrupción es incompatible con la plena vigencia de los derechos fundamentales y los valores que se encuentran consagrados en nuestra Constitución⁴¹. En esta misma línea de argumentación, el profesor Luis Huerta Guerrero señala que: *“La Constitución de 1993 no contiene una referencia directa al tema de la lucha contra la corrupción como política del Estado, como sí ocurre respecto al tráfico ilícito de drogas o la obligación de garantizar los derechos humanos. Sin perjuicio de ello, es posible afirmar que la lucha contra la corrupción constituye un objetivo que también cuenta con reconocimiento constitucional, en el entendido que los efectos de este flagelo generan un serio perjuicio para el respeto y garantía de valores y bienes jurídico-constitucionales indispensables para la vigencia efectiva de las normas constitucionales y los derechos fundamentales en ella reconocidos”*⁴².

Efectivamente, el propio TC peruano ha declarado que la lucha contra la corrupción es la defensa del programa constitucional, lo cual exige una defensa integral por parte del Estado. En sus propias palabras: *“La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra*

41 Sobre esta idea, la Defensoría del Pueblo ha expresado que: *“La Constitución Política no ha desarrollado expresamente el tema de la corrupción. No obstante, ello, como ya se ha señalado, los actos de corrupción implican tanto el desconocimiento del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general fundado en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, como la vulneración de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad. Por estas razones se puede afirmar que la corrupción es incompatible con el sistema de valores consagrado por la Constitución Política”*. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Defensoría del Pueblo, Ética Pública y Prevención de la Corrupción. Serie de Documentos Defensoriales N° 12, Óp. Cit.*, página 15.

42 HUERTA GUERRERO, Luis. *“Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional”*. En: MONTROYA VIVANCO, Yván (Editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, página 218. Disponible en Internet: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Anticorrupcion%C3%B3n-1.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.

dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del “programa” constitucional, exige una actuación integral. Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97° y 98° de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139° de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200° de la Constitución), el control administrativo, entre otros”⁴³.

De esta forma, el deber del Estado peruano de implementar estrategias efectivas contra la corrupción tiene un revestimiento constitucional que lo obliga frente a la Constitución y sus ciudadanos⁴⁴. Asimismo, debemos entender que esta obligación debe entenderse conforme a lo determinado líneas arriba por nuestro TC, puesto que es una exigencia para el Estado en su conjunto, es decir, tiene un alcance a todos los poderes y órganos constitucionales, quienes deben tomar medidas constitucionales concretas con la finalidad de fortalecer las instituciones de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁵.

En este mismo sentido argumentativo, y sobre la obligación constitucional del Estado de adecuar todos sus esfuerzos, políticas y normativa

43 STC. N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC (acumulados), fundamentos jurídicos 53 y 54.

44 Sobre las obligaciones constitucionales del Estado peruano frente a la corrupción el Tribunal Constitucional peruano ha declarado que: “(...) la ineludible obligación de implementar estrategias viables para gestionar sus escasos recursos públicos de manera transparente y eficiente. La ciudadanía, por su parte, tiene derecho a participar activamente en la marcha de los asuntos públicos, fiscalizando la labor estatal. (...) Y es que un elevado nivel de corrupción resulta pernicioso para la sociedad por cuanto debilita la confianza de la población en las instituciones democráticas”. En: STC. N° 5549-2015-HD/TC, fundamento jurídico 4.

45 Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre la lucha integrada que debe realizarse contra la corrupción. En tal sentido, este Tribunal ha declarado que: “El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción -tanto aquellas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país”. En: STC. N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC (acumulados), fundamento jurídico 55.

para la efectiva lucha contra la corrupción, el profesor Ernesto Blume Fortini explica que: “(...) la forma constitucional de enfrentar la corrupción consiste en luchar contra ella ajustando todo accionar a la normativa consagrada en la Carta Constitucional, a los estrictos cánones constitucionales, al marco constitucionales, lo que implica materializar dicha lucha respetando los derechos fundamentales de las personas involucradas, fortaleciendo la institucionalidad y actuando bajo los principios y valores constitucionales. Es decir, constitucionalizado la lucha contra la corrupción, lo cual garantizará su legitimidad, su eficacia y su irreversibilidad”⁴⁶.

En este marco, el gobierno peruano, reconociendo esta obligación constitucional de hacer frente a los actos de corrupción, aprobó la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción mediante el Decreto Supremo N.º 092-2017-PCM, cuyo ámbito de aplicación, conforme a su artículo 2º es: “(...) de cumplimiento obligatorio para todas las entidades de los diferentes Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y de los diferentes niveles de gobierno, quienes deben adecuar su marco normativo (...)”. Esto último con el objetivo de “(...) erradicar la corrupción en todas sus instancias, y, asimismo, ordene e integre las decisiones adoptadas en materia de prevención, detección y sanción de la corrupción”.

Por tal motivo, si bien no existe un deber constitucional expreso en nuestra Norma Fundamental para que el Estado peruano entable una lucha frontal contra la corrupción, éste se extrae del deber constitucional que tiene todo Estado, que se autodenomine como constitucional y democrático, de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, los cuales frustran su concreción cuando se realizan los actos y delitos de corrupción.

3.2. Deber internacional del Estado peruano

Así como el Estado peruano tiene un deber constitucional respecto a la lucha contra todo acto derivado de la corrupción, también posee un deber internacional que lo obliga a asumir una posición activa frente a esta situación nociva⁴⁷. En esta misma línea de argumentación, debemos

46 BLUME FORTINI, Ernesto. “La corrupción en el Perú y la forma constitucional de enfrentarla”. *Óp. Cit.*, página 1235.

47 Sobre esta responsabilidad internacional, el profesor José Burneo Labrin explica que: “La corrupción afecta y amenaza la vigencia de los derechos humanos. La prevención y la lucha que se llevan al cabo promueven la vigencia de tales derechos, y en tal sentido debiera igualmente hacerse mención en acuerdos e instrumentos internacionales. Determinados actos

precisar que conforme hemos señalado en un apartado anterior, el Estado peruano ha suscrito y ratificado tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción los cuales a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁸ exige cumplir con los contenidos establecidos en estos, de lo contrario mediante el principio de *pacta sunt servanda*⁴⁹, devendría en una responsabilidad internacional por parte del Estado peruano.

De igual forma, los instrumentos internacionales precitados, al haber cumplido con las exigencias determinadas en el artículo 55° de nuestra Constitución Política, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno⁵⁰, pues, como bien afirma Luis Huerta Guerrero: “(…), la lucha contra la corrupción constituye una obligación del Estado, que se deriva de las normas constitucionales y de los tratados ratificados por el Perú. Respecto a estos últimos se debe considerar, asimismo, que conforme al artículo 55° de la Constitución, los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, lo cual implica darles un valor jurídico a sus disposiciones, no pudiendo considerárseles normas de carácter declarativo o sin aplicación jurídica concreta en el ámbito nacional”⁵¹.

Ahora bien, habiendo concluido que existe tanto una obligación internacional como nacional de cumplimiento de estos instrumentos internacionales, la cuestión a preguntarse es si estos poseen rango constitucional o

de corrupción, si afectan directamente derechos protegidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, constituyen una violación de los derechos humanos, ante lo cual pueden generarse reclamos internacionales, de estar así habilitadas (locus standi, jus standi) las víctimas individuales o colectivas que fueran titulares de los derechos afectados”. En: BURNEO LABRIN, José. “Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos”. Óp. Cit., página 347.

48 Decreto Supremo N° 029-2000-RE, Ratifican la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”

Artículo Único. - Ratifícase la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, suscrita por el Perú el 23 de mayo de 1969.

49 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

50 Constitución Política

“Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”

51 HUERTA GUERRERO, Luis. “Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional”. Óp. Cit., página 218.

no, puesto que no se ha determinado, a partir de los contenidos de dichos tratados, si reconocen o amplían los contenidos de derechos fundamentales.

Sobre esta situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido y pronunciado una serie de recomendaciones a los Estados a los efectos de enfrentar el problema endémico de la corrupción⁵², respecto de la cual ha señalado que: *“La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad”*⁵³.

Asimismo, podemos advertir que el ex juez y presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, señaló que: *“El análisis sistemático, teniendo en cuenta los elementos del presente caso, apunta, primero, a analizar esta norma de la Convención Americana en relación con otros instrumentos internacionales, universales y regionales, que regulan las restricciones a derechos políticos. Adicionalmente, hace indispensable tomar en cuenta el alcance y repercusión de instrumentos internacionales adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción, todos ellos posteriores a la Convención Americana que data de 1969”*⁵⁴.

A partir de lo expuesto pareciera que el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos ha empezado a otorgarle a los instrumentos internacionales adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción, posteriores a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la misma relevancia que esta última, es decir, la condición de un Tratado Internacional de Derechos Humanos y como consecuencia

52 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Corrupción y Derechos Humanos*. Resolución 1/18, 167 período de sesiones, Bogotá: CIDH/OEA, 2018, páginas 6 y 7. Disponible en Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>, consultado el 5 de febrero de 2019.

53 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Corrupción y Derechos Humanos*, *Óp. Cit.*, página 6.

54 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, párrafo 8.

de ello, podría otorgársele, en su momento, un rango constitucional en nuestro ordenamiento nacional⁵⁵.

Por lo que, podemos concluir, conforme a lo indicado en este apartado, que el Estado peruano tiene un deber de enfrentar la corrupción porque este fenómeno afecta diversas disposiciones constitucionales e internacionales, y que estas últimas son mandatos de efectivo cumplimiento para el Estado peruano y que forman parte de nuestro ordenamiento interno, sin importar el rango o jerarquía normativa que se le quiera otorgar⁵⁶.

Conclusiones

Conforme hemos expuesto en la presente ponencia, la corrupción es un fenómeno que no es reciente en nuestro Estado y que en diferentes momentos de nuestra historia republicana ha generado el repudio social que no ha podido ser trasladado a un efectivo combate contra ésta por parte de los diferentes órganos y poderes del Estado.

Es así que en el presente estudio hemos pretendido exponer la problemática que se origina en un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene la obligación, constitucional e internacional, de procurar la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la misma que se encuentra disminuida por los actos y delitos de corrupción que imposibilitan que los escasos recursos económicos del Estado puedan llegar a concretizarse.

Este problema se agrava porque no tenemos en la actualidad un sistema anticorrupción como tal, sino un espacio para el debate de esta

55 Sobre el problema de conceder o no rango constitucional a estos instrumentos internacionales contra la corrupción suscritos por el Estado, el magistrado del Tribunal Constitucional, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, señala que: *“En este sentido, y en la línea de una comprensión convencionalizada de la Constitución peruana de 1993, conviene tomar en cuenta lo dispuesto, entre otros instrumentos internacionales, en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, y la Convención Interamericana contra la corrupción”*. En: STC. N° 5811-2015-HC/TC, Fundamento de Voto del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, página 5.

56 Para mayor abundamiento sobre este tema se puede revisar: 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*, Volumen I, Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO), 2018.

problemática como es la CAN Anticorrupción, la cual resulta insuficiente si consideramos que la lucha contra la corrupción exige un sistema articulado que no solo proponga acciones, sino que las concrete y vincule al resto de la estructura y funcionarios del Estado.

En esta misma línea, el Estado peruano ha pretendido, a través de la punibilidad de estos actos de corrupción, desincentivarlos y erradicarlos de la estructura estatal, pero todo ello no resulta suficiente, porque no solo se debe castigar a los actores que cometen el delito, sino prevenirlo a través de políticas públicas integrales que dificulten –y en el mejor de los casos, imposibiliten- el contexto en que se realizan dichos actos.

Ciertamente, a partir de lo presentado en este breve estudio, la corrupción no solo es un fenómeno jurídico penal que debe ser combatido por nuestro Estado a través de la configuración de delitos y dación de normas penales, sino que sus consecuencias son mayores en cuanto a la afectación de los derechos fundamentales, que es consecuencia del mal funcionamiento de la Administración Pública, situación que resta recursos económicos para la concreción de servicios públicos que pretenden efectivizar estos derechos. Esto último se encuentra ejemplificado cuando la falta de presupuesto que impide la concreción efectiva de los derechos por parte del Estado a través de la limitada cobertura de los servicios básicos.

Por lo que el Estado peruano tiene deberes de índole tanto constitucional como internacional de hacer frente a este fenómeno social que tiene una incidencia directa en el ámbito jurídico penal y en el debido cumplimiento de sus deberes respecto de sus ciudadanos, lo que demanda una serie de acciones por parte del Estado para disminuir y posteriormente erradicar este mal.

LA IGUALDAD MATERIAL COMO FIN DEL ESTADO



*Miluska Orbegoso Silva**

Sumario: I. A modo de introducción. II. “Una nueva forma de entender la relación Estado-ciudadano”. 2.1. El Estado liberal burgués. 2.2 El Estado Social. III. Las funciones del Estado Social. 3.1. Algunas consideraciones previas. 3.2. La función social del Estado. 3.2.1. Significado de la función social. 3.2.2. “El espacio dominado y el espacio efectivo”. IV. La igualdad material. 4.1. Una aproximación inicial: la igualdad formal y la igualdad material. 4.2. La igualdad material como un fin del Estado. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Palabras clave: Estado, igualdad, derechos, Constitución.

El presente es un estudio sobre la igualdad material como fin de todo Estado que se califique como Estado Social de Derecho y busca evidenciar la alta misión que el Estado desempeña en la más plena conquista de todos los derechos, no sólo los sociales, sino incluso los de libertad, mediante la conquista de la igualdad en su dimensión material.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México Nivel I, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Directora de Desarrollo de Facultad de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del Tecnológico de Monterrey.

I. A modo de introducción:

Hablar de la igualdad y hablar de América latina en una sola oración me remonta a los primeros años de estudio de mi Doctorado. La idea inicial que traía como tema de estudio era justamente éste, el cual, al poco tiempo abandoné pues un querido colega ya había tratado el tema y necesitaba algo “más novedoso”. Este breve cuento no lo hago con la intención de transmitir una experiencia personal sino con la reflexión a la que me lleva: que el tema de la igualdad ha sido, es -aunque espero que no sea- un tema pendiente en esta región del continente americano.

No dedicaré las siguientes líneas a intentar analizar un derecho concreto pendiente de reconocimiento sino, a la igualdad en general y en concreto a su dimensión material como una obligación elemental de todo Estado a fin de lograr la más plena realización de todos los derechos, en especial, los sociales. Este estudio lo realizaré desde una perspectiva eminentemente dogmática, e intentaré delinear aquellos elementos que la caracterizan y que podrían ayudar a lograr su conquista.

Como se sabe, la igualdad puede ser estudiada desde dos dimensiones, la formal y la material. La primera, tiene que ver en términos generales con un reconocimiento amplio y en la norma de que todos somos iguales ante ella; mientras que, la segunda, busca analizar la igualdad en la práctica, lo que sucede en la realidad, en la relación entre ciudadanos.

El punto central de este breve documento es, asimismo, vincular la idea de la igualdad material como una obligación elemental del Estado, como uno de sus fines, como Estado Social que es y que lo obliga a materializar todos los derechos de los cuales es titular la persona humana.

Finalmente, debo señalar que las presentes líneas se inspiran en el Trabajo de fin de máster que realicé ya hace algunos años en la Universidad de Navarra y que buscaban rescatar, aunque brevemente, esta inquietud y preocupación sobre la igualdad como un tema pendiente en Perú, pero en general en América Latina.

II. “Una nueva forma de entender la relación Estado-ciudadano”

2.1. El Estado liberal burgués

Para poder entender a la igualdad material como una obligación del Estado, es menester hacer un breve recuento histórico constitucional acerca de cómo

ha cambiado la relación Estado-ciudadano y por ende, las obligaciones que el Estado asume en este camino.

En ese sentido, debemos partir por señalar que en el Estado liberal burgués una de las ideas del orden político liberal era no sólo la distinción sino la oposición entre Estado y sociedad, a los que se concebía como dos sistemas con un alto grado de autonomía “lo que producía una inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales, sin perjuicio de las medidas de política social y económica (...)”¹. El Estado tenía una estructura vertical o jerarquizada, es decir, que se constituía primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación. Ello, se manifestaba en “leyes abstractas (...)”, en la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad y para la diversificación e integración del trabajo estatal, y en una organización burocrática de la Administración. Sus objetivos y valores eran la garantía de la libertad, de la seguridad y de la propiedad, y la ejecución de los servicios públicos, fuera directamente, fuera en régimen de concesión”². Y se tenía una concepción de los derechos como posiciones jurídicas individuales, formalmente iguales, sin tener en cuenta la situación real de poder o no de los titulares³, es decir, como disponibilidades jurídicas igualmente ofrecidas a los ciudadanos sin importar si estaban o no en condiciones reales de acceder a ellos y cuyo contenido se basaba en los enunciados de propiedad y libertad. Unos derechos que se consideraban como absolutos y que tenían como único límite el respeto de los derechos de los demás miembros de la sociedad, como exigía el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano y que se configuraban como derechos negativos frente a la acción del Estado⁴.

Todo ello, respondía a una idea de la sociedad como un orden espontáneo dotado de racionalidad, la cual, no sólo tenía una solidez superior a cualquier orden o intervención artificial, sino que generaba, además, el mejor de los órdenes posibles tanto en el aspecto social como económico mediante los maravillosos

1 GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 21

2 *Ibidem*, ps. 21-22.

3 Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo” en PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 56.

4 Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 122.

resultados de la oferta y la demanda y donde la capacidad determinaba el *status* de cada persona en la sociedad⁵. Sociedad y Estado eran pensados como dos entes distintos, cada uno con sus límites bien definidos; y el hombre, como un ser que por su propio esfuerzo alcanzaría su lugar en la sociedad, con la garantía de que el Estado no intervendría en su esfera individual.

2.2. El Estado Social

Contra esa situación, que se genera debido a los profundos cambios introducidos por la sociedad industrial, surge el principio del Estado social; y por el contrario, la configuración del Estado social “parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado”⁶.

Por ello, el Estado no podía limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden natural ni a sólo vigilar el buen funcionamiento de ese mecanismo autorregulado, sino que debía transformarse en el regulador decisivo del sistema social y es quien también debía estructurar la sociedad a través de medidas directas y concretas⁷. En ese sentido, se evidencia que fue la realidad quien demandó que se hacía necesaria la presencia del Estado para que la realización del hombre en la sociedad se hiciera efectiva. Asimismo, se buscaba que los ciudadanos además de contar con libertades formales gocen de una libertad real; que además de disfrutar de los mismos derechos tengan las mismas oportunidades de ejercerlos, lo que exigía, a su vez, acortar las diferencias sociales y extender una misma educación para así alcanzar una verdadera igualdad⁸.

De esta forma, mientras que su predecesor “ajustado al paradigma del positivismo jurídico, pretendía ser expresión de un Derecho racional, antítesis de toda forma de arbitrariedad, que organizaba el poder, dividiéndolo, a fin de salvaguardar, a través de garantías formales y procedimentales (...) la libertad,

5 Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 22.

6 *Ibidem*, ps. 21-22.

7 Cfr. *Ibidem*, p. 23.

8 Cfr. SOTELO, Ignacio, *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 285.

la seguridad y la propiedad privada de los particulares”⁹; el Estado social supone la puesta en marcha de mecanismos que satisfagan las necesidades de los ciudadanos y la consecuente responsabilización del Estado en la creación y conservación de condiciones de vida aceptables y estables, es decir, de un mínimo vital. Mientras que el Estado liberal se configuraba como un Estado abstencionista en lo económico y sostenía como fundamento “el dejar hacer”, el Estado social se presenta como un Estado intervencionista para quien el reparto de bienes en la sociedad es un hecho cuestionable¹⁰.

Es así como el Estado Social de Derecho “inspirado y vertebrado por el principio democrático, implanta un Estado material de Derecho, es decir, un Estado Social”¹¹, el cual, buscará dar respuesta a la llamada “cuestión social” que se generó durante la vigencia de su antecesor, que fue incapaz de adecuarse a los cambios estructurales generados por los procesos económicos y políticos de industrialización y de democratización. Es por ello, que amplía considerablemente su grado de intervención en el orden social, atendiendo necesidades que en el marco del Estado liberal no fueron siquiera tomadas en cuenta.

A tal fin, el Estado asume una serie de funciones que le llevan a satisfacer distintas necesidades que los hombres no pueden lograr por sí mismos, estableciendo las condiciones para remover los obstáculos interpuestos a la plena realización de los derechos. Sólo de esta manera se posibilitaría el libre desarrollo de la personalidad, “esto es, el despliegue sin trabas, de las diversas potencialidades humanas, como la deseable integración social de individuos y colectivos, facilitando al tiempo su participación”¹². Y este cambio, lo origina el paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, que hace que sean nuevos valores y principios jurídicos los que inspiren a los poderes públicos.

Asimismo, se ve que la libertad necesita de condiciones o mínimos para ser efectiva. Mientras que el Estado liberal se sustentaba en la justicia conmutativa, el social se fundamenta en la justicia distributiva; mientras el primero

9 PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional” en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 569.

10 Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 175.

11 PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía...”, *op. cit.*, p. 569.

12 *Ibidem*, p. 660.

es fundamentalmente un Estado legislador, el segundo es un Estado gestor; mientras el primero buscaba asegurar la justicia legal formal, el segundo busca la justicia legal material¹³. Mientras que el enemigo de los burgueses clásicos era la expansión de la acción del Estado, para lo que instituyeron mecanismos adecuados (principio de legalidad, derechos individuales, división de poderes, etc.), lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado, para lo cual también deberán instaurarse los mecanismos adecuados¹⁴. Y como bien señala García Pelayo “allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado”¹⁵.

En este sentido, y con la finalidad de alcanzar el objetivo trazado, que no es otro que alcanzar la justicia social¹⁶ y la igualdad material, se reconoce en las Constituciones, aunque tardíamente, como exigencia a las reivindicaciones de los trabajadores y miembros de los partidos socialistas y comunistas, una serie de derechos de contenido económico y social que permiten, no sólo, cubrir las necesidades antes aludidas, sino que posibilitan también hacer efectivos aquellos otros derechos, denominados de libertad, que aunque reconocidos formalmente para todos los ciudadanos, en la práctica eran para muchos meras declaraciones de buenos deseos e intenciones, pues eran derechos ostentados por unas minorías que poseían propiedades importantes y un cierto poder social¹⁷. Es así que se reconocen derechos como el trabajo, la salud, la educación, entre otros, que buscan satisfacer aquellas necesidades sentidas por los ciudadanos y que se traducen en acciones materiales por parte del Estado, las cuales, necesitan de desarrollo legislativo y que pueden consistir en: prestaciones sociales en sentido estricto, que suponen ayudas financieras; subvenciones y acciones de fomento de actividades de interés público de carácter cultural, social o profesional; creación y utilización de servicios públicos; y participación en los bienes de carácter comunitario, como lo es la utilización de recursos naturales de carácter público¹⁸.

13 Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, ps. 26 y 27.

14 Cfr. *Ibidem*, p. 27.

15 *Idem*.

16 Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 69.

17 Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 73.

18 Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010, ps. 40-41.

En ese orden de ideas, se puede comprender también que los derechos sociales tengan una naturaleza distinta a los derechos de libertad, porque se inspiran en la idea de igualdad material y justicia distributiva, son componentes esenciales de un Estado que se califica como Social y Democrático de Derecho y de un Estado impelido a intervenir para brindar las medidas correctoras y redistribuidoras que considere necesarias para que los ciudadanos tengan una existencia conforme a la dignidad¹⁹. No se trata de bienes ya dados como en el caso de la libertad, sino que se necesita de una acción positiva por parte del Estado, generalmente expresada en la prestación de un servicio y que implicarán la adscripción a un conjunto de normas de organización y procedimiento²⁰. Asimismo, requieren de la intervención del legislador y de la Administración e incluso al darles un contenido concreto pueden configurarse en verdaderos derechos subjetivos invocables ante los tribunales²¹.

III. Las funciones del Estado Social

3.1. Algunas consideraciones previas

Podemos señalar que mientras con el Estado Liberal de Derecho se quiere desplegar una idea de libertad al margen de actuaciones estatales, el Estado social requiere de ellas para superar determinadas desigualdades, que van de la mano con los principios de libertad, igualdad y justicia.

Debemos estar conscientes de que hoy se necesita del Estado y no sólo los menos favorecidos sino todos (ya sea para el aseguramiento de un salario mínimo, de instancias arbitradoras de conflicto, o hasta para la organización de eventos culturales). Antes se pensaba que la libre actuación de las fuerzas solucionaría los problemas sociales y “se estaba dispuesto a pagar el precio de la permanencia de condiciones sociales gravosas porque parecía más importante la libertad”²²; sin embargo, la presencia del Estado se hizo necesaria como responsable de la existencia de condiciones básicas y necesarias para el desarrollo de la sociedad, en general y del ciudadano, en particular.

19 Cfr. PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía...”, *op. cit.*, ps. 661-662.

20 Cfr. *Ibidem*, p. 662.

21 Cfr. *Ibidem*, p. 665.

22 BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho” en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 528.

Una tarea que no es de fácil ejecución, sobre todo, porque implica, de un lado, la garantía por parte del Estado de un mínimo vital que permita al ciudadano alcanzar su desarrollo en la sociedad; y de otro, la garantía de no vulneración de los derechos al momento de intervenir, incluso, en esferas de autodeterminación. En especial, corresponde al Estado, en este sentido, salvar las desigualdades sociales, pues la calificación del Estado como social implica también “la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de las desigualdades sociales, como uno de los “valores superiores” llamados a inspirar el ordenamiento jurídico”²³. Y con ello, también se alcanzará el pleno goce de los demás derechos sociales, al convertir al Estado de Derecho formal, en un Estado de Derecho material.

En ese sentido, es importante que la interpretación del Estado Social no sea unilateral, rígida e irrevocable pues él se construye desde las necesidades reales y concretas de la sociedad y no desde conceptos abstractos. Asimismo, se debe tener en cuenta que “la ley fundamental no contiene un programa de encargos concretos al legislador. La Constitución confía a los responsables decidir políticamente según las condiciones y necesidades sociales de cada momento [y] cómo debe traducirse el postulado del Estado Social”²⁴.

3.2. La función social del Estado

3.2.1. Significado de la función social

La cláusula del Estado Social no establece cuáles son las acciones concretas que deben llevar a cabo los poderes del Estado; sin embargo, hablar de los fines del Estado ayuda a concretar las funciones que deben realizar, aunque no es tarea fácil²⁵.

Lo que viene mandado por el Estado Social es que, sin perjuicio del reconocimiento de las circunstancias actuales y considerando las necesidades de una por demás sobrecargada Administración, la acción pública se mantenga

23 GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 40.

24 BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho” ..., *op. cit.*, p. 531.

25 Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 171.

lo más próxima al ciudadano”²⁶. Pues como bien señalaba Jellinek²⁷, mientras más predomine el carácter social de la actuación estatal, menos independiente vivirá el poder del Estado de sus súbditos y tanto más actuará al servicio del individuo.

En ese sentido, en primer lugar, debemos aclarar los términos y diferenciar entre funciones públicas y funciones del Estado. Por un lado, funciones públicas son aquellos cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general, mediante la satisfacción de necesidades colectivas. Y por otro, funciones del Estado son aquellas funciones públicas que son desempeñadas por los poderes públicos así como por los organismos internacionales²⁸, es decir, que el Estado no es el único que cumple funciones públicas sino también los particulares.

Al respecto, cabe precisar que, “no existen funciones del Estado por naturaleza. Las funciones de los poderes públicos no resultan de un concepto abstracto del Estado, sino de las previsiones del respectivo ordenamiento constitucional”²⁹, es decir, que dependiendo de los fines y objetivos que cada Estado tenga, las funciones que asuman los poderes serán distintas. Pero debemos tener en cuenta que aun centrando el examen en la Constitución, tampoco cabe obtener de ella, en modo alguno, un sistema acabado de funciones del Estado. “En muchos ámbitos, el desarrollo y desempeño de funciones por parte de los poderes público no supone, en consecuencia, una ejecución de la Constitución, sino una decisión política”³⁰, de forma que la Constitución confía en que los órganos políticos de cada momento, decidirán qué acciones tomar de acuerdo a las condiciones y exigencias de cada momento histórico.

Asimismo, y “con vistas a una sistematización de las funciones del Estado, hay que decir, más bien al contrario, que, salvando casos extremos (por ejemplo ámbitos intangibles de la vida privada), no existe ninguna esfera de la vida privada o social en la que aquel no tenga al menos la posibilidad de desempeñar algún papel, como, por otro lado, tampoco cabe imaginar ninguna función

26 BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho” ..., *op. cit.*, p. 548.

27 Cfr. JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 758.

28 Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, ps. 168-169.

29 BULL, *Staatsaufgaben*, ps. 99 y ss.; HÄBERLE, AÖR; 1986, P. 595 (601), citado por SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*, p. 169.

30 HERZOG, en HStR, vol. 3, 58, num. Marg. 28, citado por ABENIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 170.

respecto de la cual los poderes públicos tengan que asumir necesariamente la responsabilidad íntegra de su satisfacción”³¹, y ello, como una manifestación del principio de subsidiaridad que el Estado Social también supone. En ese sentido cabe hablar de una “responsabilidad de garantía” por parte del Estado, por la cual, dentro de los límites de la Constitución tiene que actuar en aquellos casos en que, de no hacerlo, un determinado bien social quedaría sin un mínimo de protección³².

3.2.2. “El espacio dominado y el espacio efectivo”

En este orden de ideas, Forstthoff, al desarrollar el tema de la función social del Estado, toma como punto de partida que la existencia individual ha cambiado y ese cambio se puede determinar en base a una distinción. Para ello distingue entre “un espacio vital dominado por cada individuo, del espacio efectivo”. “Por el primero se significa aquel que está de tal manera colocado bajo el individuo de modo que éste pueda considerarse dueño de dicho espacio, sin que, necesariamente, sea el derecho de propiedad el que coloque y mantenga en dicha posición de dominio de ese espacio vital. Por el segundo, se significa aquel espacio en el que fácticamente se desarrolla la existencia de cada uno”³³; y sigue diciendo que, “en los comienzos del siglo XIX una parte relativamente alta de la población poseía un espacio vital sometido a su dominio. Era el corral y las dependencias, la propia casa, el taller. Desde entonces, y a causa del aumento de la población, el espacio vital sometido a dominio se ha reducido cada vez más. (...) Esta reducción del espacio vital dominado tiene su contrapunto en la extraordinaria ampliación de espacio efectivo vital que el progreso de la técnica ha hecho posible”³⁴. Y ello, tiene gran repercusión para la estructura del Estado pues “la renuncia al ámbito espacial dominado supone a la vez renuncia a garantías sustanciales en la existencia individual. (...) El hombre sin espacio vital que domine, que no pueda sacar el agua del pozo, que no pueda recoger del bosque la leña (...), vive en una situación de notoria necesidad”. Ello, no se vivió en toda su intensidad sino hasta después de la Primera Guerra Mundial y pasó así a la competencia del Estado la adopción de medidas que permitieran a

31 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 169-170.

32 Cfr. *Ibidem*, p.170.

33 ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 47.

34 *Ibidem*, p. 48.

los ciudadanos subsistir (...)”³⁵. Lo antes apuntado es importante para entender el ámbito dentro del cual se ejecuta la actividad de los poderes, que no es otro que el ámbito de desarrollo de los derechos fundamentales en general.

Evidentemente, todo ello se traduce, en fin, “en la ampliación del ámbito funcional del Estado y con ello en la transformación estructural (...) de la institución estatal misma”³⁶, a quien le corresponde: una función asistencial, que rebasa el concepto de “beneficencia” típico de la etapa liberal “para convertirlo en el gestor de todo tipo de prestaciones, servicios y asistencias destinadas a asegurar las condiciones fundamentales de la existencia”³⁷.

Por otro lado, también resulta importante mencionar que el Estado, al momento de decidir qué acciones ejecuta, tiene que realizar una adecuada compensación de intereses pues “en las cada vez más estrechas relaciones de una Sociedad industrializada y tecnificada los intereses individuales o de grupo chocan entre sí”³⁸. Por ello, una de las tareas más importante del Estado en el cumplimiento de su mandato de configuración social es el deber de defender los intereses generales frente a los intereses de grupo. En ese sentido, debido a que el bien común no se genera ni espontánea ni automáticamente, el Estado debe realizar una correcta compensación de intereses que permita alcanzar el bienestar de todos.

Finalmente, cabe apuntar que existe un riesgo natural en el desarrollo de la función social por parte del Estado. Es un error creer que con el Estado de Derecho y con su división de poderes se consigue la separación entre dominio y funciones sociales. “La tentación de dominar allí donde se ayuda, fomenta, o subvenciona, es demasiado grande para poder resistirla siempre, en el supuesto que se deseara”³⁹. Además “quien recibe ayuda del Estado se siente dependiendo de él y está inclinado a plegársele”⁴⁰.

35 *Idem.*

36 GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 51.

37 *Ibidem*, p. 51-52.

38 BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho” ..., *op. cit.*, p. 544.

39 ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *op. cit.*, p. 54.

40 *Idem.*

IV. La igualdad material

4.1. Una aproximación inicial: la igualdad formal y la igualdad material

Se afirma siempre que los hombres somos iguales por naturaleza –desde un punto de vista formal-, pero ya la historia nos ha demostrado que hoy por hoy la igualdad es una conquista de la sociedad –desde un punto de vista material-. Los principios propios del Estado Liberal originaron que la sociedad sea desigual, por ello, con el Estado Social, lo que se busca, es corregir ese devenir. En ese sentido, la igualdad no se constituye como un punto de partida sino como una finalidad y ello debido a que la sociedad, o mejor dicho la estructura social, no es un hecho natural sino más bien artificial, y por tanto, las diferencias que en ella se generan, debido a que tampoco son naturales, tienen que ser corregidas, como una exigencia del principio de igualdad⁴¹.

El fin u objetivo del Estado Social es la igualdad y en concreto la igualdad material. La cláusula social, a diferencia de la cláusula Democrática y de Derecho –que alberga aunque no exclusivamente un contenido estructural- se trata de un principio puramente material, del que sólo cabe derivar el cumplimiento de fines y se constituye, asimismo, como un principio inspirador de la actuación del Estado, que exige que ésta se dirija a la reducción de la desigualdad social⁴² o dicho de otra manera, a que alcance la igualdad material. En ese sentido, si se quiere que la cláusula del Estado social no sea una fórmula vacía de contenido, es necesario que la igualdad se verifique en la realidad.

Por ello, es menester, en primer lugar, señalar la diferencia que existe entre la igualdad formal o jurídica y la igualdad material o de hecho. El aspecto formal, o igualdad ante la ley, implica el trato igualitario de todos por el ordenamiento

41 Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 624. Al respecto, lo primero que habría que decir es que el principio de igualdad ha sido recogido en el art. 1 de la Constitución. Señala Rubio Llorente que la noción de igualdad hace referencia a un concepto relacional, que es siempre una relación que se da entre dos personas, objetos o situaciones y que se refiere no a la existencia misma sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles denominado comúnmente *tertium comparationis*. (cfr. *Ibidem*, p. 608). De modo que, como señala Bobbio, para poder hablar de igualdad debemos estar en la capacidad de responder a dos preguntas: ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? (Cfr. BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós I.C.E. | U.A.B., Madrid, 1993, p. 54).

42 Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 127.

jurídico positivo. Mientras que, la igualdad material se refiere a la presencia real de la igualdad en las relaciones sociales existentes en un momento histórico determinado, no sólo buscando igualar a los individuos en sus condiciones materiales de su existencia, sino también permitiendo el ejercicio efectivo de su libertad⁴³.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado, que el “principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley, constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato”⁴⁴. De modo que, el reconocimiento de principio de igualdad, “implica la necesidad de que la ley sea la misma para todos, excluyendo cualquier tipo de discriminación”⁴⁵. Mientras que, la igualdad material, se configura como “la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica”⁴⁶, lo cual, no supone un igualitarismo radical, el cual, de un lado puede resultar un tanto utópico, y de otro, supondría ignorar que las necesidades de los distintos seres humanos son también diferentes⁴⁷.

De esta forma, se puede entender que la igualdad formal, supone una realidad que el Estado debe respetar; mientras que, la igualdad material, una meta que debe alcanzar.

4.2. La igualdad material como un fin del Estado

Se trata pues, de un Estado Social que tiene como objetivo o fin la consecución de la igualdad material, entendiéndose por esta la igualdad que en la práctica debe tener toda persona al momento de ejercitar sus derechos y que en el caso de los derechos, supone una directriz o guía, pues no basta con que estos estén recogidos en la Constitución, sino que es necesario que en la realidad sean

43 Cfr. CANTÓN, Octavio, *Igualdad y derechos. Apuntes y reflexiones*, Editorial Porrúa, México, 2006, ps. 28-29.

44 STC 8/2986, de 21 de enero.

45 MANTECÓN, Joaquín, “La libertad de religión como derecho humano”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994, p. 115.

46 BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 79

47 Cfr. FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 133.

efectivos. Ello, supone también, que junto al paso del Estado Liberal al Estado Social, el Estado asume una nueva tarea o función: la consecución de la igualdad de oportunidades para el pleno ejercicio de los derechos por parte de sus titulares.

Por ello, no basta con reconocer a todos como titulares de derechos si en la realidad, esa titularidad carece de contenido, es decir, si no se pueden hacer realmente efectivos. Es ahí cuando entra en juego el concepto de igualdad material pues, según Ara Pinilla, “la igualdad en los derechos puede significar no sólo que todos los hombres seamos igualmente titulares de derechos ni que todos podamos ejercitar en igual medida nuestros derechos, sino también, si se admite como derecho la expectativa de todo ser humano a equipararse en la tenencia de bienes y aptitudes con sus semejantes”⁴⁸. La igualdad material permite que todo ser humano pueda, al igual que sus semejantes, acceder en igualdad de condiciones a todos los bienes necesarios para alcanzar una vida digna, que como fin en sí mismo, el hombre necesita. Y ello tiene como consecuencia inmediata, “la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de las desigualdades sociales, como uno de los «valores superiores» llamados a inspirar el ordenamiento jurídico”⁴⁹.

Como ya se ha dicho, se trata de una disposición que tiene estructura de programación final y como tal “lo que prescribe no es una respuesta a una situación de hecho sino el logro de un fin”⁵⁰. Lo cual, supone también un problema, pues en ella no se prevé la conducta que se debe llevar a cabo, y ello, deja para el destinatario de la norma, un gran margen de libertad para elegir los medios adecuados al fin. Ante lo cual, el máximo intérprete de la Constitución española ha señalado que cuando la Constitución impone a los poderes públicos “la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”, lo cual, “exige la superación de la tradicional concepción de la igualdad jurídico formal, por lo que el principio de igualdad, materialmente interpretado, se convierte en el instrumento quizá central para la realización de la *acción social*”⁵¹. Ante lo

48 ARA PINILLA, Ignacio. *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 205.

49 GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, p. 40.

50 DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 43.

51 VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Principio de igualdad y Estado Social (apuntes para una relación sistemática)*, Universidad de Cantabria - Parlamento de Cantabria, Santander, 2006, p. 107.

cual, el Estado asume como función u objetivo propio, una cierta corrección de las diferencias económicas y sociales que crea la economía de mercado⁵². Por consiguiente, los poderes públicos, y en el caso concreto el ejecutivo, a través de la Administración Pública, están llamados a materializarla, generando para sí obligaciones complejas de organización, procedimiento y prestación⁵³.

En ese sentido, cuando desaparece la desigualdad más patente, queda libre la vista para descubrir situaciones de desigualdad que antes no llamaban la atención⁵⁴. Y de este modo, ese Estado Social y Democrático de Derecho asume nuevas funciones, no para interferir indiscriminadamente en esferas de autodeterminación del hombre, sino para que por medio de esta actuación, que lo pone en cercanía con el ciudadano, ayude al hombre, brindándole un mínimo vital para que éste pueda desarrollarse en la sociedad. Demandándosele, a que disponga “la existencia de una regulación constitucional del proceso económico y el estatuto de sus principales protagonistas (...)”⁵⁵, tarea que recae principalmente sobre el legislador.

Por otro lado, cabe señalar, que existen limitaciones en la consecución de la igualdad material o materialización del Estado Social: de un lado, existe una dependencia económica-financiera del Estado Social (*Ressourcenabhängigkeit des Sozialstaates*) y de otro, el límite de la capacidad prestacional del Estado Social (*Leistungsfähigkeit des Sozialstaates*)⁵⁶. Lo cual, supone una barrera u obstáculo en la consecución de la igualdad material, pues sin recursos económicos, humanos y materiales; y asimismo, sin la existencia de una organización y un procedimiento, la equiparación en igualdad de oportunidades de los miembros de la sociedad se hace cada vez más lejana.

Finalmente, creo conveniente resaltar que, si bien el Estado Social está dirigido hacia la igualdad, no debemos olvidar que existe un vínculo entre igualdad y libertad, pues si bien la libertad es el fin fundamental, en sociedad sólo lo será, si todos los individuos somos considerados igualmente merecedores

52 Cfr. ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 135.

53 Cfr. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad material” en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22, septiembre-diciembre, 1995, p. 22.

54 Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 25.

55 GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, op. cit., p. 47.

56 Cfr. *Ibidem*, p. 73.

de esa libertad, es decir, si todos somos igualmente capaces de experimentarla⁵⁷. La libertad jurídica sin que exista libertad fáctica pierde mucho valor; y sobre todo, en la sociedad actual, donde la libertad fáctica de un gran número de personas depende de actividades estatales⁵⁸. Es decir, que si la libertad quiere ser efectiva, se necesita de la igualdad material.

V. Conclusiones

El paso del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho nos ha enseñado a entender que la actuación estatal depende y siempre ha dependido de las necesidades humanas, pues la persona es y debe ser centro y fin de toda la actuación estatal. En este sentido, el Estado pasa de realizar una función de limitación y respeto a una función de actuación, intervención y protección del ser humano, con la incorporación de los denominados derechos sociales.

Asimismo, y como consecuencia del reconocimiento y protección de estos derechos se incorpora una nueva tarea de arduo cumplimiento para el Estado: la conquista de la igualdad material. Esta demanda que el Estado pueda garantizar la igualdad en la realidad, esto es, que todos podamos estar en igualdad de condiciones de alcanzar los mismos fines siempre conforme a la búsqueda de la felicidad, esto es, al libre desarrollo de la personalidad. Pues no debemos nunca olvidar que todo Estado Social es un Estado de Derecho.

La igualdad material, en este orden de ideas, resulta una tarea pendiente en América Latina pues los gobiernos actuales y anteriores no han logrado su conquista. Las necesidades más básicas y patentes no han podido ser satisfechas, ni muchos menos las libertades conquistadas. Lo cual, ha generado una especie de agenda política formal, llena de una excelente declaración de buenos deseos e intenciones que en la práctica no se ha conquistado y que poco a poco, pese al discurso de los actuales gobiernos de izquierda que priman en la región, la realidad demuestra que la búsqueda de la igualdad ha quedado rezagada en pro de la “condena a la corrupción”, otro tema pendiente pero que escapa a este trabajo.

Finalmente, somos de la clara idea, que como señala Forsthoff mientras el espacio conquistado se amplíe, el Estado con ayuda de la iniciativa privada puede lograr materialmente la conquista de la igualdad. El apoyo del denominado

57 Cfr. CANTÓN, Octavio, *op. cit.*, p. 14.

58 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 447.

“tercer sector” es fundamental para que la persona pueda alcanzar la más plena felicidad en la protección de sus derechos y en poder optar a las mismas posibilidades de otro que se encuentra en una mejor posición económica, socio-cultural, educativa, étnica, entre muchos más elementos; y que así la búsqueda de la igualdad material deje de ser un pendiente en nuestros países.

VI. Bibliografía

- ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.
- ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *La asistencia y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
- ARA PINILLA, Ignacio. *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho” en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós I.C.E. | U.A.B., Madrid, 1993.
- BULL, *Staatsaufgaben*, ps. 99 y ss.; HÄBERLE, AÖR; 1986, P. 595 (601), citado por SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*
- CANTÓN, Octavio, *Igualdad y derechos. Apuntes y reflexiones*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

- GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010.
- HERZOG, en *HStR*, vol. 3, 58, num. Marg. 28, citado por SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, B de F, Buenos Aires, 2005.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- MANTECÓN, Joaquín, “La libertad de religión como derecho humano”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo” en PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994.
- PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional” en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad material” en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22, septiembre-diciembre, 1995.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Barcelona, 2003.
- SOTELO, Ignacio, *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Principio de igualdad y Estado Social (apuntes para una relación sistemática)*, Universidad de Cantabria - Parlamento de Cantabria, Santander, 2006.

Organizado por:



Auspiciadores Académicos:



Patrocinadores:



ISBN: 978-612-5031-35-8



9 786125 031358

www.ucsm.edu.pe/lberoamericanoConstitucional
xvcidc@ucsm.edu.pe