

# REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO

Significado, importancia y retos  
en la forja del Estado Constitucional peruano



*Coordinador*  
ERNESTO BLUME FORTINI

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ







# **REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO**

Significado, importancia y retos  
en la forja del Estado Constitucional peruano



# REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO

Significado, importancia y retos  
en la forja del Estado Constitucional peruano



*Coordinador*

ERNESTO BLUME FORTINI

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Colección «Publicaciones»  
Ernesto Blume Fortini (Director)

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

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO  
Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional peruano  
Ernesto Blume Fortini (Coordinador)  
Primera Edición: Julio 2021

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2021-08516  
ISBN: 978-612-4464-07-2

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

Impreso en Perú  
Tiraje: 500 ejemplares

Impresión: Q&P Impresores S.R.LTDA.  
Av. Ignacio Merino N° 1546  
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665  
informes@qypimpresores.com



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
DEL PERÚ**

**Presidente**

Marianella Ledesma Narváez

**Vicepresidente**

Augusto Ferrero Costa

**Magistrados**

Manuel Miranda Canales

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES**

**Director General**

Ernesto Blume Fortini

**Director de Publicaciones y Documentación**

Luis R. Sáenz Dávalos



## Contenido

ERNESTO BLUME FORTINI .....	17
<i>Presentación</i>	
ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI .....	21
<i>Anotaciones sobre el control difuso, a propósito del Bicentenario de la República</i>	
ALDO BLUME ROCHA .....	31
<i>El reto pendiente de una Constitución peruana viviente</i>	
ANDRÉS TAPIA GONZALES .....	39
<i>Buscando un derecho constitucional peruano</i>	
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES .....	43
<i>Retos de la jurisdicción constitucional en el Bicentenario</i>	
BRUNO NOVOA CAMPOS .....	51
<i>La Constitución Política como orden social: reflexiones a propósito del bicentenario nacional</i>	
CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE .....	57
<i>Reflexiones constitucionales sobre el Bicentenario</i>	
CARLOS HAKANSSON NIETO.....	65
<i>Doscientos años, doce constituciones y dos tribunales constitucionales</i>	
CAROLINA GARCÉS PERALTA .....	73
<i>El enfoque de género como exigencia para una reforma constitucional en un Estado Social y Democrático de Derecho, de cara a su Bicentenario</i>	

CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS .....	93
<i>Desafíos, avances y la lucha pendiente por consolidar el Estado Constitucional en el Perú, a propósito de su Bicentenario</i>	
CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ.....	101
<i>El significado del Bicentenario en el Derecho Constitucional peruano</i>	
CRISTHOPER YHONATHAN RIVAS ORMEÑO.....	107
<i>Reflexiones sobre la cuestión de confianza a propósito de la crisis política 2016-2019</i>	
DANIEL SORIA LUJÁN .....	115
<i>En busca de un preámbulo y un lema constitucional en el Bicentenario</i>	
DANIEL IRWIN YACOLCA ESTARES .....	125
<i>El reto hacia la legitimidad tributaria y el control de la corrupción en el gasto público en un Estado de Derecho Constitucional de cara al Bicentenario</i>	
DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU.....	135
<i>¿Puede forjarse un verdadero sentimiento constitucional peruano?</i>	
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....	145
<i>Cómo se perdió el Bicentenario en medio de una estulticia generalizada (2016-2021)</i>	
DORIS CAJINCHO YAÑEZ.....	151
<i>Análisis de algunos derechos y principios constitucionales a la luz del Bicentenario en el Perú</i>	
EDITH CARMEN CERNA LANDA.....	159
<i>Sobre el derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida</i>	

EDUARDO HERNANDO NIETO .....	167
<i>¿Constitución sin orden?</i>	
<i>Algunas explicaciones sobre las debilidades del proyecto republicano</i>	
EDWIN FIGUEROA GUTARRA.....	173
<i>Bicentenario, democracia y Estado constitucional</i>	
ELARD RICARDO BOLAÑOS SALAZAR.....	183
<i>Réquiem por el principio de separación de poderes en el Bicentenario de nuestra república</i>	
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA .....	189
<i>¿Resulta hoy la dignidad el mejor sustento de los derechos en el actual Estado Constitucional?</i>	
ERNESTO BLUME FORTINI .....	207
<i>Significado, importancia y retos del Bicentenario para consolidar el Estado Constitucional peruano</i>	
FERNANDO CALLE HAYEN .....	217
<i>Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional ante el Bicentenario</i>	
GERARDO ETO CRUZ .....	225
<i>PERÚ: Qué pasó. Un quinquenio de desvaríos (2016-2021)</i>	
<i>Prolegómenos de un Bicentenario y unas elecciones entre la ética de las convicciones y la ética de la responsabilidad</i>	
GUILLERMO MARTIN SEVILLA GÁLVEZ.....	243
<i>Bicentenario de la Independencia</i>	
<i>Vigencia y trascendencia de los Derechos Fundamentales y de los Procesos Constitucionales de la Libertad</i>	
HELDER DOMÍNGUEZ HARO.....	257
<i>La estructura del poder constitucional y la edad de los partidos políticos ad portas del bicentenario</i>	

HENRY CARHUATOCTO SANDOVAL .....	265
<i>La independencia del Perú: El nacimiento de una República Plurinacional</i>	
HENRY ANTONINO HUERTA SÁENZ .....	275
<i>Propuesta de Bases para una reforma constitucional del Poder Judicial</i>	
HUGO FERNANDO DELGADO ALVIZURI.....	285
<i>La exigibilidad de los derechos sociales como normas programáticas en un Estado Constitucional, retos pendientes de la Justicia Constitucional</i>	
JIMENA ZOILA RODRÍGUEZ MOSCOSO .....	293
<i>El Estado peruano ad portas del Bicentenario</i>	
<i>Un breve análisis sobre su evolución y los desafíos a enfrentar en las relaciones laborales a partir de la Covid-19</i>	
JORGE LUIS CÁCERES ARCE* .....	301
<i>La Crisis Constitucional Republicana, qué no debe imitarse</i>	
JORGE LUIS RIOJA VALLEJOS .....	345
<i>Génesis de la Constitución del Perú</i>	
JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO* .....	353
<i>Reflexiones constitucionales sobre el bicentenario</i>	
<i>Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional de Derecho</i>	
JOSÉ FERNANDO BERRIOS GUTARRA .....	361
<i>Perú rumbo al Bicentenario</i>	
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO .....	367
<i>Los 470 años de fundación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Salamanca de América y ciudadela académica constitucional (A propósito del Bicentenario 1821-2021)</i>	

JUAN ALBERTO CASTAÑEDA MÉNDEZ.....	373
<i>La legitimidad constitucional de los deberes</i>	
JULIO NÚÑEZ PONCE .....	379
<i>El derecho de acceso a internet como derecho fundamental en la Constitución y los servicios públicos digitales</i>	
KATHERINEE ALVARADO TAPIA.....	389
<i>Bicentenario y constitucionalismo peruano ¿El acecho de un futuro aún incierto?</i>	
KRÚPSKAYA ROSA LUZ UGARTE BOLUARTE.....	399
<i>La consagración constitucional de los derechos fundamentales en el Perú Una mirada breve camino al Bicentenario</i>	
LUIS ANDRÉS ROEL ALVA .....	413
<i>Legislar en tiempos de pandemia Una mirada desde adentro del problema</i>	
LUIS BENJAMÍN HERRERA BUSTINZA .....	427
<i>Repensar el Estado: el pueblo como comunidad política y su contenido cultural contemporáneo</i>	
LUIS CASTILLO CÓRDOVA.....	433
<i>El reto de conseguir una relación entre el derecho constitucional y el derecho convencional que promueva la plena realización de la persona</i>	
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA .....	445
<i>La cultura de la legalidad en una República Bicentenario</i>	
MARGOTT PAUCAR ESPINOZA .....	455
<i>Reflexiones en torno a los derechos políticos entre hombres y mujeres en el Perú Bicentenario</i>	

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE.....	463
<i>Reflexiones sobre la presencia de las mujeres en la magistratura constitucional en el marco del Bicentenario</i>	
MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ.....	469
<i>Reflexiones en torno al principio de solidaridad en el constitucionalismo histórico peruano</i>	
MARTÍN D'AZEVEDO GARCÍA.....	481
<i>Nuestro país el Perú en el bicentenario y el sentido de pertenencia</i>	
NADIA PAOLA IRIARTE PAMO .....	489
<i>Reflexiones sobre el régimen de excepción y los derechos fundamentales en el marco del Bicentenario</i>	
NILDA GARAY MONTAÑEZ.....	497
<i>El Bicentenario y lo indígena: El constitucionalismo peruano por construir</i>	
OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA .....	507
<i>La implementación y aplicación del derecho internacional como cuestiones fundamentales para la consolidación del Estado peruano</i>	
OSCAR URVIOLA HANI.....	515
<i>Tribunal Constitucional y equilibrio de poderes</i>	
PATRICIA JANNETT VELASCO VALDERAS .....	523
<i>Ejercicio de las garantías constitucionales en el Perú</i>	
RAFAEL RODRÍGUEZ CAMPOS .....	531
<i>Perú: Elecciones del Bicentenario</i>	
RAÚL CHANAMÉ ORBE.....	539
<i>Reflexiones sobre el Bicentenario: Muchas Constituciones y poca República</i>	



RAÚL GUTIÉRREZ CANALES .....	549
<i>El Bicentenario de la independencia del Perú y el gran reto de la cultura constitucional</i>	
RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS .....	559
<i>La jurisdicción judicial y la jurisdicción arbitral Reflexiones constitucionales en el Bicentenario: Propuestas de reforma en el sistema de Justicia</i>	
RICARDO VELÁSQUEZ RAMÍREZ .....	569
<i>Ensayo a propósito del bicentenario de nuestra independencia ¿Es factible una nueva Constitución Política para el Perú?</i>	
ROBERTO CABRERA SUÁREZ.....	577
<i>Aportes del constitucionalismo latinoamericano para la consolidación de una identidad nacional rumbo al Bicentenario de la Independencia del Perú</i>	
SUSANA TÁVARA ESPINOZA.....	585
<i>El modelo constitucional económico peruano y las propuestas para su reactivación A propósito de las elecciones presidenciales en el Bicentenario</i>	
TULA BENITES VÁSQUEZ .....	597
<i>El derecho a la igualdad rumbo al bicentenario</i>	
VANESSA TASSARA ZEVALLOS .....	605
<i>Ciudadanía virtuosa Un reto pendiente y necesario en el Estado Constitucional peruano</i>	
VÍCTOR GARCÍA TOMA.....	613
<i>La Constitución, el Poder Constituyente y el sentimiento constitucional en el Perú</i>	

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE .....	62I
<i>Límites sustantivos de los poderes interpretativos de los jueces: un estudio pendiente</i>	
VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ .....	63I
<i>Sentimiento constitucional y Bicentenario</i>	
VLADIMIR RODRÍGUEZ CAIRO .....	657
<i>Estabilidad financiera</i>	
<i>Desafío del Estado constitucional peruano para la gestión del riesgo sistémico</i>	
YURI TORNERO CRUZATT.....	667
<i>El legado de los inicios de la judicatura constitucional concentrada peruana en el marco del Bicentenario de la República</i>	

## Presentación

El cumplimiento de doscientos años en la vida de un Estado instituido como organización independiente, no debería ser un suceso baladí. En principio debería tomarse como de absoluta relevancia habida cuenta que por lo menos en teoría, implica evidenciar una cierta dosis de desarrollo y afianzamiento.

Lamentablemente, por motivos en los que ahora no vamos a detenernos, tal objetivo en el caso específico de nuestro país no ha podido ser logrado, como se quisiera o en la forma como los ideales más elementales lo reclaman.

Explicaciones hay muchas y son, sin duda, de diverso orden. Ellas exigen un balance, que si pretende ser objetivo debe abarcar un amplio espectro de variables, que no se condicione a un solo tipo de enfoque. Por lo demás, estamos convencidos que todo diagnóstico que apunte a la búsqueda de soluciones, no solo debe abarcar el plano estrictamente jurídico, aunque es inevitable que este último termine siendo relevante para quienes por formación y compromiso nos desenvolvemos en el mismo.

Un segundo nivel de análisis debe, asimismo, reparar en aquello que con mucho esfuerzo si haya podido lograrse y, en ese sentido, bien valdría relieves la necesidad de apuntar en pro de su fortalecimiento o de la necesidad de garantizarlo. Si, a fin de cuentas, algo se pudo avanzar es preferible no abandonar lo incuestionablemente positivo en búsqueda de lo que pueda resultar aparentemente atractivo o, tal vez, desconocido. Probablemente en ello también resulte indispensable apelar a diversas perspectivas y lo que la experiencia vivida nos haya podido demostrar en la práctica.

Se trata entonces de corregir lo defectuoso, pero también de abogar en pro de lo favorable. Ello exige visiones abiertas o mentalidades propensas al diálogo y a la tolerancia, antes que concepciones basadas en el dogma.

Es precisamente en un escenario como el descrito, que el Centro de Estudios Constitucionales, a la par que dentro de su cotidiano quehacer por divulgar lo que es el Derecho Constitucional en sus diversas parcelas, no ha querido mantenerse al margen de la coyuntura que refleja una fecha tan importante como la marcada por el Bicentenario y ha optado por promover el presente colectivo, con el ánimo de invitar al debate más abierto y constructivo. Se busca con el contenido de esta obra recoger los aportes de un nutrido grupo de académicos peruanos, en la lógica de reflexionar sobre las impresiones que nos pueda suscitar el balance de lo vivido y las inquietudes que el mismo nos pueda despertar. La perspectiva, como no podía ser de otra manera, pretende ser totalmente irrestricta aunque el interés se dirija a diversos aspectos que confluyen en la necesidad de fortalecer nuestro sentimiento nacional y, porque no decirlo, nuestra propia visión desde el lenguaje que nos resulta más cercano y que es precisamente el constitucional.

A fin de que se pueda contar con el mayor número de colaboraciones, se ha procurado que las mismas sean lo más breves posibles, pero al mismo tiempo lo suficientemente plurales en panorama como para que nadie pueda considerarse excluido de argumentar en pro de su propio parecer. Estamos convencidos que es con una visión amplia que pueden concebirse los mejores aportes en la búsqueda de las respuestas a los dilemas que nos plantea nuestra realidad actual.

Agradecemos en este propósito el apoyo con el que desde un inicio hemos contado para su consecución. El primer lugar al respaldo decidido que hemos recibido de nuestros distinguidos colegas integrantes del Pleno del Tribunal Constitucional encabezado por su Presidenta Marianella Ledesma Narváez. En segundo término al inestimable concurso de las Direcciones especializadas que integran el Centro de

Estudios Constitucionales y principalmente la de Publicaciones y Documentación a cargo del profesor Luis Sáenz Dávalos, pues sin su compromiso y responsabilidad hubiese sido bastante difícil sacar un colectivo de esta envergadura en tan poco tiempo. Finalmente y como no podía ser de otra manera, nuestro mayor reconocimiento para todos y cada uno de los académicos que han destinado valiosas horas de sus recargadas agendas para contribuir con sus reflexiones dando lo mejor de sí en cada uno de los estudios que ahora tiene el lector entre sus manos.

Estamos convencidos que los retos que plantea un escenario como el del Bicentenario demandan el concurso de todas las inteligencias de nuestro país. Si a tal propósito se contribuye con una obra como la presente, quedaremos enormemente satisfechos.

**Ernesto BLUME FORTINI**

(Coordinador)

Director General

Centro de Estudios Constitucionales



## Anotaciones sobre el control difuso, a propósito del Bicentenario de la República

✎ ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI\*

**E**n julio de 2021 el Perú habrá cumplido dos siglos de Estado independiente. ¿Cuán cerca o cuán lejos estamos -para recordar los artículos 43 y 44 de la Carta actual- de haber alcanzado los ideales de ser una República democrática, social, independiente y soberana; de haber cumplido los deberes primordiales de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación? En suma, ¿cuánta vigencia efectiva, tras doscientos años de vida republicana, tiene aquella declaración que dice que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado?

21

En estas tareas, ciertamente además de los clásicos organismos políticos como Gobierno y Congreso, la judicatura ordinaria tiene un papel fundamental por cumplir. Y ello se incrementa y resalta dentro del contexto de constitucionalización del derecho y de la política, en el que el juez ordinario no solo es el cotidiano contralor de la Constitución, sino que debe ser su más fuerte protector. El juez está llamado a concretar las distintas estipulaciones de la norma fundamental, sobre todo en lo que se refiere a los derechos fundamentales, y materializar la defensa de la dignidad humana como eje central de la sociedad y del Estado.

---

\* Profesor Ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Por ello, a propósito del bicentenario de nuestra República, como fecha más de reflexión y tarea pendiente que de celebración, presento en las líneas que seguirán a continuación un sencillo y breve recorrido histórico-normativo y jurisprudencial sobre una prerrogativa jurisdiccional esencial: el control de la constitucionalidad normativa.

Destacamos del *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137 1803) que el juez es el primer defensor de la Constitución. La Suprema Corte de Justicia norteamericana, bajo la presidencia de John Marshall, estableció como precedente la fórmula del control difuso de constitucionalidad normativa: en caso de colisión entre la Constitución y una ley (de incompatibilidad por vicio de procedimiento y/o de contenido), los jueces siempre deberán preferir la primera.

La primera recepción peruana de la *judicial review* no demoró, aunque fue muy breve: la Constitución de 1856 (dada por el mariscal Ramón Castilla, en ese entonces presidente provisorio de la República), dispuso en su art. 10 que “*Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución*”. Esta prescripción no fue contemplada en la siguiente Carta (de 1860, también promulgada por Castilla, en esa época ya Presidente Constitucional) ni en las posteriores hasta la de 1979.

22

La segunda recepción fue en el orden infraconstitucional. El Código Civil de 1936 estableció en el art. XXII de su Título Preliminar que: “*Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera*”. Sin embargo, el que esta disposición estuviese plasmada en una norma de rango legal y no constitucional obró en contra de su eficacia, así como también se pretextó tanto la necesidad de reglamentación para ser aplicada cuanto su alcance circunscrito solo al derecho privado (Fernández Segado, 1999, pág. 409).

Considerable tiempo después, el control difuso fue establecido en la Carta de 1979 y esta figura se mantiene hasta la actualidad. De esta manera, el art. 236 de la Constitución de 1979 contempló la *judicial review* en los siguientes términos: “*En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna*”.



Similar previsión es la contenida en el art. 138 (2do. pár.) de la actual Constitución: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*. A esta fórmula amplia y general, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) cuanto el Código Procesal Constitucional (CPCt) le han establecido importantes precisiones.

Nuestro modelo prevé el mecanismo de la consulta para el ejercicio de control difuso de normas legales en cualquier proceso (no es obligatorio en aquellas infralegales). Así, de acuerdo con el art. 14, 2do. pár., del TULO de la LOPJ: *“Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación”*.

Para la Corte Suprema, la consulta es una institución procesal a través de la cual la sala suprema se encarga de evaluar los fundamentos esbozados en la decisión de inaplicación de una norma legal dictada por los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía (Consulta 10116-2014-LIMA, f. 2).

Ahora bien, si el Tribunal Constitucional es el organismo de control final de la Constitución, siendo además la materia constitucional parte de su quehacer jurisdiccional propio y permanente, la inaplicación judicial de una norma jurídica por estimarla inconstitucional debiera ser también objeto de su revisión, y no una sala suprema del Poder Judicial. En ese sentido, pudo haberse modificado la LOPJ para actualizar una norma surgida, inclusive, durante la vigencia de la Carta de 1979, y así eliminar una aislada competencia constitucional a una Corte Suprema que, pese al título de su sala, de los siete procesos constitucionales existentes solo conoce uno (el de acción popular y en segunda instancia). No obstante, el CPCt remite sin mayor reparo, en su art. 3, los casos de amparo contra normas autoaplicativas a las reglas de la consulta ante la Corte Suprema.

Adicionalmente, el art. VI del Título Preliminar del CPCt regula tres prescripciones específicas para el ejercicio del control difuso:

relevancia, interpretación conforme y respeto por el intérprete final. De esta manera, la inaplicación de una norma únicamente podrá darse si ella es relevante para resolver la controversia, no pueda ser posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, y su constitucionalidad no haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o de acción popular.

Por el criterio de relevancia se invoca la necesidad de que el juez ejerza con autorrestricción el gran poder que significa inaplicar una norma legal. En este sentido, el ejercicio del control difuso no puede ser amplio, sino específicamente circunscrito a la norma que tiene que aplicar para resolver la controversia, por lo que le “(...) está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes” (Exp. 01679-2005-AA/TC, f. 6). De esta manera, es en función de las circunstancias particulares del caso bajo análisis del juez que surge el deber de no aplicar la norma legal prevista para resolver controversia, porque precisamente resulta contraria a la Constitución.

El juez es el defensor de la Constitución y por eso cuenta con la potestad de ejercer control difuso. Pero ello no debe significar inobservar sin más el principio de división y balance de poderes, que se traduce en una prudente autorrestricción como en el respeto por el principio democrático expresado en la libre configuración de la ley (Landa Arroyo, 2013, pág. 44 y ss.). En ese sentido, si bien la Norma Fundamental establece dicha potestad para todo juez en cualquier proceso, el CPCt, como se ha visto, delimita y modula los alcances de su ejercicio.

Por la interpretación conforme con la Constitución -sobre la base de la distinción entre los conceptos de disposición y norma-, de los múltiples sentidos interpretativos que se pueden adscribir a un enunciado jurídico, el juez deberá preferir aquel que salve su constitucionalidad. Aquí se suma también el principio de conservación de la ley, por lo que el juez no podrá inaplicar una norma jurídica si es posible otorgarle un sentido interpretativo que la haga compatible con la Norma Fundamental.

Desde luego, como se ha observado con facilidad en la jurisprudencia constitucional, en este ejercicio el juez podrá ser más o menos amplio,

pues estamos en los planos de la argumentación jurídica, en los que se construirá un sentido interpretativo compatible con la Constitución, a la vez que se descartará otro u otros. Ahora bien, esta exclusión supone una forma de inaplicación, pues inevitablemente la norma objeto de control será impactada por sus nuevos alcances de interpretación conforme.

De esta manera, en términos de diseño normativo, convendría evaluar si la consulta -que, como ya se indicó, resulta pertinente recayese en el Tribunal Constitucional- también debiera comprender a los casos de interpretación conforme en los cuales el juez ha expresado el sentido interpretativo que estima compatible con la Constitución y aquellos otros que aprecia incompatibles. Ello permitiría que el organismo de control, en tanto se han inaplicado alcances de una norma, evalúe la validez de dicho ejercicio de interpretación conforme.

Un último elemento por comentar del CPCt es la prohibición de inaplicar una norma si su constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en uno de acción popular. Esta restricción es, desde luego, coherente con el diseño de un intérprete final o de cierre, así como es complementada con el papel de intérprete final o de cierre que le corresponde, a su vez, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuya interpretación vinculante habrá de prevalecer sobre el derecho interno.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por dicho organismo, "(...) no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa" (Exp. 01679-2005-AA/TC, f. 9).

A esta excepción, el Tribunal Constitucional anota dos supuestos más en los que no rige la restricción del CPCt. Primero, cuando el alto colegiado haya "(...) que la aplicación de la ley, en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional"; y segundo,

cuando “posteriormente el Congreso modifica la Constitución (...) pudiendo dar lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley” (Exp. 01679-2005-AA/TC, f. 9).

Además de lo señalado, a los límites que establece el CPCt, el Tribunal Constitucional ha especificado uno adicional en los casos del amparo contra normas legales: quien plante la inaplicación debe acreditar el agravio directo que le haya causado o pueda causarle “en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso y que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario” (Exp. 01679-2005-AA/TC, f. 7).

Asimismo, la Corte Suprema, reiterando los acuerdos del I Pleno Jurisdiccional en materia Constitucional (2015), ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces del Poder Judicial, las siguientes reglas:

26

- 1) *Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales.*
- 2) *Realizar un juicio de relevancia, donde solo se inaplique una norma cuando es la vinculada al caso.*
- 3) *Efectuar una labor interpretativa exhaustiva.*
- 4) *Identificar los derechos involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual de nivel de exigencia. (Consulta 1618-2016-LIMA NORTE, f. 2)*

Por su parte, en el plano de la regulación ordinaria, tenemos que

- El TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, reitera esta potestad jurisdiccional en el inciso 1 de su art. 9.
- La Ley 28036, Ley de promoción y desarrollo del deporte, en una redacción bastante confusa, menciona el control difuso

como criterio a tomarse en cuenta para que el Consejo Superior de Justicia Deportiva y Honores del Deporte elabore su reglamento (art. 53).

- El Reglamento de la Ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, extiende la potestad del control difuso a los vocales, jueces y fiscales del Fuero Militar Policial (art. 12), fuero que tiene en nuestro modelo naturaleza jurisdiccional independiente de la ordinaria (art. 39, inc. 1, de la Constitución).

En el caso de los órganos colegiados administrativos, observamos que:

- El Estatuto del Tribunal Administrativo de la CONASEV establece dicha potestad para su colegiado (Resolución 030-2007-EF-94.10, art. 8, literal t);
- La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, por el contrario, la excluye de manera expresa: “5.- *Contenido: Los Registradores no pueden observar y/o tachar, invocando el control difuso administrativo, los títulos que contienen las solicitudes de inscripción de las Resoluciones que emita la Superintendencia de Bienes Nacionales*” (Resolución 370-2003-SUNARP-SN, que aprueban la Directiva que establece norma para la inscripción de resoluciones que emita la SBN en aplicación de lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Ley 27333).

Es interesante mencionar también que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (CEBB) presenta un carácter especial. Actualmente, cuenta con competencia para la “*eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad*” (Decreto Legislativo 1033, art. 23), por lo que ordena su inaplicación (Decreto Legislativo 1256, art. 6.1) al caso concreto a favor del denunciante (art. 10.1); e inclusive la dispone con efectos generales en los casos de ilegalidad materializados en disposiciones administrativas (art. 8.1).

Las normas citadas no utilizan las voces “control difuso”, pero aplican materialmente el concepto, que no es otro que el de preferir la norma general o superior sobre la norma específica o inferior, por estimar a esta última incompatible respecto de la primera. Por ello, este concepto debe interpretarse sistemáticamente con la disposición contenida en el art. 11 de la misma norma, que señala que, frente a las barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad contenidas en normas jurídicas, el Indecopi puede, según corresponda, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga demanda de inconstitucionalidad contra las normas municipales y regionales de carácter general, o, directamente, interponer demanda de acción popular contra decretos supremos u otras normas de inferior jerarquía a fin de lograr su derogación o nulidad.

Para el Tribunal Constitucional, en posición que no comparto, la CEBB no ejerce control difuso sino aplicación de una competencia legal. Para el colegiado, cuando esta entidad “(...) *inaplica* una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad (...) y resuelve tal antinomia en virtud del principio de competencia excluyente (...). Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución” (Exp. 00014-2009-PI/TC, f. 25).

Ahora bien, otro elemento importante que destacar respecto del control difuso es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido favorable a extender la potestad del control difuso a escenarios más allá del ámbito judicial ordinario en sentido estricto. Para el alto colegiado, también se encuentran habilitados a ejercer control difuso de constitucionalidad normativa: (a) los magistrados del propio Tribunal Constitucional (Exp. 002-96-I/TC) y los árbitros (Exps. 6167-2005-PHC/TC y 00142-2011-PA/TC).

En este listado el Tribunal Constitucional también había incluido a los tribunales administrativos u órganos colegiados que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo,

que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados (precedente vinculante, Exp. 3741-2004-AA/TC, f. 50; y resolución aclaratoria, f. 3). Sin embargo, este precedente fue dejado sin efecto tiempo después (Exp. 04293-2012-PA/TC).

Asimismo, para el TC no solamente corresponde el control difuso sobre normas de alcance general, de leyes en sentido amplio, sino también respecto de normas estatutarias de carácter privado (Exp. 6730-2006-AA/TC, f. 10). Esto último bajo la consideración de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, por la cual estos últimos resultan igualmente vigentes en las relaciones entre particulares.

Finalmente, resulta importante anotar que el control de convencionalidad es también un ejercicio de control difuso, por el cual el juez inaplicará el derecho interno, incluidas las prescripciones constitucionales, a favor del derecho interamericano de los derechos humanos. Para la Corte IDH, el juez nacional -que, como se ha dicho al inicio, debe ser el primer defensor de la Constitución- es también un juez interamericano y, en tanto tal, el defensor del ordenamiento jurídico convencional, por lo que se encuentra obligado a inaplicar el ordenamiento jurídico nacional que le resulte contrario (Santofimio Gamboa, 2017, pág. 457 y ss.).

Como lo ha señalado la Corte IDH, “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella” (Almonacid Arellano vs. Chile, sentencia, 2006, par. 123). Por ello, “debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete ultima de la Convención Americana” (par. 124).

Pero esto no queda aquí solamente. Citando los casos Vélez Loor vs. Panamá (2010), Fernández Ortega y otros vs. México (2010) y Gelman

vs. Uruguay (2011), Santofimio Gamboa señala que “Si bien en su formulación inicial el control de convencionalidad se recondujo al ámbito judicial, en posteriores desarrollos jurisprudenciales se han fijado claros precedentes que ubican este tipo de control en cabeza de todas las autoridades públicas del Estado” (2017, pág. 471).

Esto nos lleva a señalar la particular situación no solo de los tribunales administrativos peruanos, sino de toda la administración pública estatal, de encontrarse prohibidos, por mandato del Tribunal Constitucional, de ejercer control difuso, pero, a su vez, por prescripción de la Corte IDH, a ejercer control de convencionalidad. A la luz de esta jurisprudencia interamericana, seguramente el Tribunal Constitucional tendrá ocasión de actualizar los alcances de su prohibición.

A doscientos años de vida republicana, las autoridades nacionales, y no solamente los jueces constitucionales y ordinarios, están llamados a defender, en el ejercicio de su quehacer concreto, tanto la Constitución como sistema convencional de los derechos humanos.



## Bibliografía

1. Fernández Segado, F. (1999). El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado. *Pensamiento Constitucional*, 401-443.
2. Landa Arroyo, C. (2013). Estudio Preliminar. En M. Tushnet, *Constitucionalismo y Judicial Review* (pp. 19-56). Lima: Palestra Editores.
3. Santofimio Gamboa, J. (2017). *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ideas fuerza rectoras*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



# El reto pendiente de una Constitución peruana viviente

✍ ALDO BLUME ROCHA\*

## 1. Introducción

No cabe duda que una de las reflexiones clave que cabe realizar con ocasión del bicentenario de nuestra república radica en constatar la poca identificación por parte de la mayoría de la población peruana con la Constitución Política, lo que ha llevado a que uno de los ejes de discusión del actual proceso electoral haya sido no solamente la reforma de la Constitución sino inclusive la expedición de una nueva Carta Magna. En ese sentido, resulta no solamente un ejercicio de curiosidad académica sino un deber como ciudadano identificar y analizar las posibles causas que motivan esta falta de identificación entre los ciudadanos y la Constitución así como plantear posibles alternativas de solución frente a este problema.

31

En este contexto, el propósito del presente trabajo es plantear una hoja de ruta para la consolidación de un sentimiento constitucional en la ciudadanía tomando como referencia el concepto de “living Constitution” o Constitución viviente desarrollado en la literatura estadounidense. Considero que esta corriente doctrinaria, en la medida en que propugna precisamente una lectura dinámica de la Constitución a efectos de adaptarla a las circunstancias puede jugar un rol clave en la adaptación de nuestra Constitución a nuestra compleja y cambiante realidad. Estimo que la experiencia estadounidense constituye un referente importante por

---

\* Máster in Laws (LLM) por la Universidad de California, Berkeley, y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

cuanto se trata de un país que, a pesar de haber atravesado inclusive una guerra civil, ha mantenido la Constitución suscrita desde su fundación.

En este punto cabe aclarar que no pretendo en modo alguno aplicar al pie de la letra las doctrinas estadounidenses sino meramente tomarlas como parámetro de referencia. Uno de los problemas que justamente es común en nuestro ordenamiento jurídico es la introducción de múltiples instituciones creadas en realidades distintas a la nuestra, como ha ocurrido precisamente con nuestra forma de gobierno que representa, en término acuñado por el distinguido doctor García Belaunde, un presidencialismo atenuado o parlamentarizado<sup>1</sup>, en la medida en que al régimen presidencial se le han insertado instituciones propias de un régimen parlamentario, como es el caso del voto de confianza. Por tanto, lo que propongo es simplemente tomar en cuenta las lecciones aprendidas por la experiencia estadounidense y analizar su utilidad respecto al problema de falta de identificación constitucional que tenemos en el Perú.

32

De otro lado, planteo también una reflexión acerca de los alcances del concepto de lealtad constitucional, el cual no solamente debería ser tomado en cuenta respecto del ejercicio de las competencias de los distintos órganos estatales sino también como un deber ciudadano por cuanto, de conformidad con el artículo 38° de la Carta Magna, todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución.

Por último, sostengo que el camino para que la Constitución peruana sea verdaderamente una “Constitución viviente” y se consolide en forma definitiva el Estado Constitucional de Derecho en nuestro país no radica en la elaboración de una nueva Carta Magna sino en la asunción por parte de la ciudadanía de los valores cívicos y democráticos. Asimismo, ello debe ir acompañado de una Constitución que sea lo suficientemente flexible como para adaptarse a la realidad y a las circunstancias en las que tiene lugar su aplicación, para lo cual resultan útiles tanto la interpretación de la Constitución que realiza el Tribunal Constitucional en su

---

1 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Evolución y características del presidencialismo peruano”. En: *Pensamiento Constitucional*. Año XIII. N° 13. Lima: PUCP, 2008, pp. 95-110.

rol como contralor de la constitucionalidad como los procedimientos de reforma previstos por la misma Constitución.

## **2. La Constitución viviente o *living Constitution***

Si bien es cierto que la idea de Constitución encierra en sí misma la idea de rigidez, en el sentido de que al ser la norma fundamental de un ordenamiento jurídico no puede ser modificada de la misma manera en que ocurre con una norma legal, ello no debe ser entendido en términos absolutos al punto de colocar a la Constitución como una tabla escrita en piedra que debe permanecer estática en el tiempo. En la medida en que la Constitución, como norma jurídica, tiene una naturaleza instrumental ya que representa un medio para que los seres humanos podamos organizarnos y vivir pacíficamente en sociedad, no debe ser percibida como un fin en sí misma y tiene que adaptarse a la realidad en que corresponde ser aplicada.

En ese sentido, en el Derecho estadounidense hay un constante debate en lo que respecta a la interpretación de la Constitución entre los que propugnan el originalismo y los que propugnan más bien la idea de la Constitución viviente (*living Constitution*). Para los primeros es central la idea de la autolimitación y de la certeza en la interpretación de la Carta Magna, de modo tal que se privilegia la literalidad del texto constitucional así como la intención de los Padres Fundadores (*Founding Fathers*). En otras palabras, la Constitución es interpretada de conformidad con la intención de sus autores y del contexto vigente en el momento en que la Constitución fue suscrita, es decir, las circunstancias correspondientes a 1787. Tal vez uno de los mejores exponentes de esta corriente de pensamiento es el juez Antonio Scalia, miembro de la Corte Suprema de Justicia los Estados Unidos, para quien apartarse del originalismo implicaba conceder a los jueces un margen de discrecionalidad muy amplio en la interpretación de la Constitución, lo que entrañaba el peligro de que los jueces se sintieran con derecho a decidir asuntos que correspondían ser determinados por la voluntad popular.

Para los segundos, en cambio, es central la idea de que la Constitución sea permeable a los cambios y pueda adaptarse al contexto social en que corresponde ser aplicada. La expresión de Constitución viviente hace referencia precisamente a la metáfora de entender la Constitución

como un organismo vivo que crece en el tiempo, que evoluciona y que se adapta a las circunstancias a las que tiene que hacer frente. Este principio es descrito de manera más adecuada por el juez Holmes, también miembro de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien en el caso *Missouri v. Holland*, mencionó lo siguiente:

“Cuando lidiamos con palabras que representan también un acto constituyente, como es el caso de la Constitución de Estados Unidos, debemos darnos cuenta que se le ha dado vida a un órgano cuyo desarrollo no podría haber sido previsto ni siquiera por el más dotado de quienes lo engendraron”<sup>2</sup>.

34 Considero que el ideal que propugna la teoría de la Constitución viviente (living Constitution) resulta clave en el marco del balance y reflexión que corresponde hacer en el marco del bicentenario de nuestra república por cuanto representa un ideal a alcanzar. En el caso de Estados Unidos observamos cómo es que una Constitución elaborada en el siglo XVIII ha podido desarrollarse y evolucionar por medio de sendas reformas y de la labor interpretativa por parte de la Corte Suprema de Justicia, permitiendo una solución de continuidad entre el proyecto diseñado por los Padres Fundadores y un país que se ha erigido al menos en la segunda mitad del siglo XX como la primera potencia mundial; mientras que, en el caso del Perú, observamos que tal desarrollo constitucional no ha sido posible por cuanto no ha habido continuidad ni estabilidad respecto de los proyectos constitucionales, los cuales han representado en la mayoría de las ocasiones vías de legitimación del poder político antes que la verdadera consolidación de un proyecto de país.

En ese sentido, un reto pendiente que tiene nuestro país en el marco de su bicentenario consiste en lograr por fin la consolidación del proyecto republicano, de modo tal que la Constitución deje de ser percibida como

---

2 “When we are dealing with words that are also a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize they have called into life a being the development of which could not have foreseen completely by the most gifted of its begetters”. Traducción realizada a partir de la cita contenida en: TRACZ, Eliot. “Doctrinal Evolution and the Living Constitution”. *University of Dayton Law Review*, Winter 2017, p. 258.

mera declaración retórico o como un instrumento que ratifica la permanencia de un *status quo* determinado sino que represente más bien una verdadera Carta Magna en la cual todos los peruanos nos sintamos representados e identificados. En otras palabras, tras doscientos años de república, es imprescindible lograr que la Constitución efectivamente perdure en el tiempo y se desarrolle y evolucione como un organismo vivo.

### **3. El deber cívico y la lealtad constitucional**

Lograr que la Constitución de nuestro país se convierta efectivamente en un organismo vivo demanda por parte de los ciudadanos el cumplimiento a cabalidad del artículo 38° de la Constitución, el cual impone a todos los peruanos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución. En ese sentido, es importante tomar en cuenta que la consolidación de nuestra república demanda que los ciudadanos no solamente sean conscientes de sus derechos sino también de sus deberes, dentro de los cuales está precisamente el respeto y la defensa de la Carta Magna.

Este deber ciudadano guarda estrecha correlación con el principio de lealtad constitucional, el cual sirve de parámetro para el adecuado ejercicio de las competencias estatales. Así, en el caso de los diferentes niveles de gobierno, este principio, conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional en la STC N° 00011-2008-PI/TC, impone a cada sujeto institucional el deber de ejercitar sus propias competencias teniendo en cuenta los efectos que sus decisiones pueden ocasionar en otros niveles constitucionales, pues de lo contrario se hablaría de entes autárquicos<sup>3</sup>.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 00029-2018-PI/TC, en concordancia con lo establecido también en la STC N° 0006-2018-PI, ha precisado que el principio de lealtad constitucional no solamente demanda el respeto a las funciones y a las competencias ajenas sino que orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política<sup>4</sup>.

---

3 STC N° 00011-2008-PI/TC, fundamento 28.

4 STC N° 00029-2018-PI/TC, fundamento 100.

En ese sentido, el bicentenario de nuestra república constituye una ocasión propicia para renovar nuestro compromiso de respeto y defensa de la Constitución, conforme a lo establecido en el artículo 38° de la Carta Magna; así como una oportunidad para que quienes ejercen competencias estatales se comprometan decididamente a actuar en función del interés nacional y no de intereses particulares o subalternos, en el marco del principio de lealtad constitucional.

#### **4. Posibles medidas de aproximación**

Así, para enfrentar este desafío de hacer de la Constitución no solamente un instrumento de legitimidad del poder político de turno sino una verdadera Constitución viviente respetada y garantizada por gobernantes y gobernados, propongo a modo de hoja de ruta preliminar para el Perú tomar acciones tanto en el plano de la educación cívica como en el plano institucional.

36

Considero que el hecho de que el cambio de Constitución se haya erigido en uno de los ejes de campaña en el presente proceso electoral revela, además de un reclamo generalizado respecto a la situación de desigualdad social y económica existente en nuestro país, un desconocimiento por parte de grandes sectores de la población acerca del concepto de Constitución y de lo que esta representa. Esto último se ha visto en parte agravado por la actitud irresponsable de varios candidatos, quienes han proclamado el cambio de Constitución como la panacea que va a solucionar automáticamente los graves problemas por los que atraviesa el país.

En este contexto resulta urgente tomar acciones en el plano educativo a efectos de que se cumpla a cabalidad lo establecido en el artículo 14° de la Constitución, el cual establece que la formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La consolidación de la Constitución del Perú como Constitución viviente requiere de ciudadanos comprometidos con su cumplimiento y con su defensa, por cuanto los cambios normativos son insuficientes si es que no son acompañados por el compromiso ciudadano.

De otro lado, es importante aclarar que el cambio de Constitución debe ser considerada como una alternativa de *ultima ratio* que a mi criterio no corresponde ser puesta en práctica cuando ni siquiera se cumple a cabalidad con los estándares establecidos por la Constitución actual. Es evidente que nuestra Constitución requiere de cambios que hagan posible su adaptación a los retos y desafíos que le impone el siglo XXI, pero hay vías válidas para tales cambios, como lo son el ejercicio de la interpretación constitucional y de la reforma constitucional. Lo primero representa, como bien lo señala Konrad Hesse<sup>5</sup>, la concreción de la Constitución en la realidad a efectos de solucionar los problemas de los ciudadanos. Lo segundo representa el camino institucional a través del cual corresponde realizar en forma civilizada y responsable los cambios que demanda la adaptación de la Constitución a los cambios en las circunstancias sociales y políticas.

Considero que es a través de tales vías que es posible llegar a cumplir con el ideal de la Constitución peruana como órgano viviente. Tras doscientos años de experiencia republicana es imperativo romper con el círculo vicioso y destructivo de nuevas constituciones y es necesario el compromiso de todos los ciudadanos por hacer de nuestra Constitución el corazón palpitante de nuestra sociedad.

## **5. Conclusión**

En síntesis, en el bicentenario de nuestra república no queda más que constatar que la consolidación del Estado Constitucional de Derecho es todavía un reto pendiente en nuestro país. En ese sentido, el ideal planteado por la experiencia estadounidense por medio de la Constitución viviente resulta un parámetro fundamental a tomar en cuenta a efectos de lograr la consolidación de la Constitución peruana como documento normativo que sea objeto de identificación, respeto y defensa por parte de todos los ciudadanos.

---

5 HESSE, Konrad. “La interpretación constitucional”. En: AA.VV. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: CEC, Reimpresión 2012, p. 34.





## Buscando un derecho constitucional peruano

✎ ANDRÉS TAPIA GONZALES\*

**A** pocas semanas de conmemorarse el Bicentenario de nuestra independencia, se impone la necesidad de realizar un balance sobre el desarrollo del derecho constitucional en nuestra patria pero en relación a dicho contexto. Este análisis no podría ser realista si dejáramos de lado las circunstancias históricas, políticas, económicas y sociales que acompañaron y hasta determinaron el desarrollo de esta especialidad jurídica pues el derecho es un fenómeno social y como tal importa realizar un enfoque integral.

39

La historia del derecho constitucional en nuestra patria es la historia de sus acontecimientos históricos y sociales, de sus convulsiones y desgarros, de su necesidad de conseguir cual adolescente recién emancipado, su propia identidad. Así, España urgida por la necesidad de mantener la integridad de su imperio amenazada por los ecos de las revoluciones norteamericana y francesa de la segunda mitad del siglo XVIII que inspiraron mayores deseos independentistas en sus colonias, pero sobre todo por el recuerdo de la magnitud de la revolución de Túpac Amaru II de pocas décadas atrás, convocó a las Cortes de Cádiz de 1812, para que los representantes de la metrópolis y sus dependencias, redacten una Constitución.

Esta Constitución buscó reforzar por lo menos en el pleno teórico, la idea de que aquella era la norma suprema, aunque no existían aún las garantías procesales de su tutela. Nótese que en 1789, casi veintitrés años

---

\* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

atrás, se había aprobado como fruto de la Revolución francesa, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, documento fundamental que reconoció a la razón como base del derecho de los individuos y no a la voluntad de los reyes. Por otro lado, nueve años atrás, en 1803, se había dictado la famosa sentencia norteamericana *Marbury vs. Madison* que dio carta de ciudadanía al judicial review, conforme al cual los jueces podían realizar el control de la constitucionalidad prefiriendo la aplicación de la Constitución por sobre normas de inferior jerarquía que se opusieran a su contenido. Como se puede apreciar, los acontecimientos históricos-sociales determinaron la idea de que los seres humanos tenían derechos por el solo hecho de serlos gestándose paralelamente el concepto moderno de Estado-nación que se contraponía a la idea del Estado-monarquía propio del oscurantismo y el medioevo.

Las sucesivas Constituciones de nuestra patria en casi todo el siglo XIX solo consagraron en la letra, el principio de supremacía constitucional, pero sin asegurar un medio procesal idóneo para su tutela. El *habeas corpus*, fue aplicado de forma omnicompreensiva para tutelar no solo la libertad individual sino los demás derechos fundamentales. Recién con la Constitución de 1979, el amparo adquiere junto al *habeas corpus* carta de ciudadanía pues con anterioridad a ella, surgió asombrosamente dentro del período de un gobierno militar para resolver los conflictos propios de la Reforma Agraria en cuanto a las indemnizaciones económicas. Con la Constitución de 1993, nacen los procesos de *habeas data*, de cumplimiento, Acción Popular, de Inconstitucionalidad y el Competencial, tal como los conocemos hoy.

Puedo advertir que ha existido mucha producción teórica constitucional, por parte de importantes académicos peruanos que ha contribuido a consolidar esta trascendental disciplina del derecho. Sin embargo, noto que existe con evidente buena fe, mucho eurocentrismo. Es muy importante nutrirnos de las categorías y conceptos desarrollados por connotados doctrinarios europeos pero el reto consiste en crear un derecho constitucional peruano, para lo cual se requiere en general, de un especial énfasis en la consolidación de la identidad nacional y en particular, de una identidad nacional jurídica. Este es el reto para el Bicentenario en

cuanto a la disciplina constitucional en el Perú, refundar las bases de la creación teórica nacional, no por un prurito chauvinista sino por la necesidad de encontrar soluciones propias para problemas propios y aportar al mundo, respuestas sobre la reflexión de lo razonable que nos exigen los signos de los actuales tiempos.

Una clave, es partir de preguntarnos qué somos luego de 200 años de emancipación política. Creo que somos un país viejo que no deja aun su adolescencia, que no encuentra aun una definición clara y completa de sí mismo. Si le preguntamos a un ciudadano Uro qué es el Perú de seguro que ensayará una respuesta distinta a un ciudadano bora o aguajún. Somos una mezcla hermosa de culturas que cual ríos tributarios, están en proceso de forjar una identidad general. Y el derecho no escapa a este fenómeno social. No existirá un derecho constitucional peruano consolidado y forjado en tanto no reflexionemos qué nos distingue históricamente de otras sociedades, mientras no estudiemos a profundidad no solo la historia del derecho peruano sino principalmente nuestra historia en general.

Creo que la consolidación de un derecho constitucional peruano de cara al Bicentenario tiene mucho que ver con el legado de convivencia social de nuestros pueblos originarios. Sean uros, boras, aguajún, aymaras o quechuas, el hilo imbricador de todas estas culturas es el respeto especial por la naturaleza, esa cosmovisión de vivencia armónica con la Pachamama, considerando a la naturaleza como un ser vivo que merece absoluto respeto. Se impone entonces el estudio profundo de esa cosmovisión que se forja en la vida comunitaria y solidaria del hombre andino en los ayllus, desde antes de la llegada de los españoles. A modo de conclusión y congruente con esta visión y legado, encuentro entonces un reto enorme cual es desarrollar de mejor manera la tutela del derecho a un medio ambiente adecuado para la vida. Esta podría ser una línea de reflexión para desarrollar un derecho constitucional peruano, de cara al futuro pero partiendo de nuestras raíces históricas.



# Retos de la jurisdicción constitucional en el Bicentenario

✉ BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES\*

## 1. El derecho procesal constitucional

Para el profesor PABLO LUCAS VERDÚ el Derecho Procesal Constitucional “es la disciplina jurídica que tiene por objeto decidir, de modo imparcial, con arreglo al derecho objetivo y mediante los procedimientos y órganos especiales establecidos, el cumplimiento, tutela y aplicación de las normas constitucionales”.

43

Con fines académicos y prácticos, el Derecho Procesal Constitucional es calificado por la doctrina nacional y extranjera como una rama del Derecho Constitucional vinculada a la actividad procesal de defensa de la Constitución que comprende la defensa de los derechos fundamentales de las personas y el aseguramiento de la supremacía constitucional.

El Derecho Procesal Constitucional es esencialmente –o tiene como contenido– el *Derecho de la Jurisdicción Constitucional*, conformado por dos áreas claves: la Magistratura Constitucional y los Procesos Constitucionales.

- Por *Magistratura Constitucional* se entiende al órgano u órganos de la Jurisdicción Constitucional encargados de la defensa de los derechos fundamentales de la persona y del aseguramiento de la supremacía constitucional; encargatura que en la realidad

---

\* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Abogado de la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: blopez911@icloud.com.

del caso Peruano, por mandato expreso de la Constitución, recae en el Poder Judicial (mediante el ejercicio del control difuso de la Constitución) y en el Tribunal Constitucional (mediante el ejercicio del control concentrado de la Constitución).

- Por su parte, los *Procesos Constitucionales* se ocupan de proteger los derechos fundamentales de las personas (jurisdicción constitucional de la libertad) y asegurar el principio de supremacía constitucional (jurisdicción constitucional orgánica). Respecto a esto, el profesor Argentino NÉSTOR SAGUÉS, sostiene que es la materia constitucional la que genera el proceso constitucional y no el órgano u órganos que resuelven el conflicto; en razón de que pueden existir países que en sus constituciones recojan los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, inconstitucionalidad, etc, pese a no verse estructurado un Tribunal Constitucional especializado para resolverlos.

## 2. El Tribunal Constitucional peruano

Se define como el órgano de control de la Constitución (primer párrafo del artículo 201° de la Constitución). Siguiendo al profesor LUIS CASTILLO, “en estricto la Constitución no es lo que se controla, sino lo que se controla son las diferentes situaciones o actos que tienen la potencialidad de atacar la Constitución”, por lo tanto, “se debe entender como el órgano supremo de control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”.

Se trata de un órgano autónomo e independiente, compuesto por siete miembros, los mismos que son elegidos por el Congreso con una votación de al menos dos tercios del número legal de congresistas, es decir, al menos con 87 votos (cuarto párrafo del artículo 201° de la Constitución).

Cierto sector de la doctrina Alemana, considera que una condición previa a buscar en los candidatos a miembros del tribunal constitucional es *su imparcialidad (independencia política) y su especialización*, ya que cumpliéndose con estas condiciones previas, el tribunal constitucional se acercará a ocupar una posición legítima en el *sistema de control y balance de los poderes*.

Más allá del filtro de la imparcialidad y la especialización, considero que resulta de mayor trascendencia que el candidato esté revestido del *valor supremo de justicia*; que este impregnado de cualidades humanas; que sea sensible a las realidades de los justiciables; ello en razón que tal como está estructurado el sistema de impartición de justicia en el Perú, el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre de los conflictos intersubjetivos.

Por todo lo dicho, el Tribunal Constitucional puede y debe controlar la actividad normativa del poder político, produciendo la derogación de normas, e incluso inaplicándolas cuando conoce de un caso distinto al de una acción de inconstitucionalidad. Controla también los demás actos del poder y de los ciudadanos declarándolos ineficaces en la medida que contravienen la Constitución por agredir o vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

### **3. Los procesos constitucionales**

FIX ZAMUDIO, distingue dos tipos de tarea jurisdiccional constitucional: la llamada jurisdicción constitucional de la libertad y la jurisdicción constitucional orgánica.

- La Jurisdicción Constitucional de la Libertad, comprende aquellos procedimientos -o procesos- destinados a afianzar los derechos fundamentales que emergen de manera expresa o tácita del texto constitucional. Esta jurisdicción, tiene como finalidad la efectiva vigencia y respeto los derechos inherentes de la persona, en vista que esos derechos le sirven de sustento para el desarrollo y perfeccionamiento de su naturaleza humana, el logro de sus fines y objetivos personales. Los procesos constitucionales que comprenden a esta jurisdicción son: el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo y el cumplimiento.
- Por su parte, la Jurisdicción Constitucional Orgánica, alude a la solución de conflictos entre los órganos de poder (conflictos de poderes entre el Ejecutivo, Legislativo o Judicial) y las denominadas controversias constitucionales entre órganos territoriales del Estado (gobierno central, gobiernos regionales y locales). Esta jurisdicción atiende al deslinde de límites y competencias

de las unidades políticas en los Estados descentralizados y los órganos fundamentales del Estado central. Los procesos constitucionales que comprenden a esta jurisdicción son: el de inconstitucionalidad, el competencial y la acción popular.

#### 4. Retos de la jurisdicción constitucional en el Bicentenario

El vocablo Jurisdicción tiene como raíz etimológica la locución latina *iurisdictio* que, a su vez, deriva de *ius*, derecho, y *dicere*, decir, declarar. Con este antecedente etimológico, el sentido de la función jurisdiccional en el texto de la Constitución no puede ser otro que el de *decir o declarar el derecho* al administrarse o impartirse justicia.

Empero, ¿cuáles serían los retos de la jurisdicción constitucional peruana en el Bicentenario?

Desde el punto de vista de los procesos constitucionales, a mi juicio, uno de ellos sería el *mantenimiento y permanencia, a nivel jurisprudencial o legal, del precedente Vásquez Romero (STC N° 00987-2014-PA/TC)*, el cual, sin previa programación de una vista de la causa, habilita la emisión de una sentencia interlocutoria cuando el caso concreto: sea sustancialmente igual a uno ya desestimado; carezca de especial trascendencia constitucional; contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; y carezca de fundamentación.

El propio precedente recogió en sus fundamentos que resultaba indispensable redefinir el recurso de agravio constitucional a los efectos de que el Tribunal Constitucional concentre sus esfuerzos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente.

Sin embargo, a noviembre del 2018, a 4 años de vigencia y aplicación de dicho precedente, se pretende por la vía legal (no jurisprudencial) dejar sin efecto el precedente Vásquez Romero y, con ello, la emisión de sentencias interlocutorias sin previa vistas de las causas.

El anteproyecto de reforma al Código Procesal Constitucional dedica gran parte de su articulado a dicho fin. Lo hace implícitamente, y a razón de obligar el dictado o realización de una vista de la causa (informe oral) a todos los casos que lleguen a conocimiento del Tribunal Constitucional.



Del precedente Vásquez Romero se desprende que la realización de una vista de la causa es connatural a un caso que revista especial trascendencia constitucional, el cual concluirá con la emisión de un pronunciamiento de fondo (fundado o infundado). *Contrario sensu*, la emisión de una sentencia interlocutoria, sin previa vista de la causa, serán para casos que no tengan tal trascendencia constitucional.

Basta revisar la web del Tribunal Constitucional para darnos cuenta que no todos los casos que llegan a su conocimiento tienen relevancia constitucional, y, por el contrario, algunos litigantes solo buscan en la justicia constitucional el replanteo, revisión o impugnación de lo ya resuelto en sedes administrativas, corporativas, judiciales, arbitrales, parlamentarias, etc.

Sin embargo, el anteproyecto de reforma deja de lado tal realidad, y postula que en todos los casos, aun cuando carezcan de trascendencia constitucional, se debe programar vista de la causa, distrayendo así el valioso tiempo de los jueces constitucionales, el cual debería ser dedicado a causas que revistan especial relevancia.

47

El establecimiento de filtros por parte de una Alta Corte o Tribunal Constitucional, a los efectos de seleccionar lo que va conocer, no es nuevo en nuestra región. Sin ir muy lejos, nuestra Corte Suprema de Justicia de la República lleva a cabo dicha selección a través del auto calificadorio del recurso de casación.

Una de las Cortes Constitucionales mas famosa de la región, la de Colombia, hace lo propio a través de sus salas de selección de tutelas, comunicando a la parte procesal interesada, sin motivación alguna, que su tutela (amparo) no ha sido seleccionada. Solo cuando la tutela ha sido seleccionada por una de las salas, se programará audiencia pública ante la Sala Plena.

Los criterios de selección de dicha Corte Constitucional, son los siguientes<sup>1</sup>:

---

1 <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf>

- a) Criterios objetivos: unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional.
- b) Criterios subjetivos: urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial.
- c) Criterios complementarios: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público.

Estos criterios de selección, en todo caso, deben entenderse como meramente enunciativos y no taxativos.

48

Parágrafo. En todos los casos, al aplicar los criterios de selección, deberá tenerse en cuenta la relevancia constitucional del asunto, particularmente tratándose de casos de contenido económico.

El establecimiento de criterios para la selección de casos que llegan a conocimiento de una Alta Corte es pues un asunto pacífico, inherente a su funcionamiento, pues sin dicha selección la oportuna impartición de justicia sucumbiría a la carga procesal.

Otro de los retos de la jurisdicción constitucional en el Bicentenario, sería el establecimiento, por el momento a nivel jurisprudencial, del *amparo o el hábeas corpus directo ante el Tribunal Constitucional*.

Con ello, se mejoraría sustancialmente el diseño actual de tales procesos constitucionales, que en la actualidad no cumplen a cabalidad con su propósito de tutelar de manera urgente y fulminante los derechos fundamentales de las personas.

Así, el amparo y el hábeas corpus, en ciertos casos muy excepcionales y debidamente comprobadas de su carácter urgente, debería ser interpuesto directamente ante el Tribunal Constitucional, sin que sea

conocido previamente por las dos instancias o grados del Poder Judicial, con la finalidad que la tutela de los derechos constitucionales sea realmente eficaz.

De este modo, el amparo y el hábeas corpus estarían a tono con el artículo 25° inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.  
(énfasis agregado)

Tal dispositivo encuentra sustento pues en que la persona, dada su preciada dignidad dotada de inteligencia y voluntad, se erige como el centro de regulación de todo el ordenamiento jurídico, y es derivado de ello, de su dignidad, que se constituye como centro de imputación de derechos de índole constitucional.

De ahí la necesidad de que sus derechos constitucionales sean protegidos, de manera urgente y fulminante.



# La Constitución Política como orden social: reflexiones a propósito del bicentenario nacional

✎ BRUNO NOVOA CAMPOS\*

## 1. Principales alcances

Si se piensa en algún tema para iniciar alguna reflexión en torno al bicentenario nacional, se nos presenta sobre la mesa, sin duda alguna, el concepto de Constitución Política como una de nuestras principales opciones. Este concepto ha estado presente en el constitucionalismo desde sus orígenes y, actualmente, todas las Instituciones creadas para organizarnos como sociedad y los derechos fundamentales reconocidos por el Estado, forman parte, y seguirán haciéndolo de algún modo u otro, de la Constitución Política.

Si seguimos este camino, nos sentimos más seguros encontrando cobija en los aportes de aquellos doctrinarios clásicos del Derecho Constitucional que se han pronunciado sobre la Constitución Política. Domingo García Belaunde, en *Cómo estudiar Derecho Constitucional* (Cf. UNMSM, 2020), nos brinda una pista de quienes son; y, bajo este faro, repasamos, en grandes y audaces rasgos, el pensamiento que tuvieron los clásicos en torno a la Constitución Política.

1. Karl Loewenstein, en *Teoría de la Constitución* (Cf. edición Ariel Derecho, 2018), tiene un punto de vista diferente que apela a la esencia de la vida en común, la cual parte de tres fuerzas sociales:

---

\* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

el amor, la fe y el poder. Y es justamente dentro de esta última fuerza (el poder), que se requieren de Instituciones efectivas para distribuir el poder político entre los detentadores del poder, independientemente de su legitimidad fáctica, religiosa o jurídica, los cuales deben estar sometidos a los destinatarios del poder (que a la larga serán los detentadores supremos del poder).

Para alcanzar este objetivo se requiere de una Constitución que presente frenos, en forma de un sistema de reglas fijas, para controlar el ejercicio del poder (Loewenstein, 2018);

2. Georg Jellinek, en *Teoría General del Estado* (Cf. Fondo de Cultura Económica de México, 2017), consideró que toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución.

52

Por consiguiente, señaló que la Constitución de los Estados abarca los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado (Jellinek, 2017);

3. Hans Kelsen, en *Teoría Pura del Derecho* (Cf. UNAM, 1982), consideró que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano; sino, una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. El estrato superior se encuentra representado por la Constitución (Kelsen, 1982);
4. Para Hermann Heller, en *Teoría del Estado* (Cf. Fondo de Cultura Económica de México, 1971), la Constitución es producida por la actividad humana consciente y se refiere a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente.

Así, Heller sostiene que la configuración actual de la cooperación [en su obra refiere *relaciones reales de poder que se dan en un país*], que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización estatal, es lo que se llama Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad (Heller, 1971);

5. Harold J. Laski, en *Authority in the Modern State* (Cf. Yale University Press, 1919), señaló que escribir la Constitución es tentar las pasiones de los hombres. Es sugerir que hay límites al poder real. Es decirle al pueblo que ciertos derechos son suyos por naturaleza (Laski, 1919);
6. Para Léon Duguit, en *The Law and the State* (Cf. Harvard Law Review, 1917), las instituciones políticas deben estar organizados en un organismo dentro del Estado; es decir, deben desarrollar la idea de Estado a través de sus diversos elementos y dar a cada uno de ellos una realidad objetiva. Este organismo es la Constitución Política (Duguit, 1917);
7. Maurice Hauriou, en *An Interpretation of the Principles of Public Law* (Cf. Harvard Law Review, 1918), consideró que el Estado no es la única institución corporativa. Tenemos municipios incorporados, empresas, sindicatos, etc. Hay toda una clase de personas morales incorporadas de las que el Estado es sólo una variedad peculiarmente interesante. En este marco, la teoría central del derecho público forma parte de una institución corporativa que cuenta con una Constitución interna (Hauriou, 1918);
8. Carl Schmitt, en *Teoría de la Constitución* (Cf. Alianza Editorial, 1996), consideró a la Teoría constitucional como un territorio independiente del Derecho público; y, más bien, debe ser considerada como un aspecto específico del Derecho Político. Bajo este esquema, señaló que la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma, sino que en el fondo

reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica (Schmitt, 1966); y,

9. Carl J. Friedrich, en *The Political Theory of the New Democratic Constitutions* (Cf. *The Review of Politics*, 1950), señaló que la teoría política que se encuentra presente en las Constituciones democráticas busca trascender todo desafío totalitario y recuperar lo esencial de la libertad y la dignidad humana (Friedrich, 1950).

## 2. El orden social como eje central

Como se ha podido apreciar, el pensamiento de los clásicos del constitucionalismo en torno a la Constitución Política abarca diferentes aspectos que suponen: i) una adecuada distribución del poder (Loewenstein); ii) un principio de ordenación (Jellinek); iii) un estrato jurídico superior (Kelsen); iv) una situación política real que se renueva constantemente (Heller); v) los límites al poder real y el reconocimiento de derechos (Laski); vi) la organización de las instituciones políticas con una realidad objetiva (Duguit); vii) el derecho público como parte de una institución corporativa (Hauriou); viii) la decisión política (Schmitt); y, ix) la libertad y la dignidad humana (Friedrich).

Cada uno de los aspectos antes señalados refieren una preocupación común: el mejor modo de organizarnos en sociedad. Esta preocupación estuvo presente desde las primeras revoluciones atlánticas que dieron paso a la formación del constitucionalismo contemporáneo (Cf. Jacques Godechot, 1963). Estados Unidos de América presentó en su Constitución de 1787 seis grandes ideas que, a pesar de sus diversas enmiendas, mantiene como ejes centrales: i) un Gobierno limitado; ii) Republicanismo; iii) Pesos y contrapesos; iv) Federalismo; v) Poderes de separación; y, vi) Soberanía popular (Cf. *The National Archives and Records Administration - NARA*). Por su parte, Francia en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sentenció que una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución;



disposición que constituye la piedra angular de los derechos y libertades que sustenta las principales decisiones del actual Consejo Constitucional francés (Cf. Régis Fraise, 2014).

En el Perú, esta preocupación común se hizo presente desde la formación de nuestra joven República. Un claro ejemplo lo encontramos en nuestra Constitución de 1828, considerada la madre de nuestras constituciones (Cf. Manuel Vicente Villarán, 1994), que de acuerdo con Pareja Paz-Soldán:

Fijó, de manera permanente, las líneas esenciales de nuestro Estado: sistema presidencial, con poderes apropiados y efectivos; régimen ministerial, con responsabilidad compartida entre el presidente y los ministros; refrendación ministerial; elección popular del presidente; organización bicameral, teniendo el Parlamento funciones legislativas y de control; poder judicial, independiente de los otros en sus funciones, pero dependientes de ellos por el origen; base departamental para elección de senadores y provincial para diputados; régimen unitario, aunque descentralizado; y unión de la Iglesia y del Estado (...) (Paz-Soldán, 2005)

### **3. Preocupación latente**

Hoy, *ad portas* del bicentenario nacional, la preocupación sobre el mejor modo de organizarnos en sociedad sigue latente. Sin embargo, también somos conscientes que, *aunque no todo es color rosa*, el concepto de Constitución Política, y de manera más apropiada, el Derecho Constitucional como disciplina ha evolucionado, y lo sigue haciendo, sobre la base de lo ya vivido; y que muchas veces no queremos volver a recordar.

El bicentenario nacional nos llama a reflexionar, a perdonar, a voltear páginas, a seguir adelante, pero también a defender nuestras Instituciones democráticas sólidas (o las que venimos fortaleciendo) y los derechos fundamentales de todos los peruanos y peruanas que ya han sido consagrados y que no se pueden soslayar.



## Bibliografía

1. En referencia a los principales alcances: i) Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. España: Ariel Derecho, 2018; ii) Georg Jellinek. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica de México, 2017; iii) Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM, 1982; iv) Hermann Heller. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica de México, 1971; v) Harold J. Laski, en *Authority in the Modern State*. Yale University Press, 1919. Batoche Books Kitchener, Ontario. Canada, 2000; vi) Duguit, Léon. *The Law and the State*. Harvard Law Review, vol. 31, no. 1, 1917, pp. 1-185; vii) Maurice Hauriou. *An Interpretation of the Principles of Public Law*. Harvard Law Review, Vol. 31, No. 6, 1918, pp. 813-821; viii) Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. España: Alianza Editorial, 1996; ix) Friedrich, C. J. *The Political Theory of the New Democratic Constitutions*. The Review of Politics. Cambridge University Press, vol. 12, no. 2, 1950, pp. 215-224; y, x) Domingo García Belaunde. *Como estudiar Derecho Constitucional*. Perú: UNMSM, 2020. 4ª Edición revisada, corregida y ampliada.
2. En referencia al orden social como eje central: i) Jacques Léon Godechot. *Les révolutions (1770-1799)*. Paris, Presses Universitaires de France, 1963; ii) The National Archives and Records Administration – NARA. *Educational Resources. Fundamental Principles of Government* (Lesson Plan); iii) Régis Fraisse. *L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés*. Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel N° 44 (Le Conseil Constitutionnel et le Procès Équitable) - Juin 2014; iv) Manuel Vicente Villarán. *Posición constitucional de los ministros del Perú, 1936*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1994; y, v) José Pareja Paz-Soldán. *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

## Reflexiones constitucionales sobre el Bicentenario

✍ CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE\*

**E**l Perú llega al bicentenario de su emancipación de la corona española habiendo transitado en su vida institucional por 20 instrumentos constitucionales (12 constituciones y otros 6 documentos)<sup>1</sup>. La sola mención de la cantidad de documentos que han servido para organizar y regir al Estado peruano, desde la fundación de la República, demuestra la constante inestabilidad que lo ha aquejado y la búsqueda permanente de nuevas formas jurídicas y políticas que la ofrezcan una gobernabilidad que hasta el momento se ha mostrado esquiva.

57

En tiempos recientes, la crisis de gobernabilidad se ha acentuado, como es de dominio general, lo que resulta ilustrado por el hecho de que el Perú, entre el 2016 y el 2021 ha contado con 4 presidentes dentro del mismo período constitucional y que ello ha sido posibilitado por el uso de diversos mecanismos y figuras previstas en la Constitución, como el voto de censura y de negación de confianza a los ministros y gabinetes, la disolución del Congreso y la vacancia presidencial, instrumentos todos ellos utilizados de forma indiscriminada por tanto por mayorías parlamentarias unipartidistas cuanto, en otro caso, por las constituidas por las

---

\* Abogado, Magíster en Humanidades y Doctor en Derecho (PUCP). Profesor Principal de la Facultad de Derecho y de las maestrías de Derecho Constitucional y de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido ministro de Trabajo y Promoción Social, ministro de Justicia y Diputado Nacional. Ha sido condecorado con la Orden del Trabajo en el grado de Gran Oficial y es autor de numerosas publicaciones sobre derecho del trabajo, constitucional y electoral.

1 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, 2016. Las Constituciones del Perú. Lima, Jurado Nacional de Elecciones, pp. 29-32.

alianzas precarias de grupos parlamentarios minoritarios, en un contexto de fragmentación partidista, que explica bastante bien la escasa representación que hoy tienen los partidos políticos.

Desde luego, sería iluso creer que las normas constitucionales y los diseños institucionales que contienen son suficientes para dar al país estabilidad y equilibrio político, esto es, una democracia firmemente asentada en convicciones colectivas y en estructuras económicas y sociales justas. Sin duda, son muchos los factores que contribuyen a que el Perú no logre, en el plano político la ansiada estabilidad, pero tampoco se puede negar el efecto pernicioso que, en ese contexto, pueden cumplir instituciones mal diseñadas o trasladadas desde realidades ajenas a la nuestra. Por ello, he considerado necesario referirme en estas breves reflexiones a algunos aspectos del diseño constitucional de nuestras instituciones políticas que, a mi juicio, han contribuido de forma importante a agudizar la falta de gobernabilidad o, cuando menos, han hecho más difícil superar las crisis provocadas por ésta.

1. Considero, en primer lugar, que la eliminación del Senado por la actual constitución es uno de los grandes errores de nuestro sistema político. Sin mayor argumentación, fue abolida una institución que formaba parte de la constitución histórica del Perú y que fue parte de nuestro sistema político desde la Constitución de 1828. El régimen bicameral – y esto es harto conocido- permite -sobre todo en Estados unitarios, donde no es necesario garantizar una representación igualitaria a territorios federados- mejorar la calidad de la producción legislativa mediante un proceso de reflexión más acentuado, al confiar esta labor a dos cámaras en lugar de una. Si bien, la perfecta identidad de funciones entre ambas cámaras puede merecer objeciones valederas, hay que reconocer que la Constitución de 1979 había avanzado tímidamente hacia un bicameralismo imperfecto, al atribuir exclusivamente a la Cámara de Diputados las funciones de control político, específicamente las de interpelar y censurar a los ministros o negar a éstos el voto de confianza que hubieren solicitado. No obstante, en el ejercicio de la función legislativa mantuvo la tradicional paridad entre ambas cámaras, de modo

que no sólo ambas debían aprobar las iniciativas legislativas, sino que cualquiera de ellas – y no sólo el Senado- podía servir como cámara revisora según, en cual de ellas se hubiera presentado el respectivo proyecto de ley.

La restauración del Senado, perfeccionando un esquema de bicameralismo imperfecto, se advierte como una necesidad impostergable habida cuenta de la evidente ausencia de calidad legislativa que se aprecia en la producción del congreso unicameral desde su instauración en 1993. Para ello, el Senado debe actuar únicamente como cámara revisora respecto de las leyes ordinarias y cámara colegisladora únicamente en lo relativo a las leyes orgánicas, la ley de presupuesto y las leyes de reforma constitucional, así como la aprobación de los tratados internacionales. A esta cámara deben reservarse algunas altas funciones como la acusación constitucional, la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, el Contralor General, el Presidente y una parte de los Directores del Banco Central de Reserva y el Superintendente de Banca, Seguros y AFP; asimismo, la de ratificar a los Embajadores acreditados en el exterior y los Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas y los Generales de la Policía Nacional, función ésta última que debe ser restituida al Congreso, como lo propuso la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú<sup>2</sup>.

El Senado debe ser elegido en distrito único nacional, no sólo por el hecho de que los diputados lo serían por las regiones – y que por encima de éstas no existe ninguna otra demarcación político-administrativa- sino, principalmente, para que sea la asamblea representativa de los intereses nacionales y no se encuentre sujeta a las naturales -y legítimas- presiones y exigencias de la población que en los ámbitos subnacionales influyen en el accionar de los representantes de éstos.

---

2 Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, 2001. Lima, Ministerio de Justicia/Konrad Adenauer Stiftung, p. 53.

2. Permitir la reelección de los parlamentarios es otra medida que debe adoptarse para corregir el grave error en que se incurrió en el referéndum del 9 de diciembre de 2018 al prohibir ésta para el período inmediato, bajo el influjo del rechazo provocado por la conducta de una buena parte de las bancadas y representantes. Sin embargo, la prohibición de reelección priva al parlamento de integrantes experimentados y capaces, afectando, por ello, el funcionamiento de la institución. También impide que se pueda desarrollar una sana carrera política que favorezca la formación y desarrollo de liderazgos democráticos. Es verdad que hay países que han adoptado medidas similares, aunque no tan radicales, limitando la cantidad de períodos por los que puede ser reelecto un representante, como el caso de México y Chile, pero en la gran mayoría de naciones no rigen esta clase de prohibiciones.

3. Una cuestión que me parece esencial, como controvertida, es la referida a la disolución del Congreso cuando este ha otorgado el voto de censura o negado la confianza a dos Consejos de Ministros en el mismo período constitucional. Esta figura fue introducida en la Constitución de 1979, y se aplicaba únicamente a la Cámara de Diputados si el voto de censura o el de rechazo de la confianza alcanzaba a tres Consejos de Ministros. Desconocida en las constituciones precedentes, la explicación de su establecimiento se encuentra en la experiencia del período 1963-1968 en el cual, bajo la Constitución de 1933, el gobierno del Presidente Fernando Belaúnde Terry, sufrió por parte de la mayoría parlamentaria opositora, el derribo constante de ministros y gabinetes. Se quiso evitar la repetición de esta situación, dándole al Poder Ejecutivo un arma eficaz para contrarrestar la acción de futuras mayorías opositoras intransigentes. Ya en 1996<sup>3</sup> opiné críticamente acerca de la introducción de esta

---

3 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 1996. "El Poder Ejecutivo Presidencial". *Pensamiento Constitucional*, Año III, número 3, pp. 99-102.

figura, típica del régimen parlamentario, en nuestro régimen presidencial, debido a la notoria diferencia del rol que cumple la disolución del parlamento en uno u otro sistema. En efecto, cuando en el régimen parlamentario se produce la caída del gobierno por un voto de censura o la negación de la confianza y éste decide disolver el parlamento y convocar elecciones anticipadas, esta decisión implica, al mismo tiempo, la finalización del mandato del gobierno, pues, una vez producida la elección del nuevo parlamento, se inicia un nuevo mandato, sea que triunfe la oposición y forme gobierno o que la victoria corresponda al partido que está en el poder, pues, en ningún caso, el parlamento así elegido completa al interrumpido mandato del que fue disuelto y, por tanto, el gobierno que se forme tampoco completará el mandato anterior sino que deberá cumplir otro período. Algo muy distinto sucede entre nosotros, porque la suerte del gobierno no se juega en la elección de un nuevo congreso tras la disolución del anterior, en la medida que el Presidente de la República, que es Jefe del Estado y, también, Jefe de Gobierno no verá afectado su mandato y podrá seguir aplicando sus mismas políticas. De este modo, la disolución congresal, en el Perú, se configura como un arma del gobierno ante el congreso, un mecanismo para neutralizarlo, y no como un mecanismo democrático de arbitraje del pueblo cuando surge un conflicto entre los poderes (entre los partidos que dominan uno u otro) en el cual se decide la suerte de ambos, lo cual cumple la función de poner fin al conflicto, al instaurar un nuevo gobierno sustentado en la mayoría parlamentaria elegida. Peor aún, en el diseño trazado por nuestra Constitución, esa arma que blande el gobierno podría, incluso, convertirse en un boomerang contra éste en caso que la fuerza política opositora, dominante en el Congreso disuelto, fuera confirmada por el pueblo en las urnas, caso en el cual el conflicto gobierno-congreso en vez de resolverse se agravaría pues es muy probable que aquella no solo reanude sino que intensifique su acoso al gobierno. Sin duda, estos son efectos, de haber introducido en un régimen que es esencialmente presidencial, una figura típica del régimen

parlamentario que cumple en éste una función coherente con ese sistema pero que injertada en el sistema presidencial se desnaturaliza hasta hacerse irreconocible. De allí que se justifique eliminar la disolución presidencial del Congreso como también lo propuso la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional<sup>4</sup>

4. También invita a la reflexión la figura del voto de confianza que obligadamente debe emitir el Congreso al conformarse un nuevo Consejo de Ministros, prevista en el artículo 130 de la Constitución. Esta exigencia fue introducida por la actual constitución, pues en las anteriores la obligación del Consejo de Ministros se limitaba a comparecer y exponer ante el Congreso su política general y medidas más importantes, sin pedir el voto de confianza. Incluso, la Constitución de 1979 puntualizó en su artículo 224 que “La exposición no da lugar a voto del Congreso”. Esta figura, similar a la del voto de investidura propio de los regímenes parlamentarios, en los cuales el gobierno se basa en la confianza de una mayoría parlamentaria, no es congruente con un régimen presidencial en el cual el gabinete ministerial se sustenta en la confianza del Presidente -en la medida en que éste es, también, Jefe del Poder Ejecutivo- aun cuando, como en el caso del Perú- y de algunos otros Estados- el Congreso pueda hacer efectiva la responsabilidad de los ministros mediante el voto de censura. Exigir un voto de confianza inicial para que el Consejo de Ministros sea ratificado- y en caso contrario, cese en sus funciones- obliga a contar con una mayoría parlamentaria de respaldo, lo cual no siempre es posible y, en los últimos tiempos, no suele ocurrir debido a la fragmentación política que caracteriza la composición del Congreso. Además, como ya se ha dicho, no siendo el Consejo de Ministros el titular del Poder Ejecutivo -pues este es el Presidente- el voto de confianza al Consejo de Ministros no tiene la misma significación



que en el régimen parlamentario, en el cual cumple la función de determinar la conformación del “gobierno”, incluyendo al propio Jefe de Gobierno, esto es, decidir quien debe ejercer el poder ejecutivo, lo cual está lejos de suceder en un régimen presidencial en el cual los ministros son solo los colaboradores del Presidente, quien detenta un poder ejecutivo cuya existencia no depende de la confianza del Congreso, sino de la elección popular.

5. Otra materia en la que creo que es necesario revisar y rediseñar la Constitución es la que se refiere a la responsabilidad del Presidente por delitos de función e infracción constitucional. El blindaje que brinda al Presidente el artículo 117 de la Constitución, -que, virtualmente, hace imposible que se le acuse constitucionalmente durante su mandato- ha hecho que frente a imputaciones que lo afectan y que generan la indignación de la ciudadanía, el Congreso se haya decantado por cesarlo mediante el recurso a la figura de su “permanente incapacidad moral” prevista en el numeral 2 del artículo 113. Esta figura se caracteriza por su ambigüedad ya que puede interpretarse tanto como una referencia a la incapacidad mental del Presidente cuanto a una conducta reñida con la ética, y es en base a ésta última interpretación que el Congreso, en tiempos recientes, ha dispuesto -o ha estado a punto de hacerlo- la vacancia de algunos expresidentes. Como bien sabemos, ello ha motivado muchos debates jurídicos y acciones ante el Tribunal Constitucional, sin que esta cuestión haya quedado, hasta el momento, dilucidada.

Considero, por ello, que el blindaje del artículo 117 debe ceder y que debe abrirse la posibilidad de que se someta al Presidente a una acusación constitucional no sólo por los delitos o infracciones indicados en este precepto, sino por cualquier otro delito de función o infracción constitucional. Sin embargo, cuando se le impute la comisión de aquellos a los que actualmente se refiere aquel artículo, debiera contemplarse, debido a la gravedad de esas acusaciones, la facultad del Congreso de suspender de inmediato al Presidente mientras se desarrolla la acusación

constitucional, sin esperar a que esta concluya y se le someta a proceso judicial -como lo contempla el numeral 2 del artículo 114- pues, teniendo en cuenta la naturaleza de esos actos -los cuales, salvo la traición a la patria, aluden a la hipótesis de un golpe de Estado desde el poder- ello podría resultar extemporáneo y, por ende, ineficaz para impedir su consumación. En contraposición, debería reformularse el artículo 113 con el objeto de precisar, en su numeral 2, que la causal de vacancia del Presidente a que éste se refiere, radica en la pérdida o afectación de la salud, física o mental, del mandatario, tal como se concibió en su origen.

## Doscientos años, doce constituciones y dos tribunales constitucionales

✎ CARLOS HAKANSSON NIETO\*

El bicentenario de la fundación republicana nos invita a realizar una explicación por etapas que nos permita comprender la evolución histórica de los textos constitucionales peruanos<sup>1</sup>. La primera es la consolidación de la independencia. Una etapa que abarcan las constituciones de 1823, 1826 y 1828; ésta última confirma la República, el Estado unitario y la forma de gobierno presidencialista, apoda por Villarán como “la madre de las constituciones peruanas”. La segunda etapa fue la continuación y pugna entre las tendencias liberales y conservadoras. Las primeras redactadas bajo un parlamento fuerte (liberal), frente aquéllas pensadas para un ejecutivo como poder supremo<sup>2</sup>. Las constituciones de 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867 inclusive, las fueron protagonistas de este periodo hasta alcanzar su equilibrio en 1860 a través de la incorporación del Consejo de Ministros, que inició el proceso de parlamentarización de su forma de gobierno.

65

La tercera etapa es el tránsito del Estado liberal al Estado Social gracias las constituciones de México de 1917 y alemana de Weimar de 1919, que influyeron en los textos de 1920 y 1933 incorporando los

---

\* Abogado (Universidad de Lima), Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor Ordinario principal de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea).

1 Como se habrá podido observar, no estamos considerando los documentos políticos que rigieron antes de la aprobación de una nueva Constitución para el Estado peruano.

2 El artículo 153 de la Constitución conservadora de 1839, bajo el título de las garantías nacionales, decía que “son nulos todos los actos del que usurpe el Poder Supremo, aunque sean conformes a la Constitución y a las leyes”.

primeros derechos sociales relativos a la educación y al trabajo. La cuarta y última etapa corresponde a la internacionalización de los derechos humanos y su protección nacional como supranacional. Los textos de 1979 y 1993 representan, especialmente la última, el periodo de mayor desarrollo jurisprudencial en la historia republicana; al punto, que antes sólo podíamos hablar de historia de los textos constitucionales pero no de derecho constitucional peruano, cuando se analizan las sentencias del Tribunal Constitucional y la recepción del llamado control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez ubicada la Constitución peruana de 1993 a la luz del bicentenario de la fundación republicana, en un periodo expectante para la protección de los derechos fundamentales, ofrecemos un conjunto de reflexiones respecto a los problemas y desafíos que aguardan su atención por parte de los docentes universitarios, abogados, jueces y la clase política para los próximos años.

### **1. Las constituciones no se reemplazan, se reforman**

La Constitución es un pacto de límites al ejercicio del poder para proteger un conjunto de derechos y libertades a los ciudadanos. No es la piedra filosofal que todo lo convierte en oro, tampoco vuelve ricos a los pobres, pero su estabilidad en el tiempo produce gobernabilidad política y seguridad jurídica, que sí contribuye al aumento de inversión, empleo y recaudación tributaria para que la riqueza sea redistribuida por el Estado en mejores servicios públicos e infraestructura. Por eso, si la Constitución es el compromiso de unas “las reglas de juego básicas” entre un gobierno elegido y los ciudadanos, las propuestas para convocar una nueva asamblea constituyente resultan irresponsables.

Es cierto que las constituciones son imperfectas, por eso pueden proponerse reformas de acuerdo con el procedimiento previsto en la Carta de 1993<sup>3</sup>, que demanda un amplio consenso parlamentario para su aprobación e incluso cabe la posibilidad de una consulta popular para

---

3 Véase el artículo 206 de la Constitución de 1993.

confirmarlas. La reforma constitucional está prevista para ajustar y mejorar lo que sea necesario en su contenido.

Los últimos e inéditos cuatro gobiernos democráticos consecutivos han mostrado dos desequilibrios en las relaciones ejecutivo-legislativo que pueden corregirse. Primero, que la moción de censura, o rechazo a la cuestión de confianza, al Presidente del Consejo de Ministros sólo computan para aplicar la disolución congresal cuando provoca su renovación integral para resolver una crisis de gabinete<sup>4</sup>, no así las que producen un cambio parcial de sus integrantes; segunda, la imposibilidad del Presidente de la República para disolver el Congreso el último año de mandato<sup>5</sup>, se compense por el balance de poderes en impedir la vacancia presidencial, por incapacidad moral permanente, a un año de las elecciones generales. Las constituciones no se reemplazan, se reforman.

## **2. No es la Constitución, fue la corrupción**

Una propuesta electoral recurrente durante cada campaña presidencial es el cambio de la Constitución. El proceso actual no es la excepción, estimulado además por las manifestaciones ocurridas en Chile que desembocaron en un plebiscito y próxima elección de una convención constituyente.

67

Los críticos a la Constitución de 1993 sostienen su fracaso para alcanzar el bienestar general, otros la culpan de instaurar un modelo de corrupción y, como prueba, aluden al caso Lava Jato. Lo cierto es que todas las críticas son atribuibles a la falta de acción política y vacíos legales. La Constitución reconoce el derecho a la salud y la educación<sup>6</sup>, pero la inacción gubernamental no construyó suficientes hospitales y colegios; también promueve la actividad privada, pero sin una ley contra los monopolios y oligopolios como exige su artículo 61<sup>7</sup>. Otros candidatos pro-

---

4 Véase el artículo 133 de la Constitución de 1993.

5 Véase el artículo 134 de la Constitución de 1993.

6 Véanse los artículos 9 al 11 y 13 al 19 de la Constitución de 1993.

7 “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

ponen reconocer el derecho al internet, cuando el catálogo de derechos es una lista abierta que comprende todos los bienes humanos fundados en su dignidad<sup>8</sup>, una propuesta que se cumple alquilando un satélite.

¿Es confiable un Jefe de Estado que promueva cambiar el marco constitucional que juró respetar? Es contradictorio convocar una asamblea constituyente cuando el presidente electo debe jurar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. El derecho comparado nos muestra ejemplos cercanos: Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), con resultados poco auspiciosos para los derechos fundamentales y el bienestar general. Los problemas que nos aquejan como país no surgen de la Carta de 1993, sino de una errónea gestión para el desarrollo y ausencia de políticas públicas para promover la igualdad y mejorar la calidad de vida. En resumen, no fue la Constitución sino la corrupción.

### **3. Reforma política en campaña electoral**

68

La reforma política que buscó impulsar la participación ciudadana puso énfasis en la facilidad para inscribir partidos, flexibilidad de creación sin necesidad de firmas y rigidez para su operatividad exigiendo militancia, elecciones primarias y vida partidaria. Se puede decir que la idea del partido propio, nacida de una reunión amistosa, resulta la chispa creadora de una organización que pretende alcanzar el ejercicio del poder, cuando los partidos nacen con la finalidad de representar los legítimos intereses de los distintos gremios en una comunidad política, compitiendo en su interior para conciliar voluntades, elegir a su líder y al comité que lo acompañe en su trabajo al interior y exterior del partido como institución.

El futuro de un partido político dependerá del grado de identificación del electorado con sus ideas y planteamientos, se mide con su éxito o fracaso en las urnas. Por eso, la reforma política se construye a partir de una sociedad organizada y desde sus instituciones intermedias;

---

8 Véase el artículo 3 de la Constitución de 1993.

mientras más fuertes sean, más sólida será la representación política. En conclusión, una reforma al sistema no es fruto de un experimento a ciegas, supone el ajuste o cambio necesario tras acumularse experiencia, para mantener lo que funciona y corregir sus problemas.

A la luz de la última campaña electoral, las reformas constitucionales de no reelección inmediata de congresistas, la eliminación de la inmunidad parlamentaria y que la propaganda electoral en medios sea sólo mediante financiamiento público indirecto<sup>9</sup>, son tres modificaciones que han complicado la vida y desarrollo de una clase política en el país; sendas reformas cuya finalidad parte de la idea que los políticos son un mal necesario y presumen su futura corrupción, cuando el sentido de cualquier innovación al sistema político se inspira en promover su consolidación en el tiempo.

#### **4. Una sociedad y República como objetivo**

Una constante de los procesos electorales, con varios pretendientes a la presidencia de la República, las diferentes propuestas de campaña, la empatía e identificación ciudadana con las ideas de sus candidatos para transmitir esperanza y cambio, demandan unos presupuestos necesarios para no quedarnos en una ilusión pasajera. Deseo comenzar por la igualdad de todos ante el derecho, aplicado por los jueces en cada sentencia sin importar nacionalidad, condición social y económica; sin ella, la igualdad formal o material carece del germen necesario para realizarse en una comunidad política. Continúo con el respeto a los derechos y libertades en una democracia, que las resumo en vida, libertad, igualdad y propiedad; sin ellas es imposible realizar un Estado Constitucional de Derecho, donde la dignidad subyace a ellas porque toda forma de legislación trata y pone a la persona humana como un fin en sí misma.

Todo lo anterior constituyen las bases para implementar un Estado Social y Democrático de Derecho reconocido en el artículo 43 de la

---

9 Ver las normas N° 30905, 30906, 31118, leyes de reforma constitucional ratificadas por referéndum.

Constitución<sup>10</sup>, con una economía de sólidas reglas para su cumplimiento, el imperio del Derecho, unos servicios públicos de salud y educación que sean consecuencia de una justa distribución de la riqueza y lugar de encuentro para la sociedad. Todo país democrático del primer mundo cumple con estos presupuestos.

Si sumamos nuestras tradiciones históricas y culturales, así como unas creencias fundadas bajo una concepción judeo-cristiana de la vida que brinde soluciones a los problemas que nos aquejan, son fortalezas que sirven de inspiración para la producción normativa de un conjunto de políticas públicas que promuevan el bienestar general, camino hacia una nación que estamos llamados a construir en los próximos doscientos años. Hemos crecido repitiendo los conceptos de país y Estado, sin reflexionar en cómo construir una sociedad y República como objetivo.

## **5. El Perú es ancho y ajeno**

70

Luego de doscientos años de República, la situación social, política y económica del Perú tras la emancipación, el fracaso de la Confederación Peruano-Boliviana, las consecuencias de la Guerra del Pacífico, la aguda crisis económica durante los años ochenta, el terrorismo y ahora la pandemia, no son capaces de hacernos enmendar el camino para fortalecer la presencia del Estado a más de mil metros de altura, dónde más allá de una plaza de armas no alcanza para llevar el bienestar general, es decir, los servicios de agua, desagüe, luz, carreteras, gran infraestructura, colegios, hospitales, seguridad ciudadana, oportunidades de empleo y desarrollo. Una brecha de desigualdad tan longeva y profunda en las zonas más altas del país que producen el descrédito de los partidos y la posibilidad de un sistema político más predictivo, para una institucionalidad que todavía parece lejana. Son doscientos años transcurridos sin crear las bases para una República democrática, social, independiente y soberana<sup>11</sup>.

---

10 “Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno. ( ) La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. ( ) El Estado es uno e indivisible. ( ) Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

11 Véase el artículo 43 de la Constitución peruana.



A la fecha, los procesos electorales sólo revisten una formalidad para ser reconocidos como un Estado democrático cada cinco años.

En conclusión, a pesar del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, en el marco de una administración de justicia que no alcanza todo el territorio, el Perú sigue siendo un país ancho y ajeno para resolver los problemas reales que aquejan a sus habitantes.



# El enfoque de género como exigencia para una reforma constitucional en un Estado Social y Democrático de Derecho, de cara a su Bicentenario

✉ CAROLINA GARCÉS PERALTA\*

## 1. Introducción

La grave crisis mundial generada por la pandemia de COVID 19 y los problemas de institucionalidad que enfrentamos nos deben llevar, hoy, más que nunca, a que la conmemoración del Bicentenario de nuestra independencia nos llene de amor y orgullo por ser nuestro país un Estado libre, desde hace ya 200 años. Al mismo tiempo, nos genera la responsabilidad de identificar aquellos problemas y aspectos indispensables que, lamentablemente, no estuvieron presentes desde la conformación de nuestro estado y los inicios del constitucionalismo y que requieren, necesariamente, adoptar medidas para su solución si realmente queremos lograr un verdadero Estado Constitucional y Democrático de Derecho. La primera de ellas es, sin lugar a dudas, buscar la real incorporación de quienes no estuvieron reconocidas por haber sido personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados, entre los cuales se encuentran las mujeres.

73

---

\* Abogada. Ex Viceministra de la Mujer del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Magíster en Derecho Constitucional, doctoranda por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Directora General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo; Ex Adjunta Encargada para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú; Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC); docente de la Maestría en Derecho Constitucional y de la Facultad de Derecho de la PUCP, e investigadora del Grupo de Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE) y del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de esta misma casa de estudios.

Las mujeres constituyen aproximadamente el 50% de la población nacional y mundial. Sin embargo, debido a patrones social y culturalmente arraigados que se manifiestan en los roles, espacios y atributos de género que las entienden como inferiores y subordinadas a los hombres, no fueron consideradas como ciudadanas ni sujetas de derecho. Refieren los diversos estudios de género que las categorías “mujer” y “hombre” son productos culturales, construcciones sociales que las sociedades elaboran a fin de informar a sus integrantes sobre las formas de ser, sentir y hacer que les están asignadas, permitidas y que son socialmente valoradas<sup>1</sup>. Como consecuencia de ello la estructuración del Estado constitucional no fue neutral sino de base patriarcal<sup>2</sup>, quedando así las mujeres fuera del contrato social y, por ende, en situación de dependencia y exclusión. Resulta entonces evidente que, para poder transformar la realidad y para que el espacio público refleje la diversidad e incluya a las mujeres resulta necesario considerar nuestra ubicación en la construcción teórica del Estado<sup>3</sup>.

Es innegable que, con la progresiva evolución y fuerza expansiva de los derechos fundamentales, la comunidad nacional e internacional vienen reconociendo a las mujeres derechos específicos que no dejan de lado, sino que más bien complementan las normas generales protectoras de derechos de las personas en general<sup>4</sup>. Sin embargo, a pesar de ello y de los años transcurridos, la insuficiencia de estos importantes avances normativos y políticos sigue quedando demostrada a partir de la persistencia

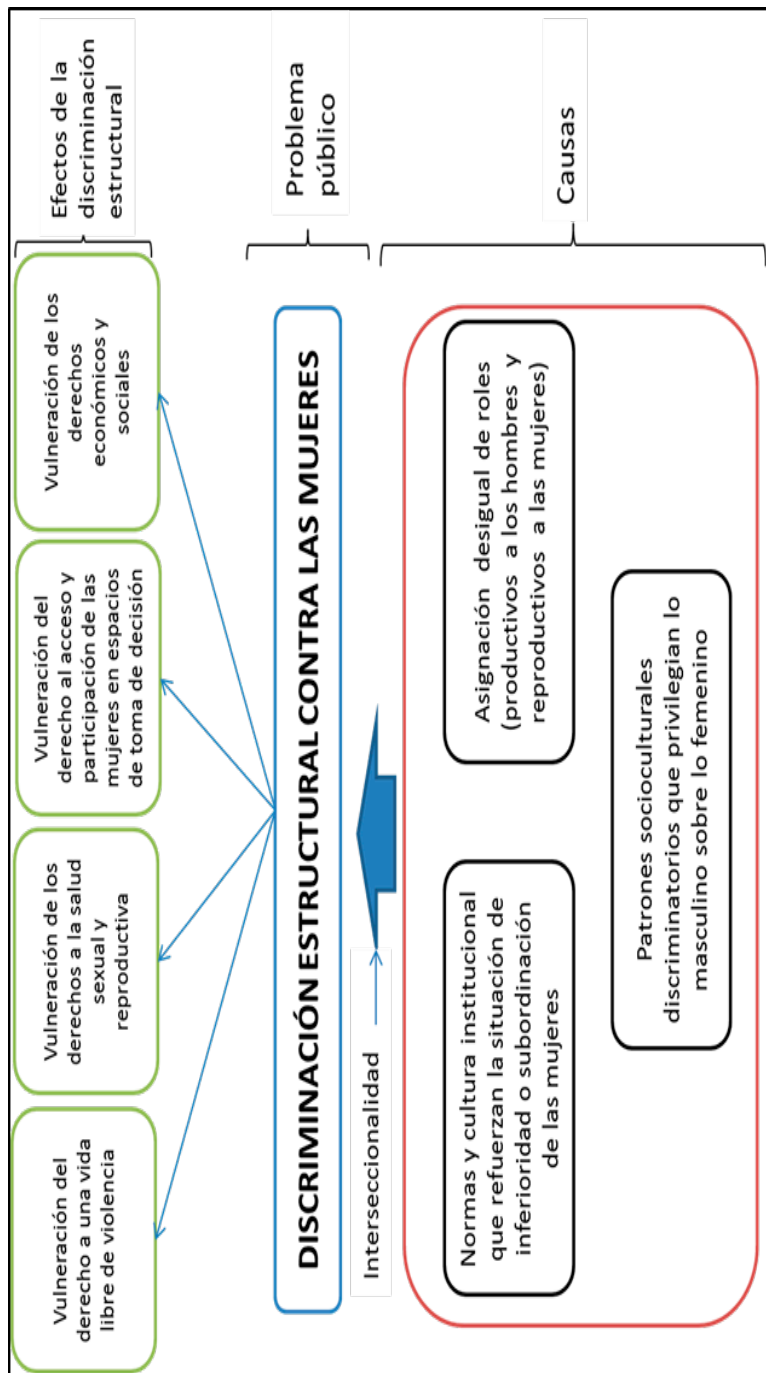
- 
- 1 RUÍZ BRAVO LÓPEZ, Patricia. Una aproximación al concepto de género. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO y PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Sobre Género, Derecho y Discriminación*. Lima: Defensoría del Pueblo y Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 136.
  - 2 Se entiende por patriarcado el “Sistema social en el que los hombres tienen el poder primario y predominan en roles de liderazgo político, autoridad moral, privilegio social y control de la propiedad”. En: *Nueva Constitución con perspectiva de género*, p.27. <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/10/Nueva-Constitucion-Perspectiva-de-Genero-1.pdf>
  - 3 Para mayor detalle ver: PORTAL FARFÁN, Diana Carolina. *Construcción teórica del Estado y la democracia: ¿Dónde ubicamos a las mujeres?* Lima: Gaceta Constitucional N° 51, marzo de 2012, pp. 313-332.
  - 4 BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991, p. 109.

de brechas de género<sup>5</sup> en diversos ámbitos de sus vidas producto de la discriminación de la que aún son víctimas.

Esta situación adquiere especial gravedad cuando recordamos que, más allá de su carácter de principio y derecho autónomo, la igualdad y no discriminación se caracteriza por ser un derecho fundamental de relacional<sup>6</sup>, ya que su vulneración no ocurre en abstracto, sino que, por lo general, comporta a su vez la vulneración de otro u otros derechos fundamentales<sup>7</sup>. Lo expuesto se encuentra estrechamente vinculado al carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, reconocido desde la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993<sup>8</sup>.

Ahora bien, resulta clave tener en consideración que los problemas que subsisten para alcanzar la real vigencia de los derechos de las mujeres radican en la persistencia de la denominada discriminación estructural. Esta ha sido reconocida por la Política Nacional de Igualdad de Género emitida en el año 2019 (Decreto Supremo N° 018-2019-MIMP) como el principal problema público que requiere, necesariamente, para ser solucionado, afrontar adecuadamente sus causas como única manera de poder enfrentar sus consecuencias, que no son otras que las diversas manifestaciones de vulneración de sus derechos fundamentales. Lo expuesto queda evidenciado en el siguiente gráfico:

- 
- 5 Se entiende por brechas los datos objetivos y verificables que, basados en patrones social y culturalmente arraigados y, por ende, carentes de toda justificación, vulneran los derechos fundamentales de las mujeres por el solo hecho de ser tales. Ver al respecto DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Indicadores para la incorporación del enfoque de género en los presupuestos de los gobiernos regionales. Lima, Serie Documentos Defensoriales - Documento N° 23, 2012.
  - 6 GARCÍA MORILLO, Joaquín. La Cláusula general de igualdad. En: Academia de la Magistratura. Materiales del Módulo Derecho Constitucional del Programa de Formación de Aspirantes. Lima, 1997, p. 229.
  - 7 Así, por ejemplo, cuando se vulnera el derecho de una mujer a participar como candidata en un proceso electoral por el solo hecho de ser tal se vulneran sus derechos fundamentales a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a acceder a un cargo público, entre otros.
  - 8 DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA, punto I.5. En: Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993.



Fuente: Política Nacional de Igualdad de Género

Siendo esta discriminación estructural el conjunto de prácticas reproducidas por patrones socioculturales enraizados en las personas, las instituciones y la sociedad en general desde muchísimo tiempo atrás, que se expresan -consciente o inconscientemente- en prácticas y discursos excluyentes o violentos tolerados por el orden social en el cual hombres y mujeres se relacionan en los diversos ámbitos de la vida (social, político, cultural, económico, etc), resulta claro que ésta no se va a lograr erradicar sólo a partir de reconocimientos normativos. En efecto, su progresiva transformación implica del establecimiento, implementación y monitoreo de políticas públicas integrales, medidas y acciones de carácter programático destinadas a su progresiva erradicación, lo que comprende también el establecimiento de normas jurídicas en materia de derechos, instituciones y mecanismos; responsabilidad que es de la sociedad, pero sobre todo del Estado Constitucional.

En consecuencia, el Derecho como sistema jurídico, como hemos referido líneas arriba y más allá de las mejoras concretas de las últimas décadas, responde a estructuras que fueron construidas sin considerar a las mujeres como ciudadanas con acceso, goce y ejercicio de derechos fundamentales en igualdad de condiciones. En tal sentido, requiere de una progresiva deconstrucción que, de darse el contexto de una reforma constitucional, no podrá ser legitimada ni tildada de verdaderamente democrática sin que, desde la propia norma suprema del Estado, se busque incorporar la perspectiva o enfoque de género, al no poder existir democracia sin respeto y participación de los derechos humanos de todas las personas; ello independientemente de que para efectos del presente ensayo nos estemos centrando concretamente en garantizar la no discriminación y los derechos humanos de las mujeres.

Llegado a este punto se podría argumentar -con toda razón- que este reconocimiento normativo a nivel constitucional ya resulta innecesario debido a los avances logrados a partir de algunas disposiciones constitucionales<sup>9</sup>, de la mano con la obligatoriedad de los tratados de derechos

---

9 Como es el caso de los artículos 2° inciso 2 y 191° de la Constitución de 1993.

humanos que protegen los derechos de las mujeres y todo el desarrollo hoy alcanzado en el sistema internacional de protección de los derechos humanos<sup>10</sup> y el artículo 3° y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, como parte de la internacionalización del Derecho Constitucional y la Constitucionalización del Derecho Internacional, todo ello sumado a la emisión de importantes normas en el derecho interno nacional sobre la materia.

Sin embargo, somos de la opinión que, lamentablemente, y a pesar de la solidez de todo lo planteado en el párrafo anterior -lo que por cierto hemos buscado desarrollar en diversos trabajos y escritos elaborados en la materia, la realidad nos viene demostrando que, en gran cantidad de casos, ello no resulta suficiente. Consideramos que esta insuficiencia radica en que se trata de un grave problema de discriminación estructural y sistémica<sup>11</sup> contra las mujeres, enraizada por ende -sea de manera

---

Cabe mencionar que la Constitución de 1979 contenía normas protectoras de los derechos de las mujeres como el artículo 2 inciso 2 que establecía la no discriminación por razón de sexo y el reconocimiento a las mujeres de derechos no menores que al varón. Asimismo, los artículos 43 y 44 reconocían el derecho del trabajador, varón o mujer a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador, y la determinación por ley de las condiciones del trabajo de las mujeres, respectivamente. Sin embargo, el análisis comparativo de ambos textos normativos escapa a los alcances del presente trabajo.

- 10 Como es el caso del Control de Convencionalidad, técnica de control normativo del derecho interno a partir del uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tiene por finalidad asegurar que las normas jurídicas y los actos internos de los Estados que forman parte del sistema interamericano sean conformes con el contenido de los tratados de derechos humanos ratificados y con la interpretación que de ellos realizan los organismos encargados de su cumplimiento. El Control de Convencionalidad ha sido especialmente desarrollado por la Corte IDH en las sentencias emitidas en los casos *Almonacid Arellano vs Chile* (2006) y *Gelman versus Uruguay* (2011). En respeto del Control de Convencionalidad, las decisiones de la Corte IDH son vinculantes tanto para el Estado responsable contra el cual fueron emitidas, como también para todas las entidades estatales -no sólo el Poder Judicial o TC- de los países que han ratificado la CADH y demás tratados del sistema interamericano.
- 11 Problemas públicos estructurales obligan a avanzar, de una visión simple y explicaciones mono causales, hacia una comprensión de mayor complejidad estructural o sistémica, que implica asumir una comprensión compleja y multi causal del problema, integrar las explicaciones elaboradas desde distintos enfoques y aplicar una mayor cantidad y calidad de conocimiento local y regional. El denominado Modelo Ecológico o Sistémico,



consciente o inconsciente- en las personas, comunidad, sociedad y a nivel del propio aparato estatal, problema que se manifiesta también -más allá de la existencia de reconocidas y destacables sentencias emitidas en los últimos tiempos- en la inadecuada interpretación y consiguiente aplicación de las normas internacionales y nacionales que protegen los derechos de las mujeres por parte de las y los diversos operadores jurídicos, entre los que se encuentran jueces, juezas y magistrados constitucionales<sup>12</sup>.

Es en virtud de lo expuesto que, más allá de ser plenamente conscientes de la importancia de no caer en un excesivo reglamentarismo que desvirtúe la naturaleza de la Constitución, resulta imprescindible que, en caso de presentarse un contexto de reforma constitucional esta deberá, necesariamente, incorporar la perspectiva o enfoque de género en su elaboración, que de por sí implicará un avance trascendental para la progresiva deconstrucción del Derecho que parte, ni más ni menos, que de la norma suprema del Estado, a consecuencia de lo cual el incumplimiento de lo que en ella se reconozca -ya sea por parte del Estado o de particulares- reforzaría la consiguiente responsabilidad que este implica.

Así, dado que la progresiva erradicación de una situación de discriminación estructural social y culturalmente arraigada como la que se presenta en el caso de las mujeres, requiere de la incorporación del enfoque de género en el marco de un proceso de reforma constitucional (sea de la parte dogmática o de derechos fundamentales, orgánica o económica de la misma), pasamos a plantear algunas aspectos a tener en cuenta sobre el particular.

---

propuesto por Bronfenbrenner (PAHO. World report on violence and health. Geneva, 2002) se caracteriza por analizar el conjunto de relaciones entre sistemas o ecosistemas que se contienen los unos a los otros, desde la persona individual y sus relaciones más inmediatas como las de su pareja o familia, seguidas por las de su comunidad, barrio o lugar de trabajo, hasta llegar al análisis del entorno social más amplio al que pertenece y que comprende al propio Estado. Definición citada en: Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017- 2021, Decreto Supremo N° 017-2017-IN.

12 Ver al respecto QUISPE PONCE, María Candelaria. Los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el derecho a una vida libre de violencia; y GARCÉS PERALTA, Carolina (2019). El principio de debida diligencia como presupuesto para un real acceso a la justicia y tutela efectiva en los casos de mujeres víctimas de violencia de género. En IV Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales. (pp. 163-187) LIMA: Palestra.

## 2. Algunas consideraciones para una reforma constitucional con enfoque de género<sup>13</sup>

Durante mucho tiempo, en el Perú se han producido discusiones académicas o de relevancia práctica sobre modificaciones constitucionales en temas como el reconocimiento a vivir libres de corrupción, las relaciones entre Gobierno y Congreso, sistema de justicia, sistema electoral, entre otros. Sin embargo, no es mucho lo que se ha planteado en relación a la necesidad de incorporar el enfoque de género en los procesos de reforma de la Constitución o establecer disposiciones constitucionales con la finalidad de contribuir a lograr garantizar el principio/ derecho de las mujeres a no ser discriminadas por razón de género.

Como sostiene el profesor Pedro De Vega<sup>14</sup> entre las cuatro perspectivas desde las que se requiere analizar la problemática y las funciones de la reforma en la moderna organización constitucional democrática se encuentra el ser instrumento de adecuación a la realidad jurídica y política, ser mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, así como ser una institución básica de garantía en la democracia constitucional y frente a los poderes constituidos. Como puede apreciarse, en todas ellas enmarca plenamente la necesidad de plantear la incorporación del enfoque de género en el proceso de reforma constitucional.

En este sentido, y dado que en los últimos tiempos ya se vienen generando discusiones sobre género y reforma constitucional a nivel latinoamericano, consideramos conveniente considerar y evaluar, de manera enunciativa y en el marco de la realidad y viabilidad propia de cada país,

---

13 Más allá de que la discusión sobre reforma total o parcial de la Constitución escapa a los alcances del presente ensayo, consideramos importante mencionar la necesidad de garantizar su legitimidad y el respeto del marco y los mecanismos jurídicos existentes, a la vez de amplia discusión y la participación de todas y todos los involucrados y las fuerzas políticas representativas de la sociedad, que permita contar con una Constitución del bicentenario que cuente con respaldo político, jurídico y social, garantista de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales.

14 DE VEGA GARCÍA, Pedro. La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia. II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución, 2006, págs. 12 y 13. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5768404>.

aspectos como los siguientes que buscan contribuir a garantizar la incorporación el enfoque o perspectiva de género<sup>15</sup>:

- a) Una reforma constitucional requiere contar con un compromiso explícito que se vea consagrado en los debates y/o en las disposiciones aprobadas, que evidencia la necesidad de superar el problema público actual (que es la persistencia de discriminación estructural contra las mujeres que requiere erradicarse para lograr una democracia realmente representativa de un país con una población conformado por el 50% de mujeres). La finalidad no es otra que garantizar mayores grados de igualdad real, justicia y dignidad, bases de todo Estado Democrático. Por ello, la incorporación del enfoque o perspectiva de género en la reforma constitucional comprende dos fases complementarias entre sí:
- Incorporarlo en el propio proceso de reforma, que debe garantizar la participación y presencia paritaria de mujeres (por ejemplo como parte del equipo o grupo encargado de elaborar la propuesta), la recepción de las propuesta de ciudadanas y organizaciones de la sociedad civil, entre otros mecanismos.
  - Incorporarlo en el propio contenido de la reforma a partir de disposiciones constitucionales.

De esta forma se logrará tomar conciencia de la necesidad de distanciarnos de la tradicional concepción de democracia como gobierno del pueblo que continúa entendiendo como tal -por efecto o resultado- al “conjunto de hombres homogéneos”.

---

15 Cabe recordar que el enfoque de género pone en evidencia desigualdades sociales y relaciones asimétricas de poder de varones y mujeres, las cuales han determinado históricamente la subordinación de las mujeres, la violencia contra ellas y limitado sus posibilidades de realización y autonomía. Este enfoque señala que roles, atributos, comportamientos, posiciones jerárquicas, asumidos de manera distinta y excluyente por hombres y mujeres no son naturales, sino construidos social y culturalmente. Ver al respecto plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021 y Ley 30364, Ley para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

De lo que se trata es de efectivizar a la democracia representativa con enfoque de género, es decir, tomando conciencia de una realidad nacional conformada -al igual que en resto del mundo- por 50% hombres y 50% mujeres que requiere conocer y responder a sus problemas y particulares necesidades para erradicar la discriminación.

b) Por la propia naturaleza de la Constitución y sus disposiciones, que por regla son generales y abiertas, esta no puede ni debe contener detalladamente todas las demandas y requerimientos sociales. Sin embargo, sí resulta importante evaluar aspectos como los siguientes, siempre en atención a cada particular realidad:

- buscar visibilizar a las mujeres en todo el contenido, a través del uso de lenguaje inclusivo, no como mero formalismo sino como manera de evidenciar de manera expresa la necesidad estatal de garantizar la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, atendiendo a sus particulares necesidades;
- ninguna disposición constitucional debe fomentar o generar estereotipos de género, ya sea por efecto o por resultado;
- evaluar la necesidad de reconocer nuevos derechos específicos de mujeres como una de las reivindicaciones democráticas actuales más importantes que no debe dejarse de lado en la Constitución. Lo expuesto se justifica, por ejemplo, en aquellos supuestos en los cuales la realidad nacional viene corroborando, a pesar de los avances normativos, la persistencia de brechas de género en el ejercicio de sus derechos fundamentales (como puede ser el reconocimiento del derecho a la no violencia de género, los derechos sexuales y reproductivos, entre otros) o la reticencia social a reconocer que más allá de las normas infraconstitucionales, en la práctica persiste la vulneración

de sus derechos fundamentales<sup>16</sup>. Vale al respecto aclarar que lo que aquí se plantea no busca de ninguna manera desconocer la relevancia de que varios de estos derechos ya se encuentren reconocidos por tratados y estándares internacionales, normas nacionales e inclusive por jurisprudencia nacional e internacional, por lo que resultan per se obligatorios. De lo que se trata es de reconocer que la realidad jurídica y social irradiada por una discriminación estructural contra las mujeres que no ha podido hasta la fecha ser erradicada a pesar de los esfuerzos, puede requerir ahora de la fuerza que le otorga su incorporación en la norma máxima del Estado como parte del proceso de deconstrucción del Derecho.

- evidenciar que la discriminación estructural no sólo se produce en las diversas manifestaciones de la violencia de género, de la que el feminicidio constituye el último y más grave eslabón de la cadena de violencia contra las mujeres.
- resulta recomendable, sobre todo porque a pesar de los avances de los últimos tiempos (incluida su expresa incorporación en el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer- CEDAW) aún existe rechazo social al respecto, evaluar -sin dejar de lado su naturaleza y carácter excepcional- la incorporación expresa para el establecimiento de medidas de acción afirmativa en el propio texto constitucional, con la finalidad de favorecer a las mujeres como grupo históricamente discriminados. Además está decir que la incorporación de este tipo de medidas debe establecerse para todos los grupos históricamente vulnerables.

---

16 Como por ejemplo ocurrió en su momento con la discriminación en el ejercicio y acceso del derecho de las mujeres a la participación política ante la insuficiencia de la consagración legal de las cuotas electorales.

- c) Cabe asimismo presentar algunos ejemplos de incorporación del enfoque de género que han sido establecidos en Constituciones latinoamericanas a fin de evaluar su conveniencia<sup>17</sup>:
- En materia de Familia : incorporación de igualdad en relaciones de pareja (artículo 42 Colombia, artículo 47 Guatemala). También es importante, más aun con la finalidad de garantizar los cambios de roles y atributos de género, evaluar respecto al establecimiento de igualdad en el marco del sistema de cuidado y responsabilidades familiares compartidas.
  - En materia laboral: igualdad de derechos entre trabajadores hombres y mujeres (artículo 36° Ecuador y artículo 89° Paraguay).
  - En materia agraria: igualdad entre mujeres y hombre en otorgamiento de título de dominio (artículo 189 Brasil) y participación igual de hombres y mujeres en planes de reforma agraria (artículo 115° Paraguay).
- d) Respecto a la parte orgánica de la Constitución resulta importante evaluar el establecimiento de la paridad entre mujeres y hombres en instituciones clave como el Tribunal Constitucional, la Junta Nacional de Justicia, entre otras, con la finalidad de garantizar igualdad de acceso y plena participación en las estructuras de poder.
- e) De otro lado, en cuanto a la parte económica de la Constitución, también puede pensarse en la incorporación de aspectos como el trabajo no remunerado, o temas como el sistema de cuidado y responsabilidades familiares compartidas.

---

17 Ver al respecto CEPAL. Reformas constitucionales y equidad de género Informe final Seminario internacional Santa Cruz de la Sierra, 21, 22 y 23 de febrero de 2005, Serie Seminarios y Conferencias 47, Santiago de Chile, marzo de 2006 [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6831/S0500089\\_es.pdf?sequence=1](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6831/S0500089_es.pdf?sequence=1)

- f) Todo lo planteado líneas arriba es, ni más ni menos, que la manifestación de la transversalización del enfoque de género en el proceso de elaboración y contenido de la Constitución como norma suprema del Estado.<sup>18</sup>

### **3. La transversalización del enfoque de género y los métodos feministas del Derecho como garantía del derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres<sup>19</sup>**

Siendo obligación del Estado erradicar la discriminación estructural contra las mujeres surge la necesidad de transversalizar el enfoque de género (TEG) en toda su actuación. En lo que respecta a la gestión pública se ha definido a la TEG como “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Se trata de una estrategia herramienta destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad (ONU, 1997, 24)”. Así, todas las intervenciones estatales deben dirigirse a alcanzar la igualdad de género. Ello guarda directa relación con el principio derecho a la igualdad (formal y material) y no discriminación establecido en la Constitución y en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

---

18 Lo que se presenta a continuación ha sido tomado y adaptado de lo trabajado en GARCÉS PERALTA, Carolina. El principio de debida diligencia como presupuesto para un real acceso a la justicia y tutela efectiva en los casos de mujeres víctimas de violencia de género. En IV Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales, 2019, Lima, Palestra, pp. 163-187.

19 ONU MUJERES. Las Naciones Unidas y la Perspectiva de Género. <https://www.servindi.org/23/11/2018/por-que-las-naciones-unidas-defiende-la-perspectiva-de-genero>. Esta definición se encuentra consagrada en la Política Nacional de Igualdad de Género, aprobada por Decreto Supremo N° 008-2019-MIMP, p. 44.

En este mismo sentido, la igualdad real de oportunidades y de resultados entre mujeres y hombres es una obligación de todo el Estado en su conjunto, que se desprende directamente del artículo 2° inciso 2 de la Constitución y de los diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el estado peruano. La Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres (LIO) tiene como objetivo establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas para garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Este mandato de igualdad y no discriminación contra las mujeres está contenido también en los diferentes planes y políticas nacionales, entre los que destacan el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 y la Política Nacional de Igualdad de Género. Son estas normas las que brindan el principal marco jurídico que establece la obligatoriedad de la transversalización del enfoque de género en la gestión pública y en todo el actuar del Estado peruano.

86

Si bien la TEG ha sido conceptualizada fundamentalmente desde la gestión pública, en el marco de una interpretación teleológica y extensiva, transversalizar el enfoque de género comprende incorporar la perspectiva de género en la elaboración, el análisis y la implementación de la Política y Derecho, lo que se encuentra directamente vinculado a garantizar el principio derecho a la igualdad y no discriminación.

En consecuencia, resulta necesario incidir en que la definición de TEG se vincula al planteamiento de los denominados “métodos feministas del Derecho”, que van más allá de los métodos tradicionales de interpretación y aplicación jurídica y que “han emergido a partir de la crítica de que las reglas existentes, sobre representan las estructuras de poder existentes, valoran la flexibilidad de las reglas y la habilidad de identificar los puntos de vista ausentes”<sup>20</sup>. Cabe tener en cuenta que, como categoría de análisis, la perspectiva de género, que proviene del campo de las

---

20 BARLETT, Katharine T. Métodos Jurídicos Feministas. En: FERNÁNDEZ, Marisol y MORALES, Félix (Coord.). Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Lima: Palestra, 2011, p. 24.



ciencias sociales, constituye una de las contribuciones más significativas del feminismo contemporáneo. Hoy “ya es aceptado que cuando se usa el concepto de “perspectiva de género” se hace referencia a la concepción académica, ilustrada y científica, que sintetiza la teoría y la filosofía liberadora, creada por las mujeres y que forma parte de la cultura feminista”<sup>21</sup>. Sin embargo, y de la mano con lo sostenido, hoy es importante que se exija su inclusión como categoría de análisis jurídico indispensable para lograr garantizar el principio derecho de igualdad y no discriminación.

Aplicar lo expuesto al proceso de elaboración normativa implica partir, como plantea Katherine Barlett, de utilizar el razonamiento práctico feminista<sup>22</sup> o la “pregunta por la mujer” para determinar si el Derecho está fallando al no tomar en cuenta la especial situación de ésta, sus experiencias, valores y preocupaciones, poniéndolas en situación de desventaja o de injusticia. Así, como sostiene Barlett “la sustancia de formular la pregunta por la mujer reside en lo que busca descubrir: la desventaja basada en el género” la que “exige a quien toma decisiones el buscar prejuicios genéricos y alcanzar una decisión en el caso que sea defendible en contraste con esos prejuicios”<sup>23</sup>, la que se genera debido a la discriminación estructural que, a pesar de los avances, aún persiste, y que responde a las diferencias fácticas entre hombres y mujeres que subyacen a los problemas jurídicos<sup>24</sup>.

---

21 LAGARDE, Marcela. Género y Feminismo. Desarrollo Humano y Democracia. Madrid: Horas, 1996, p. 13. Citado por GARCÉS PERALTA, Patricia Carolina y Diana Carolina PORTAL FARFÁN. La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances? En: Pensamiento Constitucional N° 21, Escuela de Posgrado - Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, pp. 107-162.

22 Si bien el razonamiento práctico feminista no rechaza las reglas, cuestiona y desafía la legitimidad de las normas de aquellos que aseguran hablar por la comunidad a través de ellas.

23 BARLETT, Katharine T. Métodos Jurídicos Feministas. En: FERNÁNDEZ, Marisol y MORALES, Félix (Coord.). Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Lima: Palestra, 2011, p. 47.

24 GÓMEZ FERNANDEZ, Itziar. Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España. Revista Aranzadi Doctrinal 2019, Número 11 (Noviembre 2019), p. 1.

Por consiguiente, la necesidad de transversalizar e incorporar la perspectiva de género en el análisis del Derecho, y por ende en un proceso de reforma constitucional implica tomar plena conciencia de la real situación que enfrentan las mujeres debido a los estereotipos y patrones socioculturales arraigados, los cuales suelen llevar a vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres en su diversidad.

Queda entonces claro que la TEG no puede ser dejada de lado en un proceso tan importante como es la reforma constitucional, es más, en nuestro concepto no sólo se trata de una herramienta necesaria en toda la gestión pública, sino como parte indispensables para cumplir con el mandato estatal de garantizar la no discriminación en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, y que como tal se encuentra obligado a garantizar la igualdad de personas pertenecientes a grupos discriminados. Así, la TEG y la aplicación de los denominados métodos feministas del Derecho tienen una misma orientación, que no es otra que cumplir con este mandato que es obligación de todo el Estado, identificando los sesgos de género que pueden presentarse en las propias estructuras jurídicas y políticas del Estado, sirviendo a sí como instrumento liberador en un sistema de poder estructuralmente masculinizado<sup>25</sup>, y que por ende requiere ser deconstruido. Sólo la incorporación de la perspectiva de género en un proceso de reforma constitucional que tenga en cuenta lo expuesto en el marco de la particular realidad de cada país, permitirá construir una sociedad más democrática, incluyente y sostenible. La necesidad de transversalizar e incorporar la perspectiva de género en el análisis del Derecho implica, para las y los operadores jurídicos, ejercer sus funciones tomando plena conciencia de la real situación que enfrenan las mujeres debido a los estereotipos y patrones socioculturales arraigados. No hacerlo lleva a vulnerar las bases estructurales indisponibles de una Constitución

Es por ello que un proceso de reforma constitucional llegado el Bicentenario se torna en una real oportunidad de construir un instrumento

---

25 GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España. *Revista Aranzadi Doctrinal* 2019, Número 11 (Noviembre 2019), pp. 17 y 18.

jurídico inclusivo de todas las personas pertenecientes a los sectores hasta ahora discriminados y excluidos –como los indígenas, las mujeres, la comunidad LGBTI<sup>26</sup>, las personas con discapacidad, entre otros– y avanzar en la ampliación de derechos y la consolidación de una sociedad democrática, en un Estado de gran riqueza pluricultural como el nuestro.

En efecto, la situación de la discriminación estructural resulta especialmente compleja en países como el nuestro, donde las mujeres no son un grupo homogéneo sino diverso, y cada grupo con necesidades diferenciadas, no sólo por la multiculturalidad y la pobreza que tiene rostro de mujer, sino por su simultánea confluencia con otros factores de discriminación como son los de discapacidad, étnica, entre otros. Por ello, además de la urgencia de incorporar el enfoque de género es necesario entender la aplicación del enfoque interseccional<sup>27</sup> como reto y desafío necesario de plasmar también en la Constitución.

El análisis de las diferentes formas de discriminación en el ámbito constitucional debe ser abordado, necesariamente desde la perspectiva de género, de la mano con la denominada interseccionalidad o

---

26 Ejemplo de la complejidad de erradicar la discriminación estructural y su persistencia lo encontramos también en los casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género, ello a pesar del compromiso del Estado peruano de cumplir el Control de Convencionalidad y de respetar los estándares internacionales emitidos por los sistemas de protección de derechos humanos en la materia. Lo expuesto se agrava más aun, teniendo en cuenta que en marzo del año pasado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentenció el 12 de marzo de 2020 el caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, en cuyo numeral 90 reconoce que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales y reitera que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos.

27 De acuerdo con lo establecido en el Plan Nacional contra la Violencia de Género, el enfoque de interseccionalidad se define como la existencia de un “sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas”. Así por ejemplo, la discriminación por ser mujer se ve agravada al interactuar con otros mecanismos de opresión ya existentes (por razones de raza/étnica, edad, pobreza, orientación sexual origen y estatus migratorio, discapacidad, entre otras) creando en conjunto una nueva dimensión de exclusión y discriminación. No se trata de una suma de desigualdades, sino que conforman un nexo o nudo que “interseccional” cada una de estas discriminaciones de forma diferente en cada situación personal y grupo social.

discriminación múltiple, que implica reconocer la coexistencia o confluencia simultánea de dos o más factores de discriminación que debe tenerse en cuenta al definir políticas públicas, emitir normas jurídicas o resolver casos (como ocurre por ejemplo en el caso de mujeres con discapacidad, mujeres indígenas, mujeres menores de edad, entre otras)<sup>28</sup>, sin el cual la protección de las mujeres víctimas de discriminación puede resultar irreal. Importante tener en cuenta que la necesidad de realizar ambos acercamientos (perspectiva de género e interseccionalidad) se encuentra enmarcada en el contenido de lo establecido por el artículo 2º inciso 2 de la Constitución, que contempla una lista abierta de factores prohibidos de discriminación.

Por todo lo expuesto es indispensable que, además de los principios y métodos de interpretación tradicional, se utilicen métodos de análisis que permitan evidenciar que el Derecho no surge de manera neutral, sino que responde a estructuras que no tomaron en cuenta a las mujeres y que, por ende, requieren ser replanteadas y reinterpretadas<sup>29</sup>.

90

Lo cierto es que cada vez se debe ir avanzando a lograr el reto de una Constitución que realmente se funde en la dignidad e igualdad de todas las personas, en toda su diversidad.

#### 4. Consideraciones finales

La realidad continúa hoy mostrándonos -a partir de la persistencia de las vulneraciones de los derechos fundamentales de las mujeres por el solo hecho de ser tales- la urgente necesidad de la aplicación del enfoque

---

28 Ver al respecto SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana. “La “discriminación múltiple” como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación”. Tesis (Magister en Derecho Constitucional) -Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, 2015.

29 Ver al respecto ALVITES ALVITES, Elena. Derecho Constitucional y Métodos Feministas. La interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación del derecho a la igualdad y a la no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres. En: FERNÁNDEZ, Marisol y MORALES, Félix (Coord.). Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Lima: Palestra, 2011, pp. 117-143.

de género en toda actuación del Estado, como una de las reivindicaciones democráticas actuales más importantes. Lo expuesto comprende también su necesaria incorporación en el marco de una reforma constitucional, la que sin duda requerirá, para garantizar su legitimidad, de una amplia y democrática discusión. Ello independientemente de lo imprescindible de que toda norma emitida, aún cuando se trate de la Constitución como norma suprema del Estado, requiere ir acompañada de políticas públicas, medidas y acciones que vayan generando cambios continuos y progresivos en el Estado y toda la sociedad, pues se requiere aún de cambios profundos para lograr la vigencia de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad.

Complementariamente a lo expuesto, y más allá de que se lleve a cabo una pronta reforma de la Constitución, debemos reforzar el compromiso de las y los operadores jurídicos por transversalizar el enfoque de género en toda su actuación, lo que va de la mano con la transversalización del enfoque de género y la utilización de métodos feministas, pues permiten tener mayor conciencia de la problemática de género y, por consiguiente, de que el Derecho responde a estructuras que no tomaron en cuenta las especiales necesidades e intereses de las mujeres y que requieren por tanto ser replanteadas e reinterpretadas. Ello ocurre con especial incidencia en el caso las y los magistrados constitucionales, que son los intérpretes de la Constitución por excelencia, pues su función se torna en indispensable para lograr la real vigencia y protección de los derechos de todos los ciudadanos y ciudadanas sin discriminación de ningún tipo en un país como el nuestro, donde la riqueza y diversidad de nuestra población genera un reto que como funcionarios y funcionarias del Estado debemos asumir en el marco de nuestras competencias, y como sociedad en todos los aspectos de nuestra vida, aspecto que, reiteramos, implica analizar la discriminación de género contra las mujeres desde un enfoque interseccional.

Esta será, sin lugar a dudas, la mejor manera de celebrar nuestro Bicentenario Nacional, a partir de un esfuerzo común que redundará no sólo en favor de las mujeres, sino de todas las personas, contribuyendo así a lograr la construcción de una sociedad justa e igualitaria, propia de todo Estado que quiera ser calificado como Constitucional y Democrático de Derecho.



# Desafíos, avances y la lucha pendiente por consolidar el Estado Constitucional en el Perú, a propósito de su Bicentenario

✎ CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS\*

## 1. A modo de introducción: Algunos desafíos que trae consigo el Estado Constitucional

**E**l Estado Constitucional, que, en términos generales, es un sistema político que se edifica sobre una comprensión de la Constitución como un plexo de valores y principios que irradian todo el ordenamiento jurídico, ha significado importantes desafíos en el Perú, y lo seguirá siendo en los próximos años.

93

En efecto, entender que detrás de dicho sistema político hay una especial preocupación por limitar y controlar toda cuota de poder, como medio para garantizar un esquema óptimo de reconocimiento, respeto y

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Educación con mención en Docencia en Educación Superior por la Universidad San Ignacio de Loyola. Maestro en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Master of Business Administration in International Business por San Ignacio University. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de libros y trabajos publicados en el Perú y el extranjero. Expositor en actividades académicas tanto nacionales como internacionales. Fue Director Académico del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico y de la Escuela de Postgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola, así también Asesor Principal del Congreso de la República, miembro del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial y Asesor Principal del Despacho Viceministerial de Mype e Industria del Ministerio de la Producción. Actualmente, se desempeña como docente universitario en pregrado y en postgrado.

tutela de los derechos fundamentales; sobre la base de la vigencia efectiva de la Constitución<sup>1</sup>; suena bien, pero de cara a la práctica entraña serias dificultades.

En primer lugar, está el hecho que aún nos cuesta comprender que no cabe ejercicio de fuerza o despliegue de autoridad que escape a límites y controles. Esto se hace más patente aún frente a atribuciones tradicionalmente consideradas como políticas, las cuales, a pesar de responder a criterios de calidad, oportunidad o conveniencia, en tanto su ejercicio puede poner en riesgo o configurar lesiones a nuestros derechos, deben, igualmente, ser susceptibles de control judicial<sup>2</sup>. En segundo término, está la tarea de no sólo identificar los mecanismos adecuados para

- 1 Entre los interesantes trabajos sobre el particular podemos mencionar AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra Editores y Temis, 2004, especialmente p. 15-62; DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, 1969, p. 31 y ss; HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México-Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003; LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995; por citar tan sólo algunos ejemplos.
- 2 Sin ir muy lejos, el propio Kelsen parecía avizorar la posible tendencia a extender los alcances de la jurisdicción constitucional, de manera que cada vez sean menos los espacios de poder que no sean susceptibles de ser sometidos a algún grado de control para determinar su conformidad con la Constitución. En ese sentido, afirmó lo siguiente:  
“Podría, sin embargo, extenderse la competencia de la jurisdicción constitucional a los actos individuales, aunque no estén revestidos de la forma de las leyes o de las de los tratados ni estuvieran inmediatamente subordinados a la Constitución, siempre y cuando estos actos tengan el carácter de obligatorios, porque sin esto toda posibilidad de controlar su regularidad desaparecería. Sin duda sólo podría tratarse, de un número muy limitado de actos. Podría, naturalmente, darse a la jurisdicción constitucional, por razones de prestigio o por otras razones, el control de ciertos actos individuales del jefe de Estado o de gobierno –suponiendo que se desea de manera general– someterlas a un control jurídico. En fin, señalamos que puede ser oportuno, llegado el caso, hacer del tribunal constitucional una Alta Corte de Justicia encargada de juzgar a los ministros sometidos a responsabilidad, un tribunal central de conflictos, o un tribunal investido de otras facultades con el objeto de evitarse las jurisdicciones especiales. En efecto, es preferible, de una manera general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de decir el derecho”.



llevar a cabo dicho control sino, además, de premunir a las autoridades que resulten competentes, de aquellas garantías y principios que aseguren un control eficiente, diligente y eficaz. Finalmente, y no por ello menos importante, asoma la tarea de contar con las herramientas, medidas o recursos que aseguren un cumplimiento cabal y oportuno de lo que se decida al respecto.

Sin embargo, lo antes mencionado sólo se refiere a una parte de lo que nos corresponde hacer de cara a asegurar la limitación y control del poder; si entramos al terreno de los derechos fundamentales y las condiciones para su reconocimiento, respeto y tutela; el asunto no es menos complejo. Y es que, por un lado, están las discusiones teóricas, que no dejan de ser importantes, alrededor del sistema de derechos fundamentales en el país; es decir, qué concepción manejamos y, por ejemplo, sobre la base de ello, cuándo estamos o no ante un derecho fundamental. Por otro lado, está la complejidad para determinar el nivel no sólo de exigibilidad sino sobre todo de eficacia de dichos derechos fundamentales, mas aún, cuando sabemos que hay sectores o grupos vulnerables que claman por una atención específica de sus necesidades para hacer realidad sus derechos o conocemos de situaciones que han puesto en verdadero jaque al Estado: la pandemia producto del COVID-19 y el colapso del sistema de salud tanto público como privado, lamentablemente, es un buen ejemplo de ello.

Y si lo antes expuesto no fuera suficiente, pensemos por un instante que la Constitución viene a ser esa plataforma normativa en la que nos debemos apoyar para atender y resolver las controversias o conflictos entre el poder, los derechos fundamentales, y los propios derechos entre sí; y resulta que es, probablemente, la norma jurídica más imperfecta del sistema jurídico. Efectivamente, conviene tener presente que, por esa vocación de generalidad y permanencia propia de una Constitución contemporánea, sus disposiciones se muestran abiertas en su formulación

---

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 69-70.

dando a pie a algunos vacíos, ambigüedades o que diferentes opciones políticas o valorativas se puedan canalizar por su intermedio. Esto último, que puede resultar quizá una ventaja que contribuya a la permanencia y vigencia de un texto constitucional, al mismo tiempo, se erige en un desafío para quienes tienen a su cargo, por ejemplo, la función jurisdiccional, pues, como se sabe, no pueden dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la norma, viéndose obligadas, más de una vez, a tomar posición en aquellas materias o aspectos en los que el constituyente ha preferido no hacerlo, con la consecuente afectación que esto puede traer consigo en su legitimidad.

## **2. Hacia un Estado Constitucional: Avances, peligros y tareas pendientes**

Vistas las cosas a partir de esta breve descripción, bien conviene preguntarse qué hemos hecho y que nos falta por hacer para seguir avanzando con el objetivo de que el Estado Constitucional sea una realidad en nuestro país. No diremos que es poco o mucho lo avanzado; ya que una valoración de este tipo no sería justa para una realidad como la peruana. Es cierto que no siempre la hemos tenido fácil, pero, pese a ello, hemos sido capaces de ver la luz al final del túnel, y salir airoso de cuanto desafío o reto hemos tenido por delante; así que sin duda hemos dado algunos pasos que suponen un avance.

Un primer aspecto a relevar es que, con voces a favor y en contra, después de mucho tiempo hemos logrado vivir en democracia bajo una misma Constitución durante varios años. Bien es sabido que el Perú no es un país con una larga tradición democrática. Es más, los golpes de Estado y cambios de Constitución han estado muy presentes, a tal punto que, desde los inicios de la República a la fecha, hemos tenido más de diez textos constitucionales, y gobiernos militares y civiles no necesariamente respetuosos de tales parámetros constitucionales. Sin embargo, hoy pareciera que algo de estabilidad se ha conseguido en este frente y, ojalá, por el bien del país se mantenga. Y es que la incertidumbre e inseguridad que lleva ínsita cambiar totalmente de Constitución, en nuestra modesta opinión, dadas las circunstancias actuales del país con una pandemia que nos azota cada día y una economía que sufre los embates de la crisis sanitaria

y de un contexto electoral y global complejo, no es algo que necesitemos en este momento. Desde luego, siempre se puede estar mejor, y la Constitución es un documento normativo perfectible por su propia naturaleza, por lo que, en cualquier caso, tal vez el camino de la reforma parcial sea el más adecuado.

Otro aspecto a destacar es el empoderamiento de las instituciones judiciales del país. Nos referimos al rol activo que han asumido, marcando en más de una ocasión la agenda de los derechos fundamentales y del ejercicio del poder político en el Perú. Efectivamente, hace algunos años atrás era impensable que el entrampamiento político Congreso-Gobierno del que hemos sido testigos en el último quinquenio, hubiera sido llevado a una entidad jurisdiccional para que sea ésta la que lo resuelva sobre la base de parámetros constitucionales. Sin embargo, eso fue lo que pasó<sup>3</sup>. Y más allá de que haya quienes saluden o no las decisiones adoptadas al respecto, lo cierto es que este tipo de hechos delimitan un norte. En efecto, tal como sucede en otros países, la tendencia es que los jueces asuman la delicada e importante responsabilidad, por un extremo, de ser los máximos intérpretes de la Constitución; y, por otro lado, en ejercicio de dicha competencia, de contribuir a la denominada “constitucionalización de la política”<sup>4</sup>, fenómeno que empieza a hacerse sentir en el Perú.

---

3 En este sentido, se puede revisar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0006-2019-CC/TC, a propósito de la disolución parlamentaria llevada a cabo el 2019; o también la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00002-2020-CC/TC, a propósito de la vacancia presidencial ocurrida en el año 2020.

4 Conforme ponen de manifiesto algunos destacados profesores, existe en definitiva una estrecha relación entre la jurisdicción constitucional y la consolidación de la democracia, sobre todo a partir de una concepción de la Constitución como la norma fundamental destinada a limitar el poder con el objeto de promover la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en tanto valores superiores en un determinado contexto histórico y social. Desde este punto de vista, por lo menos en los países que se precian de ser democráticos, se puede constatar una tensión entre la dinámica de la política y la preocupación por consolidar la vigencia de la Constitución como norma jurídica. Puede revisarse a este respecto: ALEXY, Robert y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Jueces y ponderación argumentativa. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2006, p. 78-81; FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: CARBONEL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores). Estado

No obstante, no sería justo destacar sólo la labor de los jueces en lo que atañe al control del poder político, ya que, en el frente de los derechos fundamentales lo cierto es que también empiezan a dar señales de estar a la altura del reto. Así, por un lado, contar con decisiones que buscan allanar el terreno para lograr un ejercicio de los derechos fundamentales en esquemas de vulnerabilidad, es algo que bajo el fenómeno de la especificación de los derechos fundamentales se debe relevar<sup>5</sup>. En efecto, encontrarnos con decisiones judiciales que muestran una visión más empática acerca de las dificultades que enfrentan determinados grupos minoritarios o vulnerables, es algo que sin duda contribuye a construir una identidad nacional y hacer de los derechos fundamentales una realidad universal.

Por otro lado, están las decisiones de aquellos jueces que, contra viento y marea, o con el valor que debería llevar de por sí la labor de impartición justicia en un Estado democrático, están dispuestos a retar al sistema y promover cambios estructurales tanto en la sociedad como en el ordenamiento jurídico en general. En efecto, mientras hace unos años atrás la discusión alrededor de la eutanasia y el derecho a una muerte digna parecía limitarse a los ámbitos académicos y, en el mejor de los casos, legislativos; hoy está en el judicial<sup>6</sup>. Esto no es poca cosa si somos conscientes que en este escenario el debate estará menos contaminado por consideraciones políticas y más hacia un esquema jurídico-moral alrededor de los derechos fundamentales que están en juego.

---

de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo veintiuno editores, 2002, pp. 187-204; NOHLEN, Dieter. Derecho y política en su contexto. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 1-30; SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica. México: Fondo de Cultura Económica e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 197-229.

- 5 En este sentido se puede revisar, a modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02437-2013-PA/TC, acerca del acceso a establecimientos públicos por parte de personas invidentes con un animal de asistencia-perro guía.
- 6 Claramente nos referimos al caso denominado “Ana Estrada”, que con sentencia de fecha 22 de febrero de 2021, el Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada en parte la demanda de amparo, a fin de que se inaplique a su caso el artículo 112° del Código Penal, que tipifica el delito de homicidio piadoso.

Naturalmente, los ejemplos antes citados no nos deben llevar a cantar victoria, pues claramente aún es mucho lo que nos falta por hacer, pero sin duda marcan una pauta que, al menos desde nuestro punto de vista, nos presentan un escenario más prometedor para conseguir que el Estado Constitucional se afiance en nuestro país.

Y es que cuando decimos aún nos falta por hacer, es porque hay otros temas en los que podemos observar una displicencia, que no sólo preocupa, sino que puede resultar hasta frustrante, porque demuestra que no necesariamente todos estamos remando haciendo el mismo lado. En efecto, por ejemplo, llama poderosamente la atención como en sede nacional contamos con importantes avances en materia de control judicial del poder político y la tutela de derechos fundamentales como los citados anteriormente, pero al mismo tiempo, de cara a nuestras obligaciones internacionales, contamos con un lamentable récord ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 97 casos con sentencia, 64 con medidas provisionales y 8 en trámite; números que están muy por encima de sus pares en la región<sup>7</sup>.

Si a lo antes mencionado le sumamos la reiterada intención por parte de algunos sectores de denunciar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, consecuentemente, hacer a un lado las obligaciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo que significaría recortar nuestro derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y dejarnos en situación de indefensión frente a un actuar lesivo de nuestras propias autoridades; nos demuestra que no podemos bajar la guardia.

Así también cuando escuchamos por parte de algunos sectores que ciertos organismos constitucionales como el Tribunal Constitucional o la Defensoría del Pueblo, cuyo papel es sumamente importante para lograr que todo cuanto hemos mencionado aquí sea una realidad, podrían eventualmente ser eliminados; nos volvemos a preguntar si todos estamos remando hacia el mismo lado.

---

7 Puede revisarse el detalle de la situación de los casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: [https://www.corteidh.or.cr/mapa\\_casos\\_pais.cfm](https://www.corteidh.or.cr/mapa_casos_pais.cfm).

### **3. A modo de conclusión: Una lucha que bien vale la pena librar**

Qué bueno fuera que el debate estuviera orientado a evaluar cómo fortalecer o garantizar mejores condiciones para un ejercicio autónomo, imparcial, diligente y eficaz de las labores que les han sido confiadas a dichos organismos o lograr que los mecanismos de control hoy existentes contribuyan a alcanzar en muchos casos una justicia más oportuna. Sin embargo, como vemos, la discusión es otra, aunque la lucha, valgan verdades es la misma, pues intentos de este tipo ya los hemos enfrentando antes, y hemos sabido vencerlos. El tema, nuevamente, es no bajar la guardia.

Y es que, como se habrá podido observar, consolidar el Estado Constitucional es una verdadera lucha, incansable e inagotable, pero lucha al fin y en la que debemos involucrarnos. El Perú está a puertas de cumplir su bicentenario y es la oportunidad de reafirmar nuestro compromiso con la democracia y el Estado Constitucional. Es más, quizá sea el momento de preguntarnos cuánto hemos sumado a este esfuerzo y, si no lo hemos hecho aún, estar preparados cuando tengamos la oportunidad de hacerlo; porque si hay algo que no debemos olvidar es que las oportunidades prescriben y un bicentenario también.

# El significado del Bicentenario en el Derecho Constitucional peruano

✎ CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ\*

● Qué significa el Bicentenario de la Independencia para el Derecho Constitucional? Para intentar contestar esta importante pregunta debemos retrotraernos precisamente al inicio de nuestra vida republicana y a los textos que tenían vocación constitucional en ese momento. De hecho, la primera Constitución de nuestro país fue la de 1823, pero la Constitución prototipo del Estado Peruano es la de 1828, por razones que luego vamos a ver.

101

## 1. Los primeros textos

En este orden de ideas, tenemos en primer lugar que el Estatuto Provisional de 1821, fue promulgado por José de San Martín, el cual contenía importantes disposiciones organizativas, pero que no llegaba a conformar una verdadera constitución. Ello en primer lugar por no haber sido producto del poder constituyente. En segundo lugar por carecer de una verdadera parte dogmática, donde se establezcan derechos fundamentales de manera integral.

Sin embargo, dicho Estatuto muestra algunas disposiciones que se mantienen hasta el día el hoy. Tenemos por ejemplo el establecimiento de

---

\* Socio de Guzmán Napurí & Segura Abogados. Director del Programa de Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Continental. Vocal del Tribunal de Susalud y del Tribunal del Servicio Civil. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho por la misma universidad. Docente de la PUCP, de la Universidad ESAN, de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Continental.

los ministros de Estado y su interacción con el titular del Poder Ejecutivo, en este caso el Protector<sup>1</sup>. Asimismo, encontramos diversas atribuciones a favor de este último, las cuales se conservan hasta ahora, en mayor o menor medida.

Este Estatuto fue antecedente inmediato de una norma considerada como la base de la futura Constitución peruana<sup>2</sup>. Dicha norma “constitucionalizó” la división de poderes; la responsabilidad solidaria de los ministros –que es el primer ajuste que se incorporó respecto al modelo presidencial de la Constitución de Estados Unidos–; y la existencia de un senado conservador, no parlamentario, y encargado de mantener en funcionamiento adecuado el sistema. Al mismo tiempo, esta norma fue origen de nuestro primer texto constitucional: la Constitución de 1823.

La primera Constitución del Perú, promulgada en 1823<sup>3</sup>, fue resultado de un Congreso General Constituyente que inició funciones el 20 de septiembre de 1822. En dicho texto constitucional, se coloca al Parlamento como el primer poder y, de este modo, se cercena en buena parte, las atribuciones que hoy se otorgan al jefe de Estado peruano, cuya elección estaba a cargo del Congreso en dicha norma<sup>4</sup>. Este no sería elegido popularmente sino hasta la sanción de la Constitución de 1828.

---

1 **SECCIÓN TERCERA**

Art. 1°.- Los Ministros de Estado son los jefes inmediatos en su respectivo departamento, de todas las autoridades que dependen de cada uno de ellos.

Art. 2°.- Expedirán todas las órdenes y dirigirán las comunicaciones oficiales a nombre del Protector, dentro y fuera del territorio del Estado bajo su responsabilidad y única firma, debiendo quedar rubricado el acuerdo de unas y otras por el Protector, en el libro correspondiente a cada Ministerio.

(...)

2 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional Peruano*. Lima: Ediciones Librería Studium, 1960, p. 6.

3 PAREJA PAZ SOLDÁN. Ob. cit., p.7 y GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “El constitucionalismo peruano en la presente centuria”. En: *Derecho*. N° 4344, 1989/1990, p. 60.

4 ARTICULO 60.- Son facultades exclusivas del Congreso:

(...)

24.- Elegir el Presidente y Vice-presidente de la República de entre los individuos que le proponga el Senado

(...)



Así, la falta de elección democrática del Presidente, la apariencia monolítica del Congreso unicameral y la existencia de un senado conservador, que era la práctica un Consejo de Estado, le daban un matiz parlamentarista a la Carta de 1823. Como resultado de este carácter, dicho texto se asemejaba más a las primeras constituciones francesas - en especial, la de la Convención - que a la Constitución de Estados Unidos.

Finalmente, y por lo menos desde el punto de vista formal, la Constitución de 1823 destruyó el proyecto monárquico que el libertador San Martín pretendía para el Perú y sancionó, definitivamente, la existencia de una república<sup>5</sup>, con un presidente a la cabeza<sup>6</sup>. El resultado evidenció la conclusión del debate inicial respecto a la forma de gobierno del Perú.

La segunda Constitución del Perú fue la de 1826 o “Vitalicia”. Esta Constitución tuvo una vida muy fugaz (siete semanas) y su aporte al constitucionalismo peruano fue prácticamente nulo. Entre sus particularidades destacan la instauración de un ejecutivo vitalicio que gozaba de la facultad de nombrar a su sucesor y de una tercera cámara legislativa - llamada de los “Censores” - encargada del control de las otras dos y cuya función se reconocía similar a la del Senado Conservador que era previsto por la Constitución de 1823<sup>7</sup>.

## **2. La Constitución de 1828**

La Constitución prototipo de la historia constitucional peruana fue la de 1828. Dicha Constitución mostró claras influencias del presidencialismo estadounidense en la determinación de su sistema de gobierno.

---

5 ARTÍCULO 72º.- Reside exclusivamente el ejercicio del Poder Ejecutivo en un ciudadano con la denominación de Presidente de la República.

6 “Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el proyecto de ella al Congreso Constituyente”. En: *Pensamiento Constitucional*, Revista de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, PUCP, 1994, pp. 204 y ss.

Es interesante observar como la opción por una separación rígida de poderes, acompañada del desprestigio de la monarquía a los ojos de los primeros constitucionalistas de toda América, generaban en estos un poderoso rechazo hacia el parlamentarismo y una clara tendencia al presidencialismo.

7 PAREJA PAZ SOLDÁN, op. cit., pp. 61 y 285.

A partir de este texto comienzan a presentarse formas que luego han sido constantes dentro del sistema de gobierno peruano<sup>8</sup>:

1. Se configuró el sistema presidencial en el Perú y consolidó la Forma de Gobierno Republicana<sup>9</sup>. Dicho sistema no estaba muy bien especificado en los textos constitucionales anteriores, dada la cierta hipertrofia parlamentaria instituida por la Constitución de 1823<sup>10</sup>, como hemos visto líneas arriba. Esta configuración implicaría, necesariamente, la elección popular - aunque en un principio solamente indirecta<sup>11</sup> - del Presidente

---

8 Aquí es necesario hacer algunas precisiones conceptuales. Cuando se habla de forma de Estado, nos referimos a la relación entre el propio Estado y el territorio en el cual se asienta el mismo. En este orden de ideas, un Estado puede ser federal o unitario, y ciertos constitucionalistas incluyen el estado regional y el descentralizado como categorías adicionales.

Cuando hablamos de forma de gobierno, en cambio, nos referimos a las diferencias generadas respecto al titular de la Jefatura de Estado: Monarquía, República o Imperio. Finalmente, forma de gobierno en sentido amplio o sistema de gobierno - que es el término más usado, y en nuestra opinión, el correcto - hace referencia a la tendencia parlamentaria o presidencial del mismo. En este orden de ideas, es preciso señalar que la Carta de 1823 cierra el debate respecto a la forma de estado. Por otra parte, la Carta de 1828 configura en forma definitiva la tendencia presidencial del sistema de gobierno peruano.

9 Art. 82º.- El Supremo Poder Ejecutivo se ejercerá por un solo ciudadano, bajo la denominación de Presidente de la República.

10 GARCÍA BELAUNDE, *ob. cit.*, p. 64.

11 Art. 86º.- La elección de Presidente o Vicepresidente se hará por los Colegios Electorales de Provincia en el tiempo y forma que prescriba la ley, que se dará sobre las bases siguientes:

1. Cada Colegio Electoral de provincia elegirá por mayoría absoluta de votos dos ciudadanos, de los que uno por lo menos no sea natural ni vecino del departamento, remitiendo testimonio de la acta de la elección al Presidente del Senado.
2. La apertura de las actas, su calificación y escrutinio se hará por el Congreso.
3. El que reuniera la mayoría absoluta de votos del total de electores de los Colegios de provincia será el Presidente.
4. Si dos individuos obtuvieran dicha mayoría, será Presidente el que reúna más votos. Si igual número, el Congreso elegirá, a pluralidad absoluta, uno de los dos, quedando el otro para Vicepresidente.
5. Cuando ninguno reúna la mayoría absoluta, el Congreso elegirá Presidente entre los tres que hubiesen obtenido mayor o igual número de sufragios, y entre los dos que quedan, elegirá asimismo al Vicepresidente.
6. La elección de Presidente y Vicepresidente en estos casos, debe quedar concluida en una sola sesión, hallándose presentes lo menos dos tercios del total de los miembros de cada Cámara.

de la República. A eso se sumaba la posibilidad de reelección inmediata del Presidente<sup>12</sup>.

2. Se consagró el bicameralismo<sup>13</sup>. Esta Constitución establecía un Congreso con dos cámaras: una de senadores y otra de diputados - ambas elegidas por una distinta basa electoral: los senadores por las Juntas Departamentales y los diputados por las provincias, en proporción a su población de las mismas -. Ambas cámaras llevaban a cabo una función legislativa de colaboración, es decir, la función legislativa es realizada por ambas cámaras sin especial preponderancia de alguna de ellas. Esta función se encontraba acompañada de atribuciones de control de tipo indirecto o alterno similares a las contempladas en los Estados Unidos. De acuerdo a los comentarios políticos de aquella época se llegó a considerar que la Constitución creaba mecanismos para la obtención de un poder muy grande por parte del Congreso<sup>14</sup>.
3. Se determinó una amplia responsabilidad funcional del jefe de Estado<sup>15</sup>, pero esta responsabilidad es compartida con los ministros, lo cual implicaba necesariamente la existencia del refrendo ministerial para la validez de los actos presidenciales<sup>16</sup>. Esta fue la definitiva aparición de un sistema que implicaba la atenuación del régimen presidencial norteamericano, cuyo modelo era el tomado inicialmente por dicha Constitución<sup>17</sup>.

---

12 Art. 84º.- El ejercicio del Poder Ejecutivo no puede ser vitalicio, y menos hereditario. La duración del cargo de Presidente de la República será la de cuatro años: pudiendo ser reelegido inmediatamente por una sola vez, y después con la intermisión del período señalado.

13 Art. 10º.- El Poder Legislativo se ejerce por un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores.

14 PAREJA PAZ SOLDÁN, op. cit., p. 71.

15 Art. 88º.- El Presidente es responsable de los actos de su administración.

16 Art. 100º.- Los Ministros son responsables de los actos del Presidente que autoricen con sus firmas contra la Constitución y las leyes.

17 *Ibid.*, p. 69.

La razón de dicha limitación la encontramos particularmente en la necesidad de limitar el poder del Presidente de la República<sup>18</sup> y de corregir la excesiva rigidez del sistema norteamericano que no prevé ningún mecanismo de solución de conflictos entre los órganos de Gobierno.

4. Se consagró la existencia del Consejo de Estado, como una especie de Comisión Permanente ligada al Congreso de la República<sup>19</sup>, y además similar al Senado Conservador que establecía la Constitución de 1828. Esta institución estaría presente en las Constituciones peruanas, con variable éxito, hasta 1920.

### 3. A modo de conclusión

Así, los primeros textos constitucionales generaron las bases para la organización que tenemos el día de hoy, con sus activos y pasivos. Como hemos señalado, si bien la Constitución de 1828 es la que sirve de base a todas las demás que conocemos, los textos anteriores también han aportado diversos elementos a la conformación del Estado Peruano, como lo conocemos el día de hoy.

Es así que en estos doscientos años de historia constitucional, dichas bases se han mantenido como tales, en especial lo relativo a la forma de estado, la forma de gobierno y el sistema de gobierno. En el primer caso, se tiene claro que la forma de estado es unitaria, que luego se fue descentralizando. En cuanto a la forma y sistema de gobierno, se concluyó que sería la república presidencial, con los ajustes generados por la incorporación de elementos propios del sistema parlamentario.

---

18 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Las relaciones entre Gobierno y parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú”. En: *Forma de Gobierno, Relaciones ejecutivo-parlamento*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 160.

19 Art. 92º.- En receso del Congreso habrá un Consejo de Estado compuesto por diez Senadores elegidos por ambas Cámaras pluralidad absoluta.

# Reflexiones sobre la cuestión de confianza a propósito de la crisis política 2016-2019

✉ CRISTHOPER YHONATHAN RIVAS ORMEÑO\*

## 1. Introducción

Desde que la figura de la cuestión de confianza fuera incorporada en nuestro régimen de gobierno, no cobró mayor importancia si no fuera por la crisis política ocurrida entre los años 2016 a 2019<sup>1</sup>. Este periodo fue clave a fin de conocer a profundidad sus alcances para conllevar mejor las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

107

Pese a los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional en dos ocasiones sobre este tema, la controversia sigue siendo latente, especialmente por la llamada denegación fáctica de la confianza. Ante ello y a puertas del Bicentenario, en las siguientes líneas explicaremos algunos alcances generales sobre este mecanismo y sus antecedentes históricos en el constitucionalismo peruano. Además, se hará mención sobre la regulación de la cuestión de confianza en nuestra actual Carta y especialmente, cómo llegó a interpretar el ente constitucional este mecanismo ante la crisis política en estos últimos años. Finalmente, haremos unas precisiones por cómo debería plantearse la cuestión de confianza en el marco de nuestra Constitución

---

\* Egresado de Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestrando en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

1 Aunque para nosotros la crisis política entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo comprende entre el 2016 al 2020, solo tomamos como punto de referencia a los tres primeros años donde se discutió la institución de la cuestión de confianza. En el 2020, el objeto de cuestión fue la figura de la vacancia presidencial por incapacidad moral.

ante una polarización del Ejecutivo y el Legislativo, en aras del respeto de la separación de poderes y el fortalecimiento de la democracia.

## **2. Alcances generales**

Teniendo como origen al modelo de gobierno parlamentarista, definimos a la cuestión de confianza como aquel mecanismo constitucional con matiz político en donde el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se interrelacionan con el fin de que el primero obtenga el compromiso del segundo para la consecución del programa general del gobierno, los mismos que fueron elaboradas y declaradas por el presidente de la República al momento de su investidura.

Para ello, intervienen los siguientes sujetos: el jefe de Gobierno (modelo parlamentarista) o el Primer Ministro (modelo presidencial atenuado), cuya función es acudir al Parlamento a solicitar la confianza; y el Parlamento, quien luego de escuchar al representante del Ejecutivo, deliberará la propuesta para finalmente, decidir si apoyarlo o no.

108

## **3. Antecedentes de la cuestión de confianza en el Derecho constitucional peruano**

La cuestión de confianza hizo su aparición por primera vez en el constitucionalismo peruano con la Carta de 1933; sin embargo, su alcance no fue muy amplio. El artículo 174 regulaba que esta figura será una causal de renuncia por parte de un ministro de Estado, solo si el Parlamento hubiera denegado su propuesta de iniciativa legislativa o de alguna política pública en su sector. Así, el uso de la confianza será facultativo por el representante del Ejecutivo, aparte que su invocación es para situaciones extremas en donde no reciban un apoyo mayoritario del Congreso<sup>2</sup>. Durante la vigencia de esta Constitución, la confianza fue utilizada por una vez<sup>3</sup>.

---

2 VILLARÁN, Manuel Vicente. “Posición constitucional de los ministros en el Perú”. En: Páginas Escogidas. 1962. Lima: P.L. Villanueva, p. 189.

3 En enero de 1968 durante el primer gobierno de Fernando Belaúnde Terry, el ministro de Hacienda, Tulio de Andrea Marcazzolo, planteó la cuestión de confianza para aprobar

La Carta de 1979 otorgó un mayor contenido a la cuestión de confianza, el mismo que resumiremos en el siguiente cuadro:

<b>Tipología</b> <b>(Artículos</b> <b>224 y 226)</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Obligatoria: asumido por el presidente del Consejo de Ministros luego de su investidura. Presentará la política general del gobierno ante la Cámara de Diputados y no será objeto de aprobación o denegación de la confianza.</li><li>- Facultativa: asumido por el presidente del Consejo de Ministros o un ministro en particular. En este caso, la Cámara de Diputados decidirá a través de la votación si otorgar o no la confianza.</li></ul>
<b>Consecuencias</b> <b>(Artículo 226)</b>	<p>Si la Cámara de Diputados aprueba la confianza, el Ejecutivo asume el compromiso del Parlamento para la ejecución de una determinada política pública.</p> <p>De lo contrario, quien haya solicitado la confianza deberá presentar su inmediata renuncia ante el presidente de la República. Si el renunciante es el presidente del Consejo de Ministros, se produce la crisis de gabinete, el cual todos los ministros también dimiten, por lo que el mandatario deberá escoger a un nuevo Consejo de Ministros.</p>
<b>Relación con la</b> <b>disolución</b> <b>parlamentaria</b> <b>(Artículo 227)</b>	Para un adecuado equilibrio de poderes, se permitió al presidente de la República disolver únicamente la Cámara de Diputados siempre y cuando haya denegado la cuestión de confianza en tres ocasiones al Consejo de Ministros.

**Fuente:** Elaboración propia.

#### **4. La cuestión de confianza bajo una exégesis en la Constitución de 1993**

Nueva actual Carta se caracteriza por tener un modelo de gobierno de carácter presidencial híbrido al igual que su predecesora de 1979. Es decir, aunque se mantiene el predominio del Ejecutivo, se ratificaron las figuras propias del sistema parlamentarista como la interpelación, la

---

el presupuesto de la República, así como un programa de reformas tributarias. Al ver que el Congreso aprobó una propuesta distinta, presentó su renuncia días después. Chirinos Soto, Enrique y Francisco Chirinos Soto. *La Constitución: Lectura y comentario*. 2006. Lima: Editorial Rhodas, p. 346.

censura y la misma cuestión de confianza, cuyo detalle apreciaremos en el siguiente cuadro:

<b>Tipología (Artículos 130 y 132)</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Obligatoria: se mantiene la fórmula de la Carta de 1979, con la única diferencia de que el Congreso, al ser unicameral, puede aprobar o rechazar la confianza solicitada<sup>4</sup>.</li><li>- Facultativa: no sufre alteración alguna respecto a la establecida en el artículo 226 de la Constitución de 1979. Es decir, lo interpone el Primer Ministro o un ministro para discutir la política general del gobierno, con cargo a que el Congreso lo apoye o no a su iniciativa<sup>5</sup>.</li></ul>
<b>Consecuencias (Artículos 132 y 133)</b>	Mantiene la fórmula dispuesta en la Carta predecesora. Si se aprueba la confianza, se logra el compromiso del Parlamento hacia el Ejecutivo para la consecución de una política pública. De lo contrario, renuncia el Primer Ministro o el ministro que solicitó la confianza. De ser el primer supuesto, se origina la crisis total de gabinete.
<b>Relación con la disolución parlamentaria (Artículo 134)</b>	La disolución se produce ante un rechazo de la confianza a dos Consejos de Ministros. No obstante, presenta determinados límites <sup>6</sup> .

**Fuente:** Elaboración propia.

## **5. Crisis política peruana 2016-2019 y cuestión confianza bajo la lupa jurisprudencial constitucional**

La cuestión de confianza adquirió notoriedad con la aguda crisis política originada desde el 2016 cuando el presidente Pedro Pablo Kuczynski

---

4 Desde la vigencia de la Constitución de 1993 se presentaron un total de 33 cuestiones de confianza de carácter obligatorio, de las cuales solo una fue denegada y recayó en Pedro Cateriano el pasado 4 de agosto del 2020 al alcanzar 37 votos a favor, 54 en contra y 34 abstenciones

5 Durante estos años que rige la actual Carta, se presentaron un total de 12 cuestiones de confianza bajo esta modalidad, de los cuales fueron denegadas en tres ocasiones: Alfredo Thorne (2017), Fernando Zavala (2017) y Salvador del Solar (2019).

6 Es decir, el presidente de la República no podrá disolver la Comisión Permanente, no podrá disolver el Congreso durante el último año de su gobierno y no podrá realizarlo bajo un estado de sitio.



tuvo que lidiar a una fuerte oposición parlamentaria, y cuyo resultado fue la censura de varios ministros, la caída de su gabinete ante un rechazo de la confianza, y finalmente, su renuncia al cargo en el 2018. Ya al asumir la presidencia Martín Vizcarra Cornejo, el Congreso diseñó una nueva interpretación respecto a la cuestión de confianza, así como la crisis de gabinete; los mismos que fueron objeto de control constitucional. Para setiembre del 2019, la interpretación presidencial sobre una “denegación fáctica” de la cuestión de confianza, trajo como consecuencia la disolución del Congreso, cuya situación también fue observada por el Tribunal Constitucional.

Los principales criterios asumidos por el Tribunal Constitucional para delimitar constitucionalmente la cuestión de confianza a raíz de estos dos casos (materializados en los Expedientes 0006-2018-PI/TC y 0002-2020-CC/TC), son:

- No existe límite alguno para que el presidente del Consejo de Ministros o un ministro en particular presente la cuestión de confianza. Además, este pedido puede presentarse para “promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o procedimiento legislativo o de control político”<sup>7</sup>.
- Si el Congreso de la República denegara la cuestión de confianza al presidente del Consejo de Ministros, se produce la crisis total de gabinete, el cual implica el reemplazo de este, mas no necesariamente del resto de los ministros, quienes pueden seguir perteneciendo al nuevo gabinete, ya sea en sus mismos cargos o en otros.
- Es viable que el Congreso de la República deniegue la cuestión de confianza, no solo a través de los votos (forma expresa), sino también a través de sus actos (forma fáctica). No obstante, esta situación dependerá del contexto en el cual la conducta del Poder Legislativo pueda interpretarse que hubiera rechazado la solicitud del presidente del Consejo de Ministros o de un ministro en particular.

---

7 Fundamento 76 de la sentencia emitida en el Expediente 00006-2018-PI/TC.

## **6. La cuestión de confianza hacia el Bicentenario: lecciones aprendidas**

Aunque el Tribunal Constitucional haya demarcado un criterio interpretativo sobre la cuestión de confianza en el marco de nuestra Constitución, consideramos la necesidad de realizar ciertas precisiones para una mejor aplicación en el futuro:

- La cuestión de confianza puede versar sobre cualquier tipo de políticas públicas o iniciativas legislativas planteadas por el Poder Ejecutivo, ya sean pedidos de delegación de facultades legislativas, aprobación de proyectos de ley o de reforma constitucional. Como toda competencia dictada en la Carta, ostenta limitación. En otros términos, no debe ir en contra del núcleo duro de la Constitución, traducido en el respeto a la autonomía de los otros poderes del Estado; el respeto de los derechos fundamentales; y evitar alguna alteración del orden democrático, así como el régimen de gobierno instaurado.
- Asimismo, consideramos importante que el planteamiento que hará el Ejecutivo al Congreso, previamente deberá encontrarse materializado en su Plan de Gobierno aprobado y publicado en el diario oficial “El Peruano” a través de un decreto supremo.<sup>8</sup> De este modo, se justifica el accionar del Primer Ministro en pedir el compromiso a los parlamentarios para la consecución de su plan.
- Si la disolución parlamentaria únicamente fue usada como pretexto para instaurar un gobierno autoritario, desquebrajando la

---

8 Mediante Decreto Supremo 029-2018-PCM de fecha 6 de marzo de 2018, el Ejecutivo dictó el Reglamento que regula las Políticas Nacionales. En ella define a la política general de gobierno como el “conjunto de políticas priorizadas que se desarrollan a través de políticas nacionales durante un periodo de Gobierno”. Cuando asume Vizcarra al mando, emite el Decreto Supremo 056-2018-PCM en el que deja por sentado su política general de gobierno, de los cuales unos de sus lineamientos es asegurar la transparencia en todas las entidades gubernamentales. Ello coincide con el planteamiento de confianza solicitada por Salvador del Solar sobre la modalidad de elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional.

estabilidad democrática, consideramos que el ente constitucional deberá emitir una pronta resolución, siendo viable la reducción de los plazos que dicta el Código Procesal Constitucional.

- De llegar a este supuesto, el Tribunal Constitucional podría reincorporar sus funciones al Congreso disuelto, quien deberá hacer cumplir los artículos 113 y 117 de la Carta.
- Ahora bien, en caso se ratifique la disolución, será la ciudadanía quien, durante las elecciones complementarias al nuevo Congreso de la República, arbitre y decida si fue correcta o no la actuación del mandatario en cumplimiento en el marco de la Constitución y el respeto a la democracia.



# En busca de un preámbulo y un lema constitucional en el Bicentenario

✎ DANIEL SORIA LUJÁN\*

## 1. Un preámbulo constitucional

Una Constitución no solo es una norma jurídica o un instrumento en el que se formalizan compromisos políticos en torno a la forma de Estado, la forma de gobierno o el régimen económico. También es, o debería ser, el documento en el que se plasmen los propósitos comunes que perseguimos como sociedad, la visión compartida de nuestro destino como nación.

115

A pesar de las doce constituciones que formalmente ha tenido la República, doscientos años después de nuestra independencia política seguimos en busca de una plataforma común sobre la cual construir. Ello por cuanto, en muchos aspectos, los peruanos y peruanas no encuentran semejanzas mínimas con compatriotas que viven en el mismo territorio.

Por otro lado, es claro que las constituciones no cambian la realidad por su sola vigencia, ni su fuerza vinculante como norma jurídica obliga a los ciudadanos y ciudadanas a acercarse entre ellos. Sin embargo, una Constitución democrática sí puede y debe promover normas, valores y principios que generen las condiciones para acercarnos entre nosotros

---

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

como sociedad o, por lo menos, para que las brechas sociales no tengan la profundidad de un abismo. Esta finalidad la encontramos, por ejemplo, en los derechos fundamentales que ella reconoce, puesto que en sus enunciados no sólo identificamos derechos subjetivos sino también un sustrato axiológico que los sustenta, así como un delicado equilibrio entre las libertades individuales y los derechos sociales, que exige de nosotros ciertos sacrificios (v.gr. el pago de impuestos) para el beneficio de todos (salud, educación, pensiones, etc.).

El sustrato axiológico común y la visión compartida como nación también los encontramos en los preámbulos de las constituciones. En ellos se exponen *“las razones por las cuales actúa el poder constituyente, así como los objetivos o fines que con su actuación persigue”* (Tajadura, 2016: 252). Como afirma el jurista alemán Peter Häberle, los preámbulos de las constituciones son la *“profesión de fe”* de la comunidad política, de alta intensidad valorativa, que expresan los fundamentos de su *“auto-comprensión”* o identidad (Häberle, 2001: 274-276).

En la historia constitucional peruana apreciamos un solo caso de un preámbulo según las características anteriormente anotadas: el de la Constitución de 1979. En efecto, en las constituciones anteriores encontramos, en algunos casos, meros párrafos introductorios al articulado de las cartas fundamentales del país. En esta lista incluimos a la vigente Constitución de 1993, que a decir de Carlos Fernández Sessarego se trata en realidad de una breve declaración, a pesar de que se la presenta como un preámbulo (Fernández Sessarego, 2002:172).

El preámbulo de la Constitución de 1979 plasmó un credo en la primacía de la persona humana, en la dignidad en pie de igualdad entre todos los seres humanos y en el reconocimiento de que todos ellos tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado. Asimismo, se declaró la creencia en la importancia de la familia como célula básica de la sociedad, en el trabajo como base del bienestar nacional, en la justicia como valor primario de la vida en comunidad y en que el ordenamiento social se cimenta en el bien común y la solidaridad humana.

De otro lado, este metarrelato constitucional (Pardo, 2018: 146) de hace más de cuarenta años apuesta por la promoción de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, sin discriminación de alguna índole, abierta a formas superiores de convivencia, “*apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo*”. Así también, entre otros aspectos, manifiesta la decisión de fundar un Estado democrático “*basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta*”; de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos; de mantener y consolidar la “*personalidad histórica de la Patria*”, defender su patrimonio cultural y asegurar “*el dominio y la preservación de los recursos naturales*”. Finalmente, el preámbulo evoca las realizaciones y gestas del pasado, tanto de la época prehispánica como del virreinato y la república; así como a los próceres, héroes y luchadores sociales, y a las luchas del pueblo por alcanzar la libertad y la justicia.

Poco más de veinte años después de este exordio de propósitos de la Asamblea Constituyente de fines de los años setenta del siglo pasado, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional establecida por el presidente Valentín Paniagua en el año 2001, propuso un preámbulo que fue esencialmente el de la Constitución de 1979 con algunos cambios o adiciones. Por ejemplo, se reemplazó las menciones al “*hombre*” por la “*persona*”; se declaró que, para fortalecer la personalidad histórica de la patria, es necesario “*construir un sentimiento constitucional que impulse la solidaridad entre quienes comparten diferentes períodos históricos de la vida*” y ser conscientes de que las generaciones presentes deben asumir una responsabilidad con las futuras (Ministerio de Justicia, 2001:19-20).

En ese mismo año 2001, a través de la Ley N° 27600 se dispuso que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República proponga un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la “*Constitución histórica del Perú*” y en particular el texto de la Constitución de 1979, para que sea aprobado por el Congreso y ulteriormente sometido a referéndum, el cual, de ser aprobatorio, traería como consecuencia la derogación de la Constitución de 1993. Para ello, la mencionada Comisión promovió un

debate a nivel nacional y recibió varias opiniones y propuestas. La versión final del proyecto de ley de reforma constitucional incluyó un preámbulo enriquecido con los aportes de las personas e instituciones que participaron en el diálogo promovido desde el Parlamento. No obstante, a pesar de este encomiable esfuerzo de la sociedad política y la sociedad civil del país, e incluso luego de haber sido ratificada la constitucionalidad de la Ley N° 27600 como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad que fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional a inicios del 2002 (Expediente N° 014-2002-AI/TC), esta propuesta de reforma integral de la Constitución de 1993 no prosperó.

Es así que llegamos al año del Bicentenario sin un preámbulo constitucional. En tal sentido, ya sea que en el año 2021 se promueva la aprobación de una nueva Constitución o la reforma parcial de la vigente, debería por lo menos iniciarse un diálogo ciudadano sobre una reforma constitucional que incorpore un preámbulo que sea el reflejo de las aspiraciones de la sociedad peruana de cara al futuro, así como el reconocimiento de los valores comunes que compartimos y el rescate de los logros conseguidos por los peruanos y peruanas que nos antecedieron.

De esta manera, se proponen algunos elementos que este prólogo del libro de nuestra vida en común debería contener:

- Reconocimiento de la dignidad de la persona como sustrato común de las relaciones entre los peruanos y peruanas, y entre éstos y el Estado.
- Promoción de la igualdad entre las personas y, en contrapartida, prohibición de todo tipo de discriminación (raza, religión, condición social, género, orientación sexual, etc.).
- Reconocimiento de la pluralidad cultural del Perú, sobre la cual se construye la unidad de la República.
- Promoción de la tolerancia entre distintas formas de entender la vida política, social, económica y cultural en el país, teniendo como límite las visiones que degraden al ser humano o atenten contra el sistema democrático.



- Reconocimiento de la libertad y la solidaridad como valores complementarios que permiten el libre desarrollo de las personas y a la vez la igualdad de oportunidades y la inclusión social.
- Promoción de una relación armónica entre las personas y la naturaleza que se concretice en la utilización racional de los recursos naturales, teniendo presente los actuales riesgos de degradación del ecosistema mundial.
- Promoción de un Estado:
  - Al servicio de la ciudadanía y transparente.
  - Garante de los derechos humanos y de la seguridad de las personas.
  - Laico, en el sentido de ser neutral frente a las religiones y no asumir sus postulados de fe para la toma de decisiones gubernamentales, especialmente en el ámbito de las políticas públicas.
  - Social, que garantice prestaciones mínimas en materia de educación, salud, pensiones, etc.
  - Democrático y representativo, que garantice el respeto a la voluntad popular, a la separación de poderes -tanto la distribución funcional como territorial del poder político- y a las instituciones que lo ejercen en nombre del pueblo.
  - Libre de impunidad y corrupción, con autoridades y servidores públicos que respondan efectivamente por sus actos u omisiones ante la justicia y la ciudadanía, y que desincentive y castigue la corrupción impulsada desde el sector privado.
- Reconocimiento del legado de los hombres y mujeres que han contribuido al progreso del país en diversos ámbitos, ya sea a través de la lucha social, el ejercicio profesional,

la conducción política, la actividad artística, cultural o deportiva, entre otras manifestaciones, tanto a nivel nacional como regional y local.

Ciertamente que este es un listado abierto e incompleto, pero indispensable para continuar nuestra existencia en la siguiente centuria con una comunidad de intenciones y un porvenir compartido. Renovemos lo que Jorge Basadre llamó la promesa de la vida peruana y no seamos como los enemigos de ésta a los que el historiador tacneño llamó “los congelados”, definidos como aquellos que *“se han encerrado dentro de ellos mismos”* y *“no miran sino a quienes son sus iguales y a quienes son sus dependientes, considerando que nadie más existe”* (Basadre, 1943:55-56).

## 2. Un lema constitucional

A diferencia de otros países, el Perú no ha tenido formalmente un lema como República. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se incorporó la frase *“E pluribus unum”* (“De muchos, uno”) en su Gran Sello desde los inicios de su vida independiente. Posteriormente, en 1956 fue aprobada legalmente como lema nacional de ese país la frase *“In God We Trust”* (“En Dios confiamos”), usado en las sedes gubernamentales, así como en los billetes y monedas.

Asimismo, la vigente Constitución francesa de 1958, en su artículo 2, ha establecido que el lema de la República es *“Libertad, Igualdad, Fraternidad”*, frase que en el pasado apareció en la Constitución de 1848. Más aún, en una reciente decisión del año 2018, el Consejo Constitucional francés ha ratificado que la fraternidad es un principio de valor constitucional (Decisión N° 2018-717/718 QPC).

No obstante lo antes señalado, en el Perú sí existió un lema con cierta oficialidad, que fue grabado en algunas monedas que circularon desde los primeros años de la república hasta poco después del primer tercio del siglo XX. En efecto, en la sesión del 24 de febrero de 1825, el Congreso Constituyente acordó el diseño de una moneda donde en el anverso figuraba el escudo nacional (que también fue establecido en dicha sesión) y en el reverso una doncella que representaba a la libertad y el lema *“Firme y Feliz por la Unión”* (Pons Muzzo y Tauro, 1973:333-334).

Tanto la iniciativa del escudo como de la moneda fueron presentadas en la mencionada sesión por el presidente del Congreso Constituyente, José Gregorio Paredes, siendo una propuesta que de manera imprevista descartó una proposición anterior impulsada por Hipólito Unanue (Majluf, 2006:228).

A pesar de que las monedas no eran formalmente un símbolo patrio, fueron importantes como medio para contribuir, en cierta forma, a la generación de una identidad con la nación. Como afirma Natalia Majluf, la importancia de la moneda *“era evidente en una región y una época que contaba con pocos recursos para la difusión de la imagen visual”* (Majluf, 2006:227). La mencionada historiadora agrega que la emergente nación peruana requería entonces de una imagen que pudiera identificarla y promover su causa; en tal sentido, refiere que Unanue, como apasionado de las conmemoraciones, las medallas y la numismática, consideraba que *“la moneda tenía en ello una función fundamental, pues en el movimiento que genera su circulación podía difundir como ningún otro medio la imagen del poder político”* (Majluf, 2006:226-227).

121

El mencionado lema estuvo presente en algunas monedas peruanas hasta emisiones efectuadas en 1935 (Goepfert, 2018:263).

Jorge Basadre identifica al lema “Firme y Feliz por la Unión” como un elemento de la promesa de la vida peruana que recogemos del pasado, concretamente, el anhelo de concierto y comunidad (Basadre, 1943:15). Ciertamente que ambas descripciones están vinculadas al término “unión”, pero igualmente trascendentes son los adjetivos que lo acompañan. En efecto, independientemente de los motivos originales pensados en 1825, lo cierto es que los peruanos y peruanas del presente podemos apropiarnos de estas palabras y llenarlas de contenidos acordes a nuestros deseos. Así, queremos una unión estable en el tiempo (“Firme”), que no se manifieste sólo en coyunturas políticas graves que amenacen la democracia, emergencias sanitarias generalizadas o desastres naturales de gran magnitud; así como una unión en alegría (“Feliz”), contraria al *“clima de amargura y división”* que ha venido padeciendo la sociedad peruana, incluso en ausencia de situaciones difíciles (Vergara, 2015).

De esta manera, conforme a lo desarrollado líneas arriba, podría plantearse en el año del Bicentenario la inclusión de este histórico lema como tercer párrafo del artículo 49º de la actual Constitución de 1993, conforme al texto siguiente:

*“Artículo 49.- La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima. Su capital histórica es la ciudad del Cusco.*

*Son símbolos de la patria la bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo, y el escudo y el himno nacional establecidos por ley*

*El lema de la República es ‘Firme y Feliz por la Unión’.”*

El ser humano necesita referentes simbólicos que le den propósito a su existencia. Por ello, sería apropiada la inclusión del lema antes mencionado en la Constitución, como una frase que consolide el sentimiento de comunidad perpetua que nos brinda felicidad, estado afectivo que comparten los compatriotas del pasado y del presente, y que se desea transmitir a las generaciones futuras.



## Referencias

1. Basadre, Jorge (1943). *La promesa de la vida peruana*. Lima: Colección “Historia” (suplemento de la revista “Historia”, Volumen Primero, N° 3, julio-agosto de 1943).
2. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales (2002). *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*. Lima: Congreso de la República.
3. Fernández Sessarego, Carlos (2002). “El preámbulo de la Constitución: su significado y alcances”. En: *Revista de la Academia de la Magistratura*. Lima: AMAG, N° 7, pp. 167-185.
4. Goepfert, Alfred (2018). *Monedas del Perú. La evolución de la moneda peruana en su contexto histórico*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú.
5. Häberle, Peter (2001). *El Estado Constitucional*. México: UNAM.

6. Majluf, Natalia (2006). “Los fabricantes de emblemas. Los símbolos nacionales en la transición republicana. Perú, 1820-1825”. En: Mujica, Ramón. *Visión y símbolos del virreinato criollo a la república peruana*. Lima: Banco de Crédito del Perú, pp. 203-241.
7. Ministerio de Justicia (2001). *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*. Lima: Ministerio de Justicia.
8. Pardo, Orlando (2018). “Metarrelatos políticos: los preámbulos constitucionales latinoamericanos”. En: *Reflexión Política*. Bucaramanga: UNAB, Año 20, N° 39, 145-171.
9. Pons Muzzo, Gustavo y Alberto Tauro (1973). *Primer Congreso Constituyente*. Lima: Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (Colección Documental de la Independencia del Perú. Tomo XV, Volumen 2°).
10. Tajadura, Javier (2016). “Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima: Tribunal Constitucional, N° 9, pp. 251-273.
11. Vergara, Alberto (2015). “Crispación sin crisis”. En: *El Comercio*, edición del 5 de febrero.



# El reto hacia la legitimidad tributaria y el control de la corrupción en el gasto público en un Estado de Derecho Constitucional de cara al Bicentenario

✎ DANIEL IRWIN YACOLCA ESTARES\*

## 1. Introducción

El gobierno declaró al 2021 como “Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia”, dado que es un homenaje a la celebración del bicentenario de la declaración de independencia del Perú, realizada por el general don José de San Martín en 1821.

125

Es sin duda un acontecimiento de la fundación de nuestro Estado peruano, por lo que en este estudio nos enfocaremos al reto que se tiene en búsqueda de una legitimidad tributaria y al sostenimiento a los gastos públicos. En razón a ello, cabe recordar que desde 1990, la Administración Tributaria ha sido empoderada con herramientas cada vez más sofisticadas para controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias. La pandemia del Covid ha provocado un aumento de la pobreza y para que se enfrente el gasto social en importante contar con un reto de la tributación y control de gasto pública de cara al Bicentenario.

El avance de la ciencia y tecnología en plena pandemia del COVID 19 aumento aún más esa capacidad con el uso de la virtualidad en todo aspecto recaudatorio. Así tenemos las mesas de partes virtuales, la inscripción en línea con posibilidades de cambios en la data en la

---

\* Doctor en derecho y política fiscal.

identificad fiscal. La llevanza de comprobantes de pago y registros electrónicos. La fiscalización y cobranza on line. Entre otros aspectos virtualizados. Sin embargo, los procedimientos a favor del contribuyente siempre quedan en el olvido. A la fecha no se tiene por ejemplo un procedimiento virtual para solucionar errores materiales de la administración o del contribuyente como pagos no reconocidos, comunicaciones a control, fiscalización y cobranza de modo virtualizado para que los contribuyentes se puedan comunicarse. Por supuesto, la creación de un proceso electrónico contencioso tributario aún es una ilusión. No se tiene un mapa de evasión a nivel nacional que identifique como debe ser combatido y que sujetos mueven grandes cantidades de dinero en la economía subterránea. De otro lado, sobre transparencia no existe la publicación de resoluciones que resuelven reclamaciones en la web de las Administraciones Tributarias, que puedan dar predictibilidad a los contribuyentes.

Lo anterior nos hace ver que los Estados en general se aprestan a combatir la evasión tributaria con una fuerza cada vez más extrema contra los contribuyentes. Hay una necesidad de incrementar los ingresos en estos tiempos. ¿Por qué no asumen el reto de fiscalizar a los informales con grandes fortunas?. ¿Por qué solo fiscalizan a un grupo de formales donde se encuentra cautiva la recaudación?. ¿El principio de igualdad en la fiscalización es casi nula?. Ahí se encuentra los nuevos retos de cara al Bicentenario.

No obstante, hay una nube gris sobre la forma como el Estado gestionan el gasto público. En países como Perú la capacidad de gasto en los gobiernos nacional, regional y municipal es muy deficiente. Los recursos humanos no son los adecuados por la falta de un liderazgo y de líneas de carrera adecuada para fomentar la meritocracia. La otra cara nublosa es la corrupción plagada en casi todos los estamentos públicos. Al parecer, se da mucho énfasis en la cobranza de impuestos, pero extrañamente esos ingresos llegan a las manos de funcionarios corruptos que perjudican, primero al tomar dinero público y, segundo, al truncar proyectos importantes para el país. Un círculo vicioso donde solo gana la corrupción. Así como se refuerza a la Administración Tributaria, en el mismo nivel se debe hacer lo propio con la Contraloría de la República. El ingreso y gasto dan legitimidad para cobrar impuestos, sino es una quimera.



## **2. La importancia de la tributación y su vínculo con el gasto público en un Estado de Derecho Constitucional**

Los ciudadanos construimos un Estado republicano para ser dueños de nuestro propio destino, desligándonos de reinos y yugos de unos cuantos con poderes totalitarios. La huella más visible del modelo es la tributación en un estado de derecho. Porque sin tributos los Estados modernos no podrían cumplir sus fines programáticos. Nos referimos a la protección en salud pública, infraestructura, educación, defensa interna y externa y protección ambiental.

No hay duda de que los ingresos están vinculado con los gastos públicos. El principio de causalidad que se le exige a los contribuyentes para determinar el pago de tributos respecto a los gastos empresariales, también se debe exigir al Estado cuando gasta lo que recaudó porque la falta de control de la corrupción atenta con la legitimidad del pago de los tributos.

En esa perspectiva, aprovechando el contexto anterior, el accionar de los agentes económicos dirigidos a obtener un ahorro al evadir el pago de impuestos, se apartan de las normas generales de convivencia en un mercado, porque provocan competencia desleal. Sobre todo, una reducción significativa de la recaudación tributaria, vulnerando de este modo la hacienda pública (impacto en el equilibrio entre ingreso y gasto público).

Por ello, el sistema tributario resultaría justo siempre que lo recaudado se gaste para favorecer a la sociedad. Caso contrario estaríamos ante actos arbitrarios al obligarnos a pagar impuestos cuando la sociedad no recibe nada a cambio en bienes y servicios públicos. De ahí que el deber de contribuir tiene límites constitucionales en los principios de legalidad, reserva de ley, igualdad y proporcionalidad. Pero también se nutre de la legitimidad en el gasto público.

De otro lado, por parte de los contribuyentes, es importante señalar que, “si queremos ciertas libertades y derechos individuales, no basta simplemente con tener vigentes las leyes e impedir que el gobierno limite los derechos individuales. Se requiere la conciencia de que la libertad puede ser erosionada sin cambiar la ley, simplemente la sutil interacción entre

los ciudadanos, por lo que se requiere una continua vigilancia social para mantener vivas estas libertades” (Kaushik, Basu: 2013: 99).

Es indispensable tener en cuenta que el no pago de los tributos genera un forado en el ingreso público y, de rebote, en el gasto público, esto es, afecta la hacienda pública de un país y sus fines programáticos.

En ese contexto se tiene a la hacienda pública como un bien valioso de la sociedad. Según se puede colegir, los sistemas tributarios justos nos aproximan a la legitimidad que debe tener todo Estado que someta a tributación a los ciudadanos y más aún cuando puede corregir conductas desviadas a dicho sistema como es enfrentar la evasión tributaria y, de la misma manera el gasto público.

En dicho planteamiento, la libertad de los ciudadanos está garantizada por el Estado, siempre que ellos mismos no se apartan de las normas generales de convivencia. Mientras más se apartan el sometimiento al poder punitivo del estado será mayor.

128

De este modo, el Estado podrá cubrir mejor las necesidades colectivas, de salud, educación, infraestructura y otras políticas públicas dirigidas al bienestar general, que es la razón de ser del Estado de derecho constitucional como persona jurídica creada con dicho objetivo programático. Siempre que nuestro sistema tributario este basado en tributos proporcionales y excepcionalmente con tributos progresivos, que deben estar amparado en objetivos constitucionales. Asimismo, se enfrente la informalidad con medidas no represivas al inicio, sino facilitadoras. De este modo, el gasto público se encuentra causalmente vinculado con el ingreso público.

### **3. La transparencia del gasto e ingreso. Una necesidad de mapas de evasión y corrupción dentro de un Estado de Derecho Constitucional.**

La forma de controlar el ingreso y el gasto es transparentar esa relación. Los ciudadanos debemos saber quiénes pagan tributos y quienes no. También que organismos del Estado gastan bien y quienes no. Un control en línea electrónica es factible para elaborar mapas de evasión y

de corrupción. La vigilancia ciudadana y de las entidades involucradas son una necesidad imperante para lograr un control efectivo de ingreso y gasto.

En ese sentido, la búsqueda de una conciencia tributaria es un reto de los Estados de derecho para reducir la evasión tributaria e incrementar el cumplimiento fiscal. Dado que dicho fenómeno “configura un serio ataque llevado a la existencia estadual que no puede permanecer impasible frente a esos hechos lesivos o dañosos consumados en su contra, que es también el ataque llevado a la comunidad en general, y en particular al propio contribuyente en la pequenísima proporción a su representación numérica en la población y en el monto de aquellos ingresos públicos”. (García Vizcaíno, José: 1961: 193).

Las doctrinas actuales “hablan de política fiscal puesta al servicio de la economía. Se le asignan al impuesto objetivos económicos como el de favorecer o frenar formas de producción, actuar sobre la coyuntura y promover el desarrollo económico. Todo ello lleva a la legitimación del impuesto tanto desde el punto de vista jurídico como ético, y su pago se transforma en un deber cívico para los ciudadanos. Por ello es por lo que sea como fuere, en nuestro tiempo y en los modernos ordenamientos estatales, la plaga de la evasión impone medidas represivas adecuadas, por más que se siga considerando como utópica cualquier pretensión de extirparla” (Georgetti, Armando: 1967: 43).

129

De ahí la importancia de un Estado de Derecho, que en su núcleo constitucional avive el deber de contribuir de todos los ciudadanos, con la finalidad de sostener los gastos públicos con legitimidad en su cobranza y en su distribución. Siempre con la regla del equilibrio fiscal que sustente la capacidad contributiva y los principios tributarios. En la otra orilla, esto es, en el gasto público, se debe hacer lo mismo combatiendo la corrupción.

En consecuencia, se puede advertir que la evasión tributaria es compleja y sus causas deben ser reducida sustancialmente por los medios de control social, como la educación y la gestión tributaria que implique facilitar un cumplimiento voluntario.

El Estado debe buscar las formas más idóneas para reducir la evasión tributaria, así como todos los ciudadanos del país deben tener conciencia de que los recursos que entregamos al Estado serán asignados debidamente de acuerdo con las necesidades más urgentes de la comunidad, sobre todo en casos de emergencias sociales y por fenómenos naturales.

Por todas las razones expuestas, no se debe permitir que quienes infringen el deber de contribuir y la correcta distribución del gasto público (evasores tributarios y funcionarios corruptos) sigan aprovechándose maliciosamente de los recursos del Estado.

**4. De cara al Bicentenario reforcemos a la Contraloría de la República para evitar que los ingresos lleguen a funcionarios corruptos y le quiten legitimidad a la tributación. ¿sino para que tributamos si un gran porcentaje se queda en manos de funcionarios corruptos?**

130

En el caso peruano la Administración Tributaria SUNAT es el ente recaudador del gobierno nacional. Desde los años noventa ha sido reforzada constantemente y los resultados de dichas medidas son evidentes todos estos años. Se incremento la recaudación tributaria sosteniblemente.

Lo que ayudo a que la Administración Tributaria SUNAT pueda empoderarse fue la asignación de hasta casi 2% de la recaudación de los tributos que administra. Con la autonomía financiera hizo una reforma estructural. Sueldos altos, retiro de funcionarios de la antigua dirección de contribuciones, cambio de normas tributarias de rango constitucional, legal y reglamentario. Se creo el Registro Único de Contribuyentes, medios electrónicos para la gestión y cobranza, contribuyentes divididos en directorios según sus ingresos. Nuevos recursos humanos que fueron formados sobre la marcha, superando la recaudación cada año. Estos ingresos permitieron que los gobiernos que suscitaron desde los años noventa a la fecha se mantengan casi en piloto automático.

La Ley tiene por objeto establecer las normas y disposiciones requeridas para el fortalecimiento de la SUNAT, con la finalidad de mejorar su labor en relación con: la lucha contra la evasión y elusión tributaria; el contrabando y el tráfico ilícito de mercancías; la facilitación del comercio

exterior; la ampliación de la base tributaria y el crecimiento sostenido de la recaudación fiscal.

A continuación, se muestra la desigualdad que existe en casi todos los recursos asignados entre la SUNAT y la Contraloría General de la República, tomando como base las leyes de fortalecimiento de cada una de ellas:

<b>ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA SUNAT (CONTROL DE INGRESOS TRIBUTARIOS)</b>
<p><b>Ley General de la Superintendencia de Administración Tributaria - SUNAT. Decreto Legislativo N° 501-1988. (...)</b></p> <p>Artículo 13. Recursos propios Constituyen recursos propios de la SUNAT:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) <b>El 1,5% de todos los tributos y aranceles</b>, correspondientes a las importaciones, que recaude o administre la SUNAT y cuya recaudación sea ingreso del Tesoro Público.</li><li>b) <b>El 1,6% de todos los tributos que recaude</b> o administre la SUNAT, excepto los aranceles y el Impuesto a las Transacciones Financieras. (...)</li><li>f) <b>El 10% del producto de los remates que realice.</b></li><li>g) <b>El 0,2% de lo que se recaude</b> respecto a los tributos cuya administración se le encargue y que no constituyen rentas del Tesoro Público. (...).</li></ul>
<p><b>Ley de Fortalecimiento de la SUNAT. Ley N° 29816</b></p> <p>Artículo 13. Recursos propios Constituyen recursos propios de la SUNAT:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) <b>El 1,5% de todos los tributos y aranceles</b>, correspondientes a las importaciones, que recaude o administre la SUNAT y cuya recaudación sea ingreso del Tesoro Público.</li><li>b) <b>El 1,6% de todos los tributos</b> que recaude o administre la SUNAT, excepto los aranceles y el Impuesto a las Transacciones Financieras.</li><li>c) <b>El 1,4% de todo concepto que administre y/o recaude</b> respecto de las aportaciones a <b>ESSALUD y a la ONP</b>, y de lo que se recaude en función de los convenios que firme la SUNAT con dichas entidades.</li><li>“c) <b>El 1.4 % de todo concepto que administre y/o recaude respecto de las aportaciones a la ONP y el 1 % de todo concepto que administre y/o recaude respecto de las aportaciones a ESSALUD; (...)</b>”.</li><li>d) <b>Los ingresos generados por los servicios que preste y las publicaciones que realice.</b></li><li>e) <b>Los legados, donaciones, transferencias y otros provenientes de cooperación internacional</b> previamente aceptados.</li></ul>

- f) El **10% del producto de los remates que realice.**
- g) El **0,2% de lo que se recaude respecto a los tributos** cuya administración se le encargue y que no constituyen rentas del Tesoro Público.
- h) Otros **aportes de carácter público o privado.**
- i) La **renta generada por los depósitos de sus ingresos propios** en el sistema financiero (...).”

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
(CONTROL DEL GASTO PÚBLICO)**

**Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República LEY N° 27785 - 2001.**

**Artículo 35.-** Financiamiento del presupuesto El presupuesto de la Contraloría General se financia con recursos del Tesoro Público y demás fuentes de financiamiento, incorporados al mismo por el Titular del Pliego, estableciendo mediante Resolución de Contraloría, la normativa relativa a la administración de sus recursos. Son recursos de la Contraloría General:

- a) Los que genere como consecuencia de la prestación de servicios de capacitación técnica, venta de publicaciones y otros compatibles con su función.
- b) Los que reciba en donación o en virtud de convenios de cooperación técnica nacional y/o internacional.
- c) Los ingresos que genere la inscripción, designación y supervisión de sociedades de auditoría, cuyos montos serán fijados por la Contraloría General.
- d) Los montos recaudados por concepto de aplicación de sanciones impuestas por la Contraloría General.
- e) Los ingresos que genere el cobro de los derechos de tramitación y evaluación por el ejercicio del control previo establecido por Ley. f) Otros que se establezcan por Ley.

**Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control. Ley N° 30742 - 2018**

**OCTAVA. Financiamiento**

La implementación de lo establecido en la presente ley se **financia con cargo al presupuesto institucional** de las entidades involucradas, **sin demandar recursos adicionales al tesoro público.**

De las normas glosadas, se puede observar fácilmente que existe una diferencia de trato entre los recursos que tienen cada una de las Instituciones. La Administración Tributaria es sin duda la única que tiene un

privilegio de obtener de la recaudación tributaria su fuente de financiamiento. Mientras que la Contraloría de la República es tratada como una entidad del Estado más, sin un aporte importarte y directo que le pueda dar una verdadera independencia del frente a los poderes del Estado para que los controle. Tiene que esperar que el presidente de turno realice aportes a favor suyo para su mejora. Lo que evidentemente limita sus acciones y la capacidad de contar con recursos humanos que brinden una labor efectiva. Esta entidad tiene menos de la mitad de personal que la Administración Tributaria.

## **5. Conclusiones**

De lo expresado, de cara al Bicentenario se debe tomar en cuenta que la legitimidad tributaria mediante el control de la corrupción en el gasto público debe partir con fortalecer a la Contraloría de la República, que se encuentra muy limitada en personal y recursos financieros. Por ello, los Estados deben hacer un balance de las dos entidades porque tiene un objetivo común, que es financiar el gasto público. De lo dicho representa un reto para que los ciudadanos que pagan los tributos, dentro de un Estado de Derecho Constitucional, sepan en que se gastan y como se gastan. Evitando de este modo con la evasión en el ingreso y la corrupción en el gasto. Cuando esa brecha es menor a la actual se habrá mejorado en el control, caso contrario la recaudación se desnaturaliza porque una parte de ella llega a manos de funcionarios corruptos.



## **Bibliografía**

1. BASU, Kaushik (2013). "Más allá de la mano invisible: Fundamentos para una nueva economía". Fondo de Cultura Económica. México.
2. GARCÍA VIZCAÍNO, José (1961) El delito de evasión fiscal, Buenos Aires.
3. GEORGETTI, Armando (1967). La evasión tributaria, Ediciones de Palma. Buenos Aires.





# ¿Puede forjarse un verdadero sentimiento constitucional peruano?

✎ DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU\*

## 1. Introducción

El Bicentenario de la Independencia peruana (1821 – 2021) es la oportunidad propicia para hacer reflexiones y formular propuestas! que coadyuven a la solución de los problemas que aún se presentan en nuestra realidad. La informalidad, la falta de integración como nación y la excesiva indiferencia sobre los asuntos públicos, por mencionar algunos, son flagelos que nos siguen costando la imposibilidad de constituirnos plenamente como un Estado con miras al desarrollo y progreso.

135

Gran parte de la vida política del país ha sido azarosa. Si bien en el siglo XXI hemos tenido la continuidad de varios gobiernos conforme a las reglas previstas en las Constitución (sea por sufragio, o relevo ante vacancias), lo que no se veía desde la República Aristocrática, la sensación de crisis e inestabilidad es una constante, mellando la confianza de la ciudadanía hacia el gobierno y como tal, debilitando la aún endeble democracia. El ánimo ciudadano se puede percibir en el respaldo que tienen partidos políticos sin programa o incluso los denominados “antisistema”, así como en las periódicas protestas que se realizan, no solo en las calles sino también en las redes sociales, que hoy toman un mayor espacio por los niveles de alcance y contacto con los ciudadanos.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 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. Docente universitario en pregrado y posgrado. Investigador CONCYTEC (Grupo Carlos Monge Medrano).

¿Y que hacer frente a este descontento? Problemas estructurales tales como la falta de empleo, la inseguridad ciudadana y delincuencia, la corrupción, la deficiencia en la prestación en servicios de salud, educación y otros de carácter público fomentan los reclamos de la población y deben ser atendido con prioridad y efectividad por parte de las autoridades; pero advertimos que un aspecto se ha descuidado, y esto es, la educación cívica, la adecuada instrucción para que los ciudadanos, desde la escuela conozcan sus derechos y deberes, así como las competencias y funciones del gobierno y los deberes que emanan del Estado hacia su población.

Una adecuada enseñanza acerca de las instituciones jurídicas elementales, así como del civismo, debe ser una vocación permanente por parte del sistema educativo, apoyándose con la acción civil organizada para poder llegar a los mayores espacios posibles. No hay futuro para la Patria ni la defensa de los intereses del país sin una nación debidamente educada, que sepa defender a la Patria y participar responsablemente en la vida política del país.

## **2. Patriotismo, cultura y sentimiento constitucional**

En el marco del establecimiento del Estado moderno, Maurice Duverger señaló “La definición de la legitimidad del poder reposa en un sistema de valores. Los sistemas de valores sirven para justificar las reglas de conducta propuesta como modelos a los miembros de la sociedad. En la medida en que los individuos creen en el sistema de valores de la sociedad en que viven, obedecen sus reglas porque las consideran buenas. El sentimiento de deber moral es así la otra base de la obediencia de las reglas”. (1970, p. 34)

Durante las últimas décadas se han identificado categorías asociadas a reforzar la cuestión axiológica del Estado Constitucional, con el fin de instruir a la sociedad, sobre todo a la masa, acerca de las ventajas y beneficios que surgen de un orden institucionalizado, y los mecanismos para asegurar su sostenimiento, entre las que podemos destacar el “patriotismo constitucional”, la “cultura constitucional” y el “sentimiento constitucional”.

Con relación al “patriotismo constitucional”, cabe recordar que su origen se ubica en el año 1970, propiamente el *Verfassungspatriotismus*, expuesto por el politólogo germano Dolf Sternberger, recogida y difundida luego por Jürgen Habermas con una visión integradora del pueblo en los valores que expresa la ley fundamental.

En este sentido, Gregorio Peces-Barba afirmó que “La cultura constitucional y la idea de la constitución como vida conducen a la idea de patriotismo constitucional, que supone un añadido, una adhesión mayor que la simple aceptación de los valores y de las reglas de juego constitucionales y que la misma idea de lealtad a la constitución. Constituye a esos valores y a esas reglas en la razón de ser de la convivencia, que se vive y se interioriza por los participantes en el sistema. Es la razón central del pacto social, la razón central por la cual se integran en ese pacto los ciudadanos y por la cual convierten a la constitución en el referente de la vida en común” (2003, p. 40). Complementa lo antes expuesto, indicando que “En el concepto de patriotismo constitucional se encuentra la tradición republicana, desde Roma, con Cicerón y su idea de la libertad dependiente de la Ley, hasta Rousseau y Kant pasando por Maquiavelo, los humanistas del Renacimiento, Montesquieu o Voltaire que es también la de Habermas” (2003, p. 50).

137

Por su parte, Carlos Ruiz Miguel sostiene con relación a esta categoría que “El “patriotismo constitucional” y la “defensa de la Constitución” se hallan estrechamente ligados. Sólo el primero puede hacer efectiva la segunda. Mientras el primero previene los ataques a la Constitución, la segunda los reprime. Ahora bien, la mera represión de los ataques a la Constitución no resulta suficiente cuando las causas de la desestabilización siguen existiendo”. (2004, p. 91).

Pasando a la “cultura constitucional”, uno de los principales difusores de esta categoría es Peter Häberle, quien refiere sobre ésta que “La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las

Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias “culturales” transmitidas” (2002, p. 194).

Considerando una posición similar, pero desde el constitucionalismo iberoamericano, Néstor Pedro Sagüés reflexiona señalando que “Una constitución sin una base cultural constitucional mínima a) en sus autores, b) en sus operadores fundamentales y c) en el pueblo al que va destinada es una constitución destinada al fracaso. En rigor de verdad, esa dosis de cultura constitucional, más que un adorno del sistema, es un presupuesto de su funcionalidad. Tal cultura constitucional requiere que la constitución cumpla con una cuota indispensable de buena técnica, razonabilidad y consenso. Por ello, no es acertado que sea utópica, copista ni elefantiásica. (...)” (2010, p. 106).

Mientras que, en una fecha más reciente, Lucio Pegoraro sostiene que ““Cultura constitucional” es la cultura jurídica que acepta, vive, venera la superioridad de la constitución, pero no cualquier constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco) y sobre todo los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de Derecho, confiando en un poder –el judicial y de control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores–, para imponer un “núcleo ético esencial” que orienta esos valores, los limita y a veces incluso los anula” (2019, pp. 22-23).

Con relación al sentimiento constitucional, advertimos que el germen de esta categoría se encuentra en la obra de Karl Loewenstein, quien en su *Teoría de la Constitución* le dedica un acápite, resaltándose en el mismo que “Con la expresión “sentimiento constitucional” (Verfassungsgefühl) se toca uno de los fenómenos psicológicos sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que trascendiendo a todos los antagonistas y tensiones existentes políticospartidistas, económicosociales, religiosos o de

otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. (...) la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidad y la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la constitución ha salido airosa también en épocas de necesidad nacional. El sentimiento constitucional no puede ser explicado exclusivamente por la longevidad de una constitución, (...)” (1982, p. 200).

El alcance de esta categoría ha sido relevante, conforme nos ilustra García Toma (2010, pp. 549-550). A lo propuesto por Loewenstein, se han sumado las contribuciones, entre otros, de Pablo Lucas Verdú, Javier Tajadura Tejada y Gerardo Eto Cruz; este último sostiene al respecto que “A la larga, el sentimiento constitucional va a constituirse en un modo de integración política dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho; y ello permitirá que, en los momentos de mayor crisis institucional, una cultura constitucional de adhesión genere la estabilidad de todo el sistema político. Sin embargo, esta adhesión no se da gratuitamente, sino que va indefectiblemente ligada a las conductas reales y concretas de los detentadores del poder; a su lealtad a los valores constitucionales y a los contenidos esenciales de lo que tradicionalmente podemos identificar como los contenidos esenciales del respeto a los derechos fundamentales de las personas, tanto como el respeto de la parte orgánica de la Constitución (...)” (2008, p. 375).

De esta forma, se hace mención del sentimiento constitucional como un aspecto esencial para asegurar la consolidación y mantenimiento del sistema vigente, esto es, la democracia y la forma republicana de gobierno, sin perjuicio de las mejoras necesarias que corresponda implementarse. Así, Ernesto Blume ha referido que:

“En armonía con las tareas jurisdiccionales y de docencia constitucional que nos corresponden, inspiradas en la idea de difundir lo constitucional en aras de sembrar y forjar un verdadero sentimiento constitucional, que garantice una conciencia firme y segura en el pueblo del significado, el valor y la importancia

de nuestra Constitución y del sistema constitucional peruano, así como del rol del Tribunal Constitucional (...)”<sup>1</sup>.

Debe considerarse también, que siendo el sentimiento una categoría propia del ánimo, sea individual o colectivo, su explicación implica aspectos éticos y espirituales que resultan algo complejos de definir en su estructuración, así como la forma en la cual fomentarlo dentro de la población.

### **3. La visión del sentimiento constitucional en el Perú bicentenario**

Hace poco más de un siglo, Víctor Andrés Belaunde sentenciaba respecto de nuestra realidad como sociedad que “Necesitamos robustecer el sentimiento nacional, esto que se llama el alma nacional, y que sólo formará la universidad el día que estudie nuestra geografía y nuestra historia política y económica, más seriamente y por medio de las disciplinas especiales. Nuestro sentimiento nacional es débil, porque no queremos la tierra, ni tenemos culto a los muertos. Marchamos distraídos y solos. Somos desarraigados” (1994, p. 164).

140

El reclamo de Belaunde sobre el espíritu nacional fue un quehacer permanente en toda su obra. Estudiando detalladamente los orígenes y posibilidades de la Patria, entiendo que la misma no alcanzaría sus propósitos si es que no desarrollaba un auténtico amor por el Perú, para lo cual se necesitaba el impostergable esfuerzo de la universidad, así como de la educación en general, lo que permitiría mejorar la autoestima e identificación con nuestra tierra. Precisamente, años más tarde nos diría “En síntesis: la educación patriótica y cívica no solo debe comprender una lista de deberes y una serie de actos que las completen sino la visión amorosa y profunda de la realidad nacional, el señalamiento de las esencias y de las categorías peruanistas que den a la juventud la clara visión de la Patria y de sus gloriosos destinos” (1983, p. 448).

---

1 Discurso del presidente del Tribunal Constitucional del Perú, magistrado Ernesto Blume Fortini, en la ceremonia de celebración del vigésimo tercer aniversario institucional, p. 6. Disponible en: <https://tc.gob.pe/publicaciones/resumenes/2019/junio/Discurso%20de%2023%20aniversario%20TC.pdf>

La visión de Víctor Andrés Belaunde incidía sobre el sentimiento nacional en general, analizando una situación que, llegando al siglo XXI en nuestro país, parece no haber variado mucho, teniendo en cuenta además que la tan anhelada educación patriótica hoy está por otra vertiente, donde el curso de educación cívica prácticamente ha desaparecido y la informalidad es lo que predomina en muchos niveles y relaciones.

Sobre ello, consideramos que el constitucionalismo peruano ha tenido importantes avances y un desarrollo consistente en lo que corresponde al cultivo de la ciencia constitucional, llegando a posicionarse en un expectante lugar dentro del ámbito académico de Iberoamérica<sup>2</sup>. Sin embargo, en lo que concierne al respeto del Estado Constitucional, éste se ha visto amenazado y vulnerado por la acción de nefastos personajes en la política, quienes se abren paso ante una sociedad donde los valores constitucionales tienen exigua enseñanza hacia la población, donde los hogares y escuelas no llegan a cumplir su rol esencial en este extremo.

Aun con los continuos quebrantamientos al orden institucional que han ocurrido en nuestro país, cabe señalar que, en ocasiones excepcionales, el sentimiento se ha manifestado súbitamente. Así, Valentín Paniagua, al momento de asumir la presidencia de la República el 22 de noviembre del 2000, sostuvo que “Por extraño que parezca, son sentimientos nacidos de una profunda convicción nacional: la necesidad de exaltar, afirmar y consolidar la Constitución como norma de vida y de convivencia diaria”<sup>3</sup>.

#### **4. Reflexiones finales**

El nuevo milenio representó una oportunidad para superar esas tendencias hacia la autocracia, que fueron continuas en gran parte de nuestra vida republicana; sin embargo, con los años, los procesos seguidos contra todos los expresidentes, involucrados en serias denuncias por casos de

---

2 Al respecto cfr. PAIVA GOYBURU, Dante: Del movimiento constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional, Talleres gráficos Grijley, Lima, 2020.

3 Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/mensajes/mensaje-congreso-22-11-2000/>

corrupción y enriquecimiento indebido, por mencionar solo algunos cargos, llevando incluso a dictarse medidas de prisión, lo cual es una afrenta ante el país, por valerse del cargo confiando para cometer viles delitos.

Frente a ello, el sentimiento constitucional se ve inevitablemente mermado, porque la esencial confianza que deben tener los ciudadanos hacia las instituciones no se ve correspondida con un trabajo honesto que tenga como prioridad el desarrollo del país, el cual se basa en el bienestar y la conducción sensata de la nación. Así ese sentimiento queda como una de las tantas promesas pendientes en el país, que se ha visto frustrada de emerger ante tanta decepción y mediocridad.

Pero a pesar del difícil panorama, el Bicentenario debe servir para asumir otras medidas en pro de fomentar el sentimiento constitucional, el cual solo aflora con una adecuada sobre los derechos y deberes de la ciudadanía y la organización del Estado, así como de sus propósitos. Si queremos forjar este sentimiento, proponemos iniciarse una cruzada donde las autoridades de todos los niveles, y los responsables del sector educación convoquen a los profesionales del Derecho, organizados en los distintos Colegios de Abogados del país, para que mediante diversas actividades instruyan sobre la Constitución, tanto a niños como adultos y capaciten permanentemente a los docentes sobre la importancia del sistema jurídico y la protección de los derechos fundamentales.



## Bibliografía

1. Belaunde, V. A. (1994). *La crisis presente. 1914-1939*. 6ª ed. Lima: Luis Alfredo ediciones.
2. Belaunde, V. A. (1983). *Peruanidad*. 5ª ed. Lima: Fondo del Libro del Banco Industrial del Perú – Banco Central de Reserva del Perú.
3. Duverger, M. (1970). *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. 5ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel.
4. Eto, G. (2008). “Sobre el sentimiento constitucional peruano”. En *Ponencias desarrolladas IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Arequipa: Editorial Adrus.



5. García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3ª ed. Arequipa: Adrus editores.
6. Häberle, P. (2002). “La Constitución como cultura”. En *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. n. 6. pp. 177-198.
7. Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*. reimpresión de la 2da ed. Barcelona: Emegé Industrias gráficas.
8. Paiva, D. (2020). *Del movimiento constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional*. Lima: Talleres gráficos Grijley.
9. Peces-Barba, G. (2003). “El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”. En *Anuario de filosofía del derecho*. n. 20. pp. 39-62.
10. Pegoraro, Lucio. (2019). “Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional”. en *Revista de Derecho Político*. n. 104. enero-abril. pp. 13-57.
11. Ruiz, C. (2004) “Patriotismo constitucional”. En *Cuadernos de Pensamiento Político*. No. 3 (Jun. – Sep.). pp. 81-92.
12. Sagüés, N. (2010). “Cultura constitucional y desconstitucionalización”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVI. Montevideo. pp. 97-108.



## Cómo se perdió el Bicentenario en medio de una estulticia generalizada (2016-2021)

✍ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE\*

**E**l recuerdo o mejor la conmemoración del Bicentenario, empezó, en realidad, en noviembre de 2020, a raíz de la vacancia del presidente Vizcarra, decidida por un acto libérrimo del Congreso que casi todos criticaron: las universidades, las agrupaciones políticas, grupos empresariales de diverso tipo, los medios y la infaltable Defensoría del Pueblo. El mismo Tribunal Constitucional estuvo a punto de hacerlo y al no lograr obtener la mayoría necesaria para reponer a Vizcarra en el cargo, su presidenta actuó en forma desaforada para pedir la precisión de un concepto que era totalmente innecesario para quien conocía la institución (postura que otros apoyaron, confirmándose así que la gente no lee y habla de oídas). Jamás se pudo entender como Vizcarra - mitómano y charlatán - pudo despertar tantas pasiones. En forma cursi y ridícula surgieron los “héroes del bicentenario” y la “generación del centenario”, en loas desmedidas que llegaron a la hipérbole y fueron incluso acogidas en el discurso del nuevo presidente Sagasti, quien asumió su nueva tarea, tras la renuncia forzada e innecesaria del presidente Merino, con un ímpetu poético que adormiló al auditorio y quizá a él mismo.

145

¿Qué es lo que pasó ante este despertar tardío, y esquivo sobre el bicentenario, que hasta ahora sorprende y que por cierto no ha dado fruto alguno? La fecha de 2021 se supo de antemano. Hubo algunas

---

\* Constitucionalista. Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

comisiones oficiales, pocas, por cierto, convocadas meses antes y anuncios de programas televisivos, publicaciones y muchas comisiones de “notables”, pero salvo eso, no se hizo nada. En julio de 2016 llegó a la presidencia, en una segunda vuelta ajustada, Pedro Pablo Kuczynski. Hombre del mundo financiero, con un pasado político destacado, formado en el extranjero y con una trayectoria profesional en el mundo de las finanzas, había perdido el interés por el manejo del gobierno. Pensaba que la cosa pública andaba sola y además no tenía conocimiento del país ni de su historia. Es probable que conociese a Shakespeare de memoria, pero con seguridad que no había leído al Inca Garcilaso de la Vega.

Y así fue que inició su gobierno, sin mayoría parlamentaria y con un congreso adverso, dominado por Fuerza Popular con 73 congresistas de 130. Keiko Fujimori no supo aceptar la derrota y con inculcable soberbia se aprestó a gobernar desde el Congreso y con pocas concesiones, lo cual a la larga fue fatal. Por el otro lado, tampoco Kuczynski demostró demasiado interés en llevar a cabo un gobierno de consenso: a poco menos de un año de iniciado su gobierno, lanzó la especie de que la “cuestión de confianza” daba pie para disolver al Congreso por cualquier motivo, casi como un servicio “delivery”. Y lo peor es que esta versión tan perversa fue aceptada acriticamente por la opinión pública, sin ser cuestionada por nadie, lo cual condujo a la larga a lo que mañosamente hizo Vizcarra meses después. Pero ninguno, ni PPK ni Fujimori hablaron del “bicentenario” en ningún momento y quizá en parte por su falta de arraigo o desconocimiento de la historia peruana, por razones que habría que ver en otro momento. Tampoco lo hizo Vizcarra, pues con seguridad desconocía el concepto.

Cuando llega Vizcarra al poder, en marzo de 2018 y durante los dieciocho meses que se mantuvo en él, solo se dedicó a esperar y a pensar como hacia ruido para quedarse en el gobierno, en medio de proyectos demagógicos ajenos a un gobernante de tan corto tiempo. No era hombre de ideas, sino más bien confrontacional y no hizo nada de nada. Ni siquiera construyó una posta médica y el país siguió un ritmo natural sin ningún apoyo de nada, casi por inercia natural. La llegada de la pandemia en marzo de 2020, fue la gran oportunidad para encerrar a la población

en sus hogares, extensivo a los centros culturales, religiosos, deportivos, comerciales, industriales, educativos y servicios públicos, en forma severa durante varios meses. En ese tiempo, las carencias del sector público afloraron en forma alarmante y el sistema sanitario colapsó como era previsible, ante la indiferencia del gobierno que pensaba que la pandemia se combatía con conferencias de prensa y comunicados oficiales. Las infecciones se expandieron y también el número de muertos que excedió a las ciento ochenta mil personas, como ahora se ha reconocido. Más tarde, se abrieron paulatinamente las diversas actividades necesarias para la vida diaria, sin que esto significase una mejora en el tema de la salud.

Por otro lado, y desde el mes de mayo, Vizcarra analizó varias propuestas de compra de vacunas a laboratorios del exterior, logró vacunarse él y varios de sus colaboradores a escondidas, pero al final no decidió nada. Así como Kuczynski a la larga se vio envuelto en denuncias, lo mismo pasó luego con Vizcarra. Todos los que en su momento apoyaron decididamente a Vizcarra, luego se han arrepentido, incurriendo en el eufemismo de decir que jamás apoyaron a Vizcarra sino a la “institucionalidad” (se vendió la especie de que la “incapacidad moral” prevista en la Constitución era nada menos que algo “mental”, invención que no tiene ningún fundamento en las fuentes existentes, como lo hemos señalado en otra oportunidad).

Disuelto el Congreso en setiembre de 2019, en forma artera y mañosa, un nuevo congreso se instaló en marzo de 2020, el cual, si bien en un principio fue bastante dócil, luego reaccionó ante las arremetidas de Vizcarra y lo vacó en noviembre de 2020. Le sucedió Manuel Merino, presidente del Congreso, quien ante una total falta de apoyo renunció y fue elegido Sagasti de las filas del Partido Morado, simpatizante del vizcarrismo, con el único fin de terminar el periodo presidencial de cinco años iniciado en 2016 (lamentablemente, en un inicio, el gobierno de Sagasti no se dio cuenta de su provisionalidad e inició su gestión a “tintas y gimiendo”, con los lamentables resultados que ahora se aprecian).

Tuvimos cuatro presidentes: Kuczynski, Vizcarra, Merino y Sagasti. Ninguno de ellos dijo nada sobre el Bicentenario, salvo en términos festivos - si bien de Merino no sabemos si tuvo la intención de hacerlo por falta de tiempo -. Y hubo dos congresos, el segundo de los cuales

finalizará en julio de 2021, pero que tampoco ha hecho nada de nada. Más bien se ha dedicado a otros menesteres, con el afán vacío de cambiar el país a punta de leyes.

Es una pena pensar que en este quinquenio tuvimos muchos y complicados problemas y que todo culminó en el desastre que vino con la pandemia en marzo de 2020. Pero nadie, ni por asomo, se preocupó por el Bicentenario. Exceptuamos algunas conferencias, algunas publicaciones, ofrendas florales, reuniones y programas radiales y televisivos. Y varios logotipos y lemas oficiales. Pero en concreto, no hay nada, salvo los recientes intentos, bastantes modestos, que está iniciando el Ministerio de Cultura, ente discreto que ha demostrado que sus logros no llegan a lo que fue el Instituto Nacional de Cultura en su momento.

¿Y porque no hay nada? Por una sencilla razón: a nadie le interesó, nadie se preocupó por hacer nada... Aun más, cuando la “generación del bicentenario” apareció en escena —una grotesca exageración para calificar a una multitud desenfrenada<sup>1</sup>— nadie pensó en nada, salvo oraciones y aparatos florales que finalmente irían al Museo de la Memoria (ahora Lugar de la Memoria). Y, además, ya era muy tarde para hacer algo. A lo que se agregó la pandemia y sus efectos, que afectó grandemente a la economía y también a la institucionalidad.

148

Por otro lado, la campaña electoral se inició con 18 candidatos y al final llegaron a la segunda vuelta, el señor Pedro Castillo, de Perú Libre —de clara raigambre comunista— y la señora Keiko Fujimori, de Fuerza Popular y anclada en la derecha moderna. Ninguno era el candidato ideal, pero eso es lo que salió. Y con un final de gobierno y con un nuevo presidente o presidenta el 28 de julio, que empezará un nuevo período, el cual tendrá que iniciarse lentamente. Lo cual significa que este año no se hará nada. Es decir, el bicentenario tendrá una mera existencia cronológica y nada más. En puridad, una simple anotación en el calendario colgado en las puertas o en las paredes de una oficina.

---

1 El fenómeno no es solo nuestro, cf. Douglas Murray, *La masa enfurecida. Cómo las políticas de identidad llevaron al mundo a la locura*, Ariel, Barcelona 2020.

Todo esto contrasta con el centenario de 1921, en el cual el presidente Leguía lo celebró a lo grande y lo mismo hizo en 1924 con el centenario de la batalla de Ayacucho, que selló la independencia de América.

En 1971 el gobierno militar de entonces celebró el Sesquicentenario de la Independencia, en forma quizá no tan fastuosa, pero muy significativa, de la cual quedan varios monumentos y además una colección impresionante de libros alusivos a la época.

En contraste, el Bicentenario es vacío, hueco e intrascendente. Y en lo que queda del año, aún con un nuevo gobierno, no podrá hacerse gran cosa. Pero nos ha dejado una herencia muy fuerte que nos lleva a grandes retos. Veamos algunos ellos.

Lo primero que hay que tener presente, pese a que lo niegan algunos, es que nuestra Constitución tiene los dispositivos necesarios para tener un buen sistema de salud, de educación y de seguridad. Si esto no se traduce en la realidad, es simplemente por dejación del Estado y por la ineptitud de su clase política. Para eso no hace falta cambiar nada, sino implementar políticas públicas serias y de largo alcance.

149

En segundo lugar, pero con la calma debida, revisar nuestros esquemas institucionales, pensando qué se puede cambiar y con la sindéresis del caso (replanteo del bicameralismo, que se discute hace mas de quince años, controles políticos, sistema de representación, etc.).

Y luego todo lo demás, debidamente priorizado, pues decididamente no podemos hacer todo de golpe.

Las campañas políticas, lamentablemente, no han incidido mayormente en esto. O en todo caso no con el rigor necesario. Pero sigue como tarea pendiente.





# Análisis de algunos derechos y principios constitucionales a la luz del Bicentenario en el Perú

✉ DORIS CAJINCHO YAÑEZ\*

## 1. Introducción

**D**ado el tema en contexto quisiera empezar estas líneas estableciendo que una promesa política de aquel que detentan poder fue comprometerse a llegar al Bicentenario como un mejor país. Sin embargo el año previo al Bicentenario se demostró ser uno de los más duros de los años de nuestra historia. A causa de la declaración de Estado de Emergencia sanitaria que ocasiono un serio conflicto económico, desatando el caos político y se llevó antes de tiempo a decenas de miles de peruanos; surgiendo las preguntas: i) ¿y ahora qué viene?, ii) ¿qué rumbo corregir?; y, iii) ¿Cómo empezar de nuevo doscientos años después?; y

151

---

\* Docente Universitario. Abogada en el sector público Corte Superior de Justicia de Junín - Primera Sala Penal de Apelaciones (Poder Judicial). Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional APDC. Áreas de Práctica: Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional Peruano, Análisis de Casos Constitucionales, Derecho Procesal Constitucional, Derechos fundamentales, Interpretación Constitucional, Argumentación Jurídica, Métodos de Interpretación Constitucional y Control de Convencionalidad. Formación Académica: Abogada por la Universidad Peruana “Los Andes”. Estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la UNMSM. Estudios de Maestría en Derecho Penal de la UPLA. Segunda Especialización en Didáctica Universitaria. Cursos de Especialización: Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional (AMAG), Curso de Especialización Clásicos del Constitucionalismo, Procesos Constitucionales, Argumentación Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales TC). Diplomatura Internacional en Argumentación Jurídica (AMAG en convenio con la Universidad de Alicante España).

surgiendo un escenario similar al descrito por Gonzales Prada luego de la post guerra con Chile; a ello se suma lo acontecido en noviembre de este año, cuando las protestas contra el régimen de Manuel Merino se evidencian y los enfrentamientos entre “Jóvenes del Bicentenario” marchan y protestan contra la intervención al ejercicio de poder de los “no tan jóvenes” en este escenario podemos establecer que no falla solamente un gobierno sino más bien un Estado.

Es evidente que existió y existe problemas con el Congreso fragmentado y la presencia de rostros nuevos; donde solo cuatro sobrevivieron al cambio y siete con experiencias previas; y el resto están en el Congreso por primera vez, y muchos de estos últimos buscan jugar un papel protagónico para ser recordados; este Congreso se instaló en pleno estado de emergencia obteniendo una característica muy saltante de ser un congreso intensamente fragmentado y muchos pertenecen a organizaciones políticas no consolidadas sin bases ideológicas generándose una población congresal claramente populista; que no cree en las instituciones autónomas y esto se advierte cuando se toman decisiones sin que pasen por comisiones; ocasionando un debilitamiento del procedimiento legislativo. Generado obviamente por el nivel de precariedad y de fragilidad que se presenta en la política en nuestro país; cuando no hay instituciones sólidas que originen partidos sólidos.

Es evidente que en nuestro país existen serias debilidades incluso antes de ser Estado peruano; viajando imaginariamente hasta la colonia en la cual encontramos en la actualidad una sociedad intensamente discriminadora y excluyente donde no se aplica el principio de igualdad, y si revisamos la historia republicana peruana al analizar los debates y las dinámicas políticas, siempre se aprecia que es un grupo de personas lidiando por el poder centralizado en la capital del país; obviamente después de ver procesos más complejos como del conflicto armado interno; llegamos a una primera conclusión que cambian los elementos pero el escenario sigue siendo el mismo; un país desintegrado profundamente dividido, con representantes incapaces de poner en práctica un desarrollo nacional; originado en la carencia de partidos políticos en nuestro país.

## **2. Derecho a la salud de la persona humana en el Perú a la llegada del Bicentenario**

Un derecho que es de necesidad pública hoy en día es el derecho a la salud en el estado peruano; sin embargo si realizamos un análisis histórico del trayecto de este derecho, se advierte que se tomó interés en el mismo siempre y cuando se generaba la aparición de una epidemia, tal como en la actualidad ocurre; tanto es así que el Ministerio de Salud surgió en nuestro país por peste en Lima a inicios del siglo XX. El cuidado de la salud de la población no siempre se consideró responsabilidad del Gobierno central. El historiador Jorge Lossio, sostiene que recién en 1901, producto de la aparición de una epidemia de peste bubónica en Lima, se involucró el Estado a efectos hacer visible su preocupación; “antes, los problemas de salud los derivaban a las municipalidades, iglesias o a las obras de caridad, como las beneficencias”<sup>1</sup>. El historiador relata que el sufrimiento que producen las epidemias ha generado reacciones similares durante toda la historia en el Perú que fue un fiel reflejo de lo que ocurría también en el mundo. En el Perú existieron tres períodos en los que se invirtió considerablemente en hospitales durante la República: **i)** aparición de peste bubónica inicios del siglo XX, **ii)** entre los gobiernos de Sánchez Cerro y Benavides, como parte de su política de incluir a la población en los beneficios que daba el Estado; y, **iii)** gobierno de Manuel Odría en 1950.

En 1990 se modificó la ideología imperante y se retrocedió en salud pública; sustentado en el concepto que cada uno era responsable de su salud y de lo que padeciera; hoy nuevamente es de preocupación nacional el derecho a la salud del ciudadano peruano; como una necesidad social prioritaria; y una vez más se evidencia y se hace visible la exigencia de dicho derecho producto de la declaración de Estado de Emergencia a causa de la aparición del virus denominado “Coronavirus - COVID 19”.

---

1 LOSSIO, Jorge, Diario Oficial El Peruano. del 01 de mayo del 2020.

### 3. Soberanía popular de cara al Bicentenario

La tesis de la soberanía nacional, fue una tesis principalmente negativa que intentaba privar al monarca de la soberanía, para afirmar la primacía de una asamblea; la idea central de la teoría era considerar a la nación como algo preexistente al Estado, y a éste como la forma en que la nación (sin forma) se organizaba<sup>2</sup>, El contexto en el cual surge y se afirma la teoría de la soberanía popular es igual de importante que en el caso de la soberanía del monarca. Si bien los pensamientos filosóficos acerca de la igualdad y la libertad natural de los seres humanos, ha obra de los hombres de letras, especialmente de Locke y Rousseau, la revolución francesa permitió que dichas ideas fueran llevadas a la práctica<sup>3</sup>. En particular, el contexto en que se plantearon fue el de la conformación de los Estados Generales; el más distinguido defensor fue Sieyes. Su argumentación apuntaba a que el rey concediera una mayor representatividad al Estado, esto es, a quienes no formaban parte de las órdenes privilegiadas; y si bien las peticiones del Estado eran moderadas, los principios que las sustentaban expresaban un completo desacuerdo con el orden establecido. Esos principios son los que más tarde, durante el curso de la revolución, se implementarían radicalmente en la república. La soberanía popular, atribuye el poder fundamental respecto a la configuración del orden político y social al pueblo, esto es, el pueblo es el origen del poder del Estado y es su portador último, la democracia como forma de gobierno implementa la idea de la soberanía popular de una manera más radical aún<sup>4</sup>. Si la soberanía es el fundamento del ejercicio del poder estatal por parte del Estado, la democracia como la forma de gobierno de un Estado, exige que sea el pueblo el que ejercite, de manera más o menos relevante, dicho poder. De ello se aprecia dos implicaciones: **i**) la democracia es la forma en la cual la soberanía popular puede desencadenarse en el Estado constitucional,

---

2 SIEYES, Emmanuel-Joseph. Escritos políticos (México, Fondo de Cultura Económica, 1993), pp. 156-61.

3 Véase, sobre otros teóricos del poder constituyente como Locke, Madison, Paine y Lawson, las referencias en Kalyvas, Andreas, cit. (n. 10), p. 96.

4 BOCKENFORDE, E. W., Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia (Madrid, Trotta, 2002), pp. 52.

en la medida que el mismo titular de la soberanía será quien ejerza el poder del Estado; y, **ii)** la democracia es la decisión constitucional que permite limitar la expresión excepcional del poder constituyente del pueblo. Ejercicio de democracia que se ha quedado paralizado al no existir el voto consiente por parte de los ciudadanos al momento de elegir a sus representantes, originando un conflicto social y un enfrentamiento entre el ejecutivo y legislativo.

#### **4. La Constitución como límite al ejercicio de poder a la llegada del Bicentenario**

En análisis de esta sección iniciaremos planteándonos la interrogante ¿Por qué razón ninguna Constitución histórica peruana ha perdurado en el tiempo?; y para arribar a una respuesta cercana se advierte que todo estado en la actualidad tiene una Constitución sin tener en cuenta su finalidad; que es el de limitar el ejercicio de poder; y apreciando algunas de las constituciones llegamos a una primera respuesta que los países con mentalidad europea continental son mucho más “flexibles” a los cambios; que los de mentalidad anglosajona ya que estos son más conservadores por cuanto mientras los anglosajos se ocupan del “fondo” para que su Constitución sea efectiva; los países con mentalidad europea continental en especial los iberoamericanos se preocupan de la “forma” es decir de incorporar las últimas novedades del constitucionalismo moderno importando menos si serán o no aplicables en una distinta realidad histórica, política y cultural<sup>5</sup>. Ahora bien cuando hablamos de los factores reales de poder son fundamentalmente las facultades legislativa, ejecutiva y judicial que no son otra cosa que las instituciones políticas básicas de la sociedad; que tiene una acepción más cercana a la Ciencia Política ya que gira en torno al poder y sus relaciones; razones por las cuales se determina que en la Constitución se establece las competencias de cada función de poder; no debemos olvidar que las relaciones del ejecutivo y legislativo se originan en las características del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos entre estos; y, si existen ausencia de estos

---

5 HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003, p. 5.

factores reales del poder descritos en la norma fundamental no llegarían a identificarse con una Constitución. Respecto al poder ejecutivo compartiendo lo planteado por Duverger quien sostenía que la voluntad de someter a los gobernantes al derecho se manifiesta en el establecimiento de constituciones a los que ellos deben ajustarse, sin poder modificarles más que mediante procedimientos especiales solemnes y difíciles características propias de una Constitución rígida. En el caso de nuestro país se establece que para lograr una transición hacia la democracia solo basta convocar una asamblea constituyente, un gobierno democrático; y en efecto elaborar una Constitución solo es el primer paso ya que al margen de la labor de una asamblea y en aras de consolidar un proceso gobierno democrático se debe lograr un pacto entre todos los que integran los factores de poder como: políticos, medios de comunicación, el sector empresarial, las fuerzas armadas y los gremios sindicales.

En el Perú actual se requiere impulsar la creación y consolidación de los partidos políticos por cuanto no solo es promover un texto constitucional; ya que los partidos políticos deben canalizar los grandes intereses nacionales; y siendo todos estos intereses imposibles de defender; con representantes políticos no consolidados, es necesario que existan partidos suficientes para representarlos; así como los obreros necesitan ser representados por sus sindicatos así también los empresarios o los trabajadores con instrucción superior deben ser oídos ya que determinan y representan la clase media; siguiendo el ideario de los partidos políticos que son grupos de interés que comparten objetivos comunes para llegar al poder con legitimidad originada desde la materialización de la elección democrática. Nuestro país nace como una nación libre e independiente a raíz de un largo proceso emancipador, iniciado desde las primeras rebeliones de indígenas y criollos, alcanzando su momento cumbre en la declaración de la independencia nacional el 28 de julio de 1821; fundamentos doctrinarios que estuvieron directamente vinculados al ideario democrático por el cual se buscaba garantizar la plena vigencia de los derechos y deberes de los ciudadanos, la consolidación del ordenamiento jurídico y político del país, el respeto a la constitución y las leyes, el bienestar de la población y la irrestricta vigencia de las garantías y los derechos individuales; siendo

uno de sus principales medios para concretar dicho ideario y garantizar el cumplimiento de sus objetivos la división del poder en tres ejecutiva, legislativa y judicial, cada uno de ellos autónomos e independientes entre sí; compartiendo lo planteados por Rousseau; por tanto en estas breves líneas me atrevo a establecer que un factor fundamental para lograr un equilibrio de poder se centra en la tarea de promover la aparición de verdaderos partidos políticos que generen ideologías básicas sobre las que se gesta la organización, compartir de manera homogénea intereses y objetivos comunes para llegar y ejercer el poder.

## **5. Conclusiones**

- a) En estas breves líneas hemos elegido describir los principios constitucionales de Soberanía Popular y el de división de poderes, así también; el Derecho a la salud, principios y derechos de impacto y de urgente tratamiento y reestructuración en nuestro país respectivamente; ya que a través de la historia se ha apreciado que siguen un trayecto histórico pero son los mismos al fin y al cabo desde la declaración de la independencia del Perú hasta la llegada del Bicentenario.
- b) El derecho a la salud en nuestro país siempre se encuentra postergado hasta que se origine una epidemia; relegado su implementación cuando se supera las emergencias que se generan en nuestro país y esta vez no fue distintos con la aparición del COVID 19 a la llegada del bicentenario; dado que el país a raíz de estos descuidos con la llegada del virus no se encontraba preparado para un evento de esa naturaleza que genero pérdidas humanas.
- c) El principio de Soberanía Popular debe hacerse visible en el estado peruano a través de entender que la soberanía es el fundamento del ejercicio del poder estatal por parte del Estado; y, la democracia como la forma de gobierno de un Estado, exigiendo que sea el pueblo el que ejercite dicho poder a través de sus autoridades y representantes.

- d)** En cuanto a la División de Poderes es necesario impulsar la creación de partidos políticos con la finalidad de generen ideologías, intereses y objetivos comunes para llegar y ejercer el poder.



## Sobre el derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida

✎ EDITH CARMEN CERNA LANDA\*

**E**n el bicentenario de nuestra República, el tema del medio ambiente tiene especial relevancia no solo porque está reconocido como un bien jurídico constitucionalmente protegido y su goce como un derecho constitucional de toda persona (desde la Constitución Política de 1979<sup>1</sup>), sino también por la existencia de daños al ambiente que han generado conflictos socioambientales.

159

Al inicio de la República, en la primera Constitución de 1823, el tema del medio ambiente como tal no se consideró, pero estuvo implícitamente presente en la noción de territorio, entendido como las relaciones, vínculos y representaciones que se constituyen sobre la **tierra**, que es el espacio físico y geográfico y, un recurso natural.

Y es que la necesidad urgente, después de declarada nuestra independencia el 28 de julio de 1821, era consolidar el territorio nacional. Ello explica lo dispuesto en el artículo 6 de nuestra primigenia Constitución, de que “el Congreso fijará los límites de la República, de inteligencia con los Estados limítrofes, verificada la total independencia del alto y

---

\* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 “Artículo 123.- Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza.

Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

bajo Perú”, además de determinar en su artículo 7, lo que será la división política del territorio nacional - que se mantiene a la fecha salvo las regiones - en Departamentos, Provincias y Distritos.

También reconoció el derecho a “la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes” (artículo 193 inciso 8), así como el deber de las municipalidades - a establecerse en todas las poblaciones -, de asegurar la “salubridad” y “promover la agricultura, industria y cuanto conduzca en razón de la localidad al bien del pueblo” (artículos 130, 140 inciso 4 y 141 inciso 3); de lo que se desprende que por mandato constitucional, la actividad agrícola, industrial y minera, que utilizan esencialmente la tierra y el agua como recursos naturales, no debían dañar a éstos ni afectar la salubridad, para así lograr el bien del pueblo.

La necesidad de regulación de la materia ambiental ante el efecto causado por la intensa actividad económica con sobre explotación de los recursos naturales; recién se expresó en el siglo XX y tuvo su primera manifestación a nivel internacional, en la **Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano**, adoptado en Estocolmo - Suecia, el 16 de junio de 1972, que no hizo expresa referencia al ambiente pero adoptó principios vinculados al mismo. Así en el **Segundo Principio**, se señala que *“los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”* y, en el **Cuarto Principio**, que *“el hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres”*<sup>2</sup>.

---

2 Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio humano, realizado del 5 al 16 de junio de 1972. Tomado de [www.dipublico.org](http://www.dipublico.org) A-CONF.48-REV.1.pdf

En cuanto a la noción de ambiente o tradicionalmente medio ambiente, Damián Merino señala que inicialmente ha “*considerado al agua, al aire, a la tierra y a la vida, es decir, a la Hidrósfera, a la Atmósfera, la Geósfera y la Biósfera, donde se tenía a la actividad humana como una actividad de perturbación permanente en las distintas esferas. Actualmente se ha incluido una quinta esfera denominada **Antropósfera** (Manahan, 2007), la que involucra a todos los seres humanos y las actividades relacionadas con su desarrollo y supervivencia... Esta visión moderna promueve al hombre como parte del medio ambiente, además de incentivar a que las acciones ejecutadas por él, no sólo minimicen el daño hacia el resto de las esferas, sino también que se puedan ejercer acciones beneficiosas para todo el planeta”<sup>3</sup>.*

Para Canosa Usera<sup>4</sup>, el medio ambiente es un bien colectivo relacionado con la solidaridad por el propósito de proteger la calidad de vida pero se goza en forma individual y general. Como concepto objetivo, comprende a los recursos naturales (es el caso del agua, aire, suelo, subsuelo, fauna, flora, fondos marinos) y los vínculos que producen entre sí (como el clima, paisaje, ecosistemas, espacios naturales). El Tribunal Constitucional en sentencia dictada en el proceso acción de inconstitucionalidad sobre regalías mineras (expediente N°048-2004-AI), define el medio ambiente como “*el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye “(...) tanto el entorno globalmente considerado -espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano”; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros*” (fundamento 17).

En tal sentido y como bien jurídico constitucionalmente protegido (según se desprende de los artículos 66 y 67 de la Constitución de 1993), el “*ambiente se configura como tema fundamental para la formulación de políticas públicas, generación de legislación especializada y, por supuesto, para*

---

3 MERINO, Damián. En: Tesis doctoral - Introducción General. Tomado de [www.sedici.unlp.edu.ar](http://www.sedici.unlp.edu.ar)

4 CANOSA USERA, Raúl. En: Constitución y Medio Ambiente. Libro de la Colección Constitución y Derechos Humanos. Editorial Jurista Editores EIRL, Primera edición, 2004, pp. 65 y 90.

*la creación de una organización estatal dedicada a ella*<sup>5</sup> que en el caso del Perú, es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

La norma especializada es la Ley General del Ambiente N° 28611 publicada el 15 de octubre del 2005, que regula todas las acciones destinadas a la protección del ambiente, que debe adoptarse en el desarrollo de todas las actividades humanas, precisando que la referencia a “ambiente” o a “sus componentes” incluye a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico<sup>6</sup> los cuales, en forma individual o conjunta, constituyen el medio en el que se desenvuelve la vida (artículo 2).

Además, prescribe como parte de la política pública ambiental, entre otros, el respeto de la dignidad humana, la mejora continua de la calidad de vida de la población, la prevención de riesgos y daños ambientales, la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras; el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que incluye la conservación de la diversidad biológica mediante la protección y recuperación de los ecosistemas, las especies y su patrimonio genético; el desarrollo sostenible de las zonas urbanas y rurales incluyendo la conservación de las áreas agrícolas periurbanas y la prestación ambientalmente sostenible de los servicios públicos; la conservación de los patrones culturales, conocimientos y estilos de vida de las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas y que; en el desarrollo de toda actividad empresarial se implemente políticas de gestión ambiental y de responsabilidad social (art.11)

162

No obstante los notables avances en la regulación y tutela del ambiente, que se adoptó en una economía social de mercado donde hay *“tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”*<sup>7</sup>;

---

5 DELGADO VIZCARRA, Arturo en: Análisis de las funciones de supervisión del OEFA como ente rector del SINEFA, en el compendio: La fiscalización ambiental en el Perú, p. 365.

6 Se entiende por antropogénico o antrópico a los efectos, resultados o procesos que son consecuencia de acciones humanas y, en particular, sobre los efectos en la naturaleza de la actividad del hombre.

7 Citada STC N° 0048-2004-PI/TC Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley de Regalía Minera N° 28258.

la aspiración constitucional primigenia de “bien del pueblo”, no se ha logrado en doscientos años de vida republicana. Ello se evidencia, entre otros aspectos, en los conflictos socio ambientales existentes en diversos departamentos del país, ante la contaminación ambiental que causan las actividades económicas que explotan recursos naturales, como la minería (cuya libertad para ejercerlo - además de la agricultura - estaba ya reconocida en la Constitución Política de 1823).

En efecto, según el Reporte de Conflictos Sociales N° 205 de la Defensoría del Pueblo, a marzo de 2021 existían 194 conflictos sociales: 143 activos y 51 latentes, de los cuales 125 son conflictos socio ambientales activos y, de estos 80 casos (64%) corresponde a conflictos relacionados a la actividad minera, derivado entre otros, de la contaminación de aguas naturales, que será mayor cuando más alto es el volumen y la frecuencia de los vertimientos mineros, sobre todo si excede los límites máximos permitidos.

Ello se explica porque *“la mayoría de las actividades mineras se concentran en las cuencas altas de los ríos... mayormente sobre los 3 500 msnm... La industria minera libera anualmente ca. 13 000 Mm<sup>3</sup> de efluentes tratados ineficientemente a los que se suma la presencia de los pasivos ambientales mineros (Autoridad Nacional del Agua 2009, 65, Bebbington y Williams 2008, 191). Se ha estimado que más de la mitad de las 5 818 comunidades campesinas ubicadas principalmente en la sierra del Perú coexisten con actividades mineras, lo cual constituye un riesgo ambiental al modo de vida rural, porque ellos dependen de actividades agropecuarias como medios de sustento (Gil 2009, 54, Kitula 2006, 406, Ramírez 2005, 180)”*<sup>8</sup>.

Se afirma que es mejor prevenir que lamentar, y tal expresión es mas significativa en materia ambiental, que ha reconocido el principio

---

8 CORZO REMIGIO, Amelia, en: Tesis del 2015 para optar el grado de magister en Desarrollo Ambiental en la Pontificia Universidad Católica del Perú, denominado “Impacto de los pasivos ambientales mineros en el recurso hídrico de la microcuenca quebrada párac, distrito de San Mateo de Huanchor, Lima”. Tomado de tesis.pucp.edu.pe/repositorio, pp. 1 a 2, 27 a 28.

de prevención, precisamente ante *“la imposibilidad de regresar el suelo, aire o agua al estado anterior al evento contaminante, lo que altera permanentemente la dinámica de los ecosistemas”*<sup>9</sup> y, además, puede ser fuente de conflictos socioambientales, como el que se vive actualmente en nuestro país.

Los conflictos socioambientales no se superarán mientras no se concreten las políticas públicas ambientales establecidas, entre ellas, controlar el aprovechamiento sostenible de los recursos ambientales con prevención de riesgos y daño ambiental, lo cual a su vez permitirá que toda persona - sobre todo quienes se encuentren cercanos a las zonas de explotación ambiental - ejerzan su derecho a vivir y gozar de un ambiente equilibrado, saludable y adecuado al pleno desarrollo de la vida y, a la salud.

De otro lado, en toda acción pública debe ponderarse el desarrollo económico con la protección del ambiente y la salud pública, para lograr que el Estado materialice su deber de brindar bienestar general, dado que el desarrollo integral de la Nación que sustenta el bienestar, no sólo es desarrollo económico sino también tutela de recursos naturales, que como bienes ambientales son disfrutables por todos y no solo medios del proceso económico.

164

Para tal propósito, se sugiere que como parte de la política pública ambiental, se prohíba y/o reduzca al mínimo la actividad minera en zonas cercanas a las cabeceras de cuenca. Asimismo, que por razón de especialización, los estudios de impacto ambiental - EIA (detallado como semidetallado) estén a cargo de una sola autoridad para lograr unificar los criterios de protección ambiental, como el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE adscrito al Ministerio del Ambiente - MINAM, que actualmente sólo evalúa los EIA detallados.

---

9 GAMIO AITA, Pedro. En: La prevención en el Derecho Ambiental Peruano, en el compendio: La fiscalización ambiental en el Perú. Reflexiones sobre las funciones y atribuciones de la OEFA. Primera edición, abril 2014, páginas 330 y 334

También debe incentivarse las buenas prácticas ambientales, con reconocimientos y certificaciones ambientales, sobre todo a las empresas no contaminantes con la adopción de tecnologías mas limpias.

Por otro lado, las empresas deben considerar que el ambiente es un elemento imprescindible en el desarrollo de las actividades económicas, por lo que su respeto es una estrategia de gestión. Además, le genera beneficios económicos con la atracción de inversiones, porque el respeto ambiental aumenta su reputación e imagen ante el público y los consumidores y asegura su permanencia en el mercado. También posibilita su acceso a mercados más exigentes y sensibles a la cuestión medioambiental.

De ésta manera se puede lograr un cambio en la filosofía empresarial, que tradicionalmente no considera asumir los costes ambientales ni toma en cuenta el respeto ambiental en su planificación; situación que ha traído como resultado conflictos socioambientales que afectan sus actividades diarias, con la exigencia social de su no continuidad y hasta su cese, inclusive.

En atención a lo expuesto, es necesario que de cara al bicentenario tutelamos mejor el ambiente para prevenir conflictos socio ambientales.





## ¿Constitución sin orden?

Algunas explicaciones sobre las debilidades  
del proyecto republicano

✎ EDUARDO HERNANDO NIETO\*

“Nada hay más difícil de tratar, ni más incierto de conseguir, ni más peligroso que afrontar, que aprestarse a establecer nuevas constituciones”

Maquiavelo, *El Príncipe*

“El hombre puede modificarlo todo en la esfera de la propia actividad, pero no crea nada: esta es su ley tanto en el ámbito físico como en aquel moral. Sin duda alguna el hombre es capaz de plantar una semilla, hacer crecer un árbol, mejorarlo con un injerto, y podarlo de cien maneras, pero nunca ha imaginado tener el poder de hacer de sí mismo un árbol. ¿Cómo no ha imaginado nunca poder tener lo necesario para hacer una constitución? ¿Acaso gracias a la experiencia?”

Joseph de Maistre, *Los hombres y las constituciones políticas*

**A** inicios de los años 90 del siglo pasado escribí mi tesis de bachillerato en derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú bajo la supervisión del Dr. Fernando de Trazegnies Granda, titulada “De la Monarquía Tradicional a la Constitución de 1823, el proceso de transición constitucional y la creación de la república peruana” (Hernando, 1992) en ella trataba de dilucidar porque se optó por la República en vez de

---

\* Doctor en Filosofía (UNMSM), Master en Teoría Social y Política (UEA Norwich-Reino Unido), Coordinador del Doctorado de Derecho de la USMP, Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la PUCP, Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Profesor Principal en la Academia de la Magistratura.

la Monarquía llegando a la conclusión que la Monarquía que se ofrecía en ese momento nada tenía que ver con la Monarquía tradicional y orgánica de la que escribían tratadistas que había incluido en mi trabajo como Juan Vázquez de Mella 1 o Víctor Pradera 2 y por lo tanto ese proyecto de Monarquía que se proponía perfectamente podía compararse con un Régimen Republicano –que al final se impuso– en el que simplemente se acentuaba el poder del Presidente (¿Rey?) siendo para el caso iguales los efectos.

A pesar de la influencia de los dos siglos (XVI y XVII) en los que formamos parte del Imperio Español asimilando el *ius commune* europeo bajo la forma de derecho indiano y la fe católica, el siglo XVIII significó con los Borbones un tránsito acelerado hacia la modernidad convertidos en una Colonia que quería como el resto de Colonias su rápida independencia de España y su Constitución como un Estado bajo un régimen republicano imitando también los casos recientes de los Estados Unidos de Norteamérica y de Francia con su revolución y Constitución.

168

Así pues, en los orígenes del constitucionalismo peruano y latinoamericano se pudo reconocer tanto la influencia de la tradición española (modernizada ya a partir de Cádiz), la norteamericana y la francesa. Como sostiene el reconocido profesor argentino Roberto Gargarella, (2014) estas tres tradiciones, desarrollarían las posiciones conservadoras, liberales y republicanas en el debate constitucional, en el caso del constitucionalismo español (conservadurismo) la defensa de la fe cristiana y el autoritarismo; en el constitucionalismo norteamericano (liberal) la separación de poderes y la autonomía individual buscando también evitar que el poder de las mayorías amenace las libertades individuales y finalmente en el modelo republicano –el menos relevante de los tres y proveniente de la tradición francesa– el autogobierno y la participación activa de las mayorías.

De acuerdo a la tesis de Gargarella –que sería básicamente una lectura desde la izquierda académica– todas las constituciones

---

1 VÁZQUEZ DE MELLA, Juan. (1861-1928) político tradicionalista ideólogo del Carlismo.

2 PRADERA, Víctor. (1872-1936) político ideólogo del tradicionalismo español.

latinoamericanas durante el siglo XIX fueron o bien conservadoras o bien liberales, y además mencionaba que durante ese periodo también se forjaron alianzas entre estos dos sectores para neutralizar el poder de las mayorías y posibilitar el autogobierno lo cual se tradujo en una paralización de la “sala de máquinas” de la Constitución (parte orgánica de la Constitución destinada a la distribución del poder) por lo que sería necesario activarla y así lograr que las mayorías accedan al poder.

Si bien parece correcto lo que sostiene el profesor Gargarella al describir el desarrollo del constitucionalismo en ese periodo, su propuesta de facilitar e incentivar la participación de las mayorías para corregir esa supuesta desventaja implicaría una reforma o finalmente la elaboración de una nueva Constitución, lo cual nos llevaría a un más peligroso desequilibrio habida cuenta que el constitucionalismo moderno (el norteamericano fundamentalmente) había nacido como una manera de frenar el enorme poder de las mayorías y sobre todo de las facciones mayoritarias (Madison, 2012) tras la explosión democrática a partir del siglo XVIII.

169

La democracia – amor por la igualdad como diría Tocqueville - era vista por quienes hicieron la primera Constitución escrita en los Estados Unidos (1787) como una fuerza, una potencia, o incluso una ola que debería ser canalizada precisamente por medio de las instituciones y mecanismos de la propia Constitución (como los frenos y contrapesos, la bicameralidad, la revisión judicial entre otras) a fin de que pueda convertirse ésta en una fuerza creadora y liberadora y no en una destructiva y solamente igualadora (Tocqueville, 2000)

A poco de celebrar el Bicentenario de nuestra independencia y tras el peso de Doce Constituciones a cuesta (podrían ser más si incluimos a Cádiz y las de la Confederación Perú - Bolivia) tendríamos que decir que en muy poco o en nada nos parecemos a la República Federal de los Estados Unidos cuya Constitución sirvió de importante guía para nuestro constitucionalismo.

¿Qué es lo que ha pasado entonces con nuestro proyecto constitucional y con nuestra propia República? la respuesta hay que buscarla en los orígenes y eso significa reconocer que no son solamente las

revoluciones, las ideas, las leyes o las instituciones las que forman a la colectividad sino que ésta se configura mediante otros elementos históricos incluyendo los propios componentes culturales.

Si empezamos justamente con el caso norteamericano reconocemos que sus orígenes no fueron simplemente un trasvase de la herencia británica o una creación de los padres fundadores, sino que existieron documentos coloniales que ya adelantaban estos hechos y que estaban enraizados en las creencias religiosas de muchos radicales protestantes quienes inspirados por el judeocristianismo ya abogaban en favor de una vida comunal, un autogobierno e incluso un modelo pactista cuya fuente se encontraba en el antiguo testamento destacando el pacto o convenio entre Dios y el pueblo de Israel: “La tradición de la Constitución americana deriva en gran medida de la tradición Judeo - Cristiana interpretada por las sectas radicales protestantes” (Lutz, 1988, p.7)

Eso significa que ya desde un principio existía un orden que había antecedido a la Constitución escrita. Si tomamos en consideración entonces la distinción que existe entre Constitución como orden y Constitución como norma (Schmitt, 2011; Fioravanti, 2001) debemos de admitir no solamente que una antecede a la otra por un criterio temporal (el orden a la norma) sino que en realidad como lo demuestra el caso de los Estados Unidos no podría haber norma sin orden, mi hipótesis en relación al Perú sería entonces que desde 1821 el Perú nunca ha llegado a consolidar un orden, - como si lo tuvo durante el periodo Imperial - pero el problema sería que al no poder haber establecido dicho orden político entonces las Constituciones nunca han podido llegar a funcionar como deberían, la norma sin orden sería simplemente como un cascarón vacío, una guía a ninguna parte, por ello la insatisfacción permanente y también las recurrentes demandas por reformas o como piden algunos hoy una nueva Constitución que jamás podrá cambiar radicalmente la existencia del país a menos que considere que las normas solo son viables cuando preexiste el orden.

Dicho esto, se tendrá que admitir que el problema y desafío del Perú sería la creación de un orden político, pero ¿cómo se podría efectuar esto en un escenario en el cual la modernidad, la tecnología y la globalización contribuyen a su fragmentación y polarización?, los tiempos no son

precisamente propicios para la afirmación de las identidades arraigadas cuando vemos que muchos discursos políticos de derecha (liberalismo) y de izquierda (socialismo) se articulan más bien en el desarraigo, y en el vaciamiento de todo aquello que podría aun mantener viva una referencia identitaria (religión, costumbres ancestrales, biología, etc.) (Deneen, 2018)

La situación entonces no puede ser más grave en estos momentos, debemos desterrar la creencia de que una nueva Constitución (normativa) es el camino a seguir, debemos explorar en nuestras raíces, en especial en aquellos tiempos donde si podría haber existido una Constitución en el sentido original (orden), por ejemplo durante la etapa de mayor plenitud del derecho indiano que ya no era solo el derecho castellano ni la costumbre nativa sino algo distinto (Cruz Barney, 2012) Una vez que pueda superarse este problema recién podría tener sentido – como lo tuvo para los Estados Unidos o cualquier otro Estado que nació bajo las mismas condiciones – el considerar una Constitución normativa eficaz, reconociendo en este caso que el modelo norteamericano sería muy atractivo por sus conexiones con la filosofía política y la teología y su comprensión de la naturaleza humana como base de toda forma política (Pangle, 1993; Schambra, 1992). De poder considerar estos aspectos entonces podría haber alguna esperanza de que las cosas podrían mejorar en el futuro, caso contrario seguiremos expresando nuestra insatisfacción permanente incluyendo actos de violencia como muestra de la frustración de no haber alcanzado ningún logro significativo.



## Bibliografía

1. Cruz Barney, O. (2012) *Historia del Derecho Indiano*, Valencia: Tirant lo Blanche.
2. De Maistre, J. (2015) *Crítica a la Modernidad, antología de textos antiliberales y contrarrevolucionarios*. Huesca: Hiperbola Janus.
3. Deneen, P.J (2018) ¿Por qué ha fracasado el liberalismo? Madrid: Ediciones Rialp.

4. Fioravanti, M. (2001) *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
5. Gargarella, R. (2014) *La sala de máquinas de la Constitución, dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Buenos Aires: Katz.
6. Hamilton, A; Madison, J & Jay, J. (2012) *El Federalista*, México: DF, FCE.
7. Hernando Nieto, E. (1992) *De la Monarquía Tradicional a la Constitución de 1826: el proceso de transición constitucional y creación de la república peruana*. Tesis (Lic), Lima: PUCP
8. Lutz, D. (1988) *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge: Louisiana State University
9. Maquiavelo, N. (2010) *El Príncipe*, Madrid: Alianza Editorial.
10. Pangle, T. (1993) *The Ennobling of Democracy, the challenge of the post-modern age*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
11. Schambra, W.A (1992) *As far as Republican principles will admit, essays by Martin Diamond*, Washington DC: The AEI Press.
12. Schmitt, C. (2011) ***Teoría de la Constitución***, Madrid: Alianza Editorial.
13. Tocqueville, A. (2000) *Democracy in America*, New York: Harper Collins Publishers

## Bicentenario, democracia y Estado constitucional

✎ EDWIN FIGUEROA GUTARRA\*

Si no hay un número suficiente de personas  
que quieran la democracia, nadie podrá salvarla”

**Robert Alexy**

Pocas veces se generan retos tan extraordinarios como la conmemoración de un Bicentenario, diríamos incluso que solo una vez en nuestras vidas, y esa especial ocasión constituye el marco idóneo para un balance situacional, desde una *perspectiva histórico social*, de las relaciones entre “democracia” y “Estado constitucional”. Dichas acepciones representan, unidas, cual oxímoron, una *democracia constitucional* o un *constitucionalismo democrático*, variantes que a su vez se yuxtaponen en los rasgos de un Estado de derecho que ha evolucionado con problemas, complejidades y dificultades hacia un paradigma contemporáneo: una forma de pacto social que nos atrevemos a denominar, es nuestra propuesta, una *democracia fundamental*.

173

Es objeto de este estudio abordar la relevancia de esa mirada *histórica* y a la vez *social*, acotada *supra*, de la democracia en nuestro país, así como sus rasgos constitucionales, a categorizar en esa referida base *histórico-social*, pues el Bicentenario de la independencia, en rigor, plantea un eje de debate

---

\* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe

de sucesos relevantes, a lo largo de 200 años de historia desde el 28 de julio de 1821, los cuales han marcado, con creces, un devenir de esta forma de gobierno que, desde la misma concepción griega de Estado y política, es entendida y asumida como la forma menos mala de gobierno.

Así, si intentamos responderle a Norberto Bobbio su histórica pregunta *Che cos'è la democrazia*, podemos contestar que la democracia se realiza pensando la democracia misma, tarea que se hace más retardadora en un contexto presente de pandemia del SARS COV 2 que ensombrece la celebración patria próxima.

En un primer rango de análisis, el contexto *histórico* de la evolución de nuestra democracia es un rasgo trascendente, dado que nos permite dirigir una necesaria atención, de un lado, a la historia de las ideas políticas, elementos que pueden adjetivarse dentro de juicios de valor bobbianos propios de una filosofía política (Yturbe, 2007, p. 24.); de otro lado, prestamos atención a los sucesos mismos acaecidos en estas dos centurias, elementos que responden a juicios de hecho a insertar dentro del estudio de la ciencia política.

Los avatares históricos que denota nuestra aún joven democracia nos ponen en serios aprietos si buscamos una definición propia de democracia para Perú, pues en 1821 derechos que hoy, vía un importante enfoque incluso convencional de *hard law*, ciertamente se presentan consolidados, como por ejemplo el derecho a la igualdad, entre otros derechos iusfundamentales de arraigo, en ese entonces ostentaban un rasgo muy primigenio, de notoria insuficiencia, dado que existía, entre otros importantes fenómenos sociales y como moneda corriente, la segregación social de los indígenas, la misma esclavitud de la población negra, la división acentuada de las clases sociales, entre otros matices.

Se circunscribía el ejercicio de la democracia, entonces, a un grupo restringido de ciudadanos, y según el artículo 17 de la Constitución de 1823, para gozar de esa condición se requería: “ ser peruano, ser casado o mayor de veinticinco años, saber leer y escribir, cuya calidad no se exigirá hasta después del año de 1840, y tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria



útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero”. Solo estos segmentos sociales gozaban del poder del voto y bajo urgencia de inferencias, advertimos por supuesto una notoria ausencia: se excluía del derecho a voto a las mujeres, quienes recién en 1955 lograrían esa importante conquista social en nuestro país.

Un contexto de la naturaleza como el descrito permite sostener, coincidiendo con Manrique, la existencia de una “República sin ciudadanos” (Manrique, 2006, p. 17), en la medida que el Perú emerge a la vida independiente en medio de un vacío de poder y espacios desarticulados. De esa forma, no solo constituye antecedente previo la eliminación de los curacazgos luego de la Revolución de Túpac Amaru II en 1780, lo cual redujo las estructuras de poder andinas, sino las propias élites limeñas, leales al rey de España, pierden sus otrora privilegios coloniales (Manrique, 2006, p. 17).

Fue golpe de gracia para la incipiente economía de entonces, incluso, la pérdida del yacimiento minero de Potosí, antes conectado con las minas de Huancavelica, situación que a su turno rompió la columna vertebral de la economía peruana colonial. Ello generó, además, un caos que a su turno permitió la aparición de nuevos poderes locales, como la emergencia del gamonalismo y el militarismo (Manrique, 2006. p. 17), figura esta última que resultaría gobernando el país durante parte considerable de los siglos XIX y XX.

Manrique (2006) acota otra muestra relevante de la historia republicana del Perú y la expresa en el racismo colonial, pues “se fundó el estado allí donde no había nación” ( p. 25), dado que se “naturalizaban” las desigualdades sociales. Este racismo colonial se manifestó en un racismo antiindígena con expresiones claras de segregación racial. Sin embargo, he aquí una manifiesta contradicción: si esos indígenas adolecían de una “incapacidad natural”, como se les achacaba, entonces ¿cómo se explicaba la grandeza del imperio de los incas si precisamente esos indígenas provenían de aquella raza guerrera? Manrique (2006) sostiene que estas justificaciones no eran válidas, pues ese ataque frontal a los indígenas solo respondía a que “disponer de la fuerza de trabajo indígena, ( lo cual) era considerado un derecho por las autoridades políticas, judiciales y eclesiásticas.” ( p. 28)

La historia se hizo más compleja después: el país se declaró en bancarrota en 1876 (Manrique, 2006, p. 36), y en 1879 sobrevino la guerra con Chile, agravando las cosas el aciago resultado del cercenamiento del territorio nacional con la pérdida de las provincias peruanas de Tarapacá y Arica. La situación empeora más adelante con la guerra civil de 1895, la cual a su vez concluye con la expulsión del poder de Andrés Avelino Cáceres, asumiendo plenos poderes Nicolás de Piérola. Manrique alude a la existencia, en ese contexto, de un “país bloqueado”, en referencia a la inestabilidad política del siglo XX, centuria en que se materializan diversos golpes de estado (Sánchez Cerro en 1931, Velasco Alvarado en 1968, Fujimori Fujimori en 1992), entre otros.

Los esbozos históricos que anteceden nos permiten un breve diagnóstico del Perú como incipiente democracia, con problemas de envergadura como el centralismo, problema al cual se unen otras crisis: de representatividad, expresada en la fuerte variabilidad de las adhesiones a los diferentes partidos y movimientos políticos; de crisis económica; del fracaso del intento velasquista de la modernización de la sociedad peruana; del estado mismo, por su progresivo distanciamiento de la sociedad a la que decía servir; y de la herencia colonial no resuelta. ( Manrique, 2006, p. 47)

La vida del Perú como nación, a lo largo de estos 200 años, inferimos por consiguiente, ha transcurrido entre intentos de vivir en democracia. A su manera, cada régimen ofreció un cambio trascendente de las condiciones de vida de los ciudadanos, pero en rigor, las crisis de país acumuladas en dos centurias, nos conducen a incidir en lo que Bobbio llama “las promesas incumplidas de la democracia” (Yturbe, 2007, p. 10), en la medida que desde una “definición mínima” de democracia (Yturbe, 2007, p. 19), existen valores a incorporar como condiciones necesarias de funcionamiento de un régimen. Esos valores han funcionado en un nivel mínimo en estos dos siglos de historia en el caso peruano, pues un balance objetivo de nuestra evolución como país arroja el escenario-balance de una muy frágil democracia.

Podemos hablar también de una “soledad de la democracia” (Yturbe, 2007, p. 17), pues las diferencias pueden resultar manifiestas entre los

ideales democráticos y la “democracia real”, o entre lo que la democracia habría permitido ser y la “cruda realidad” (Yturbe, 2007, p. 30). Es propio inferir, por consiguiente, siguiendo a Bobbio, que la democracia es una “gran dicotomía” (Yturbe, 2007, p. 37), rememorando un estilo hobbesiano que discurre entre la guerra, en estado de naturaleza, y la paz, en el ámbito del estado.

Las contradicciones son incluso mayores: se refuerza, y esto es plenamente válido para nuestro país, la noción de “democracia asediada” que construye Lalatta, o “aquello que queda de la democracia” de Preterossi, o “cómo fracasa la democracia” de Simone, o por último, que nos encontremos frente a una “democracia desfigurada”, como señala Urbinati. (Riccobono, 2017, p. 19)

Las figuras descritas, o giros graves de la democracia propios de un Estado que aspira a ser una *democracia fundamental*, nos señalan un camino complejo: la democracia resulta efectivamente asediada por valores anti democracia, esto es, aquellos que niegan la vigencia material de un régimen con libertades ciudadanas irrestrictas. De esa manera deviene cierto el riesgo de que esa democracia fracase o se convierta en un país fallido en cuanto a ideales democráticos de libertad, igualdad y fraternidad, si nos atenemos a los valores históricos de 1789. O más aún, que la democracia misma resulte herida de muerte si existen regímenes autocráticos o de facto, con lo cual es plenamente válida la acepción de una democracia desfigurada. Si ello sucede, a modo de examen histórico, nos corresponde preguntarnos qué queda de los intentos por vivir en democracia en toda nuestra historia republicana.

Presentadas estas contradicciones de la democracia y ateniéndonos a un diagnóstico fallido, dado que nunca alcanzó Perú verdaderos escenarios democráticos de ancha base, es de mencionarse, sin embargo, que el espíritu de la historia, ese famoso *Volksgeist* hegeliano, nos empuja a persistir en el arquetipo democrático. La viabilidad de las democracias, consecuentemente, se convierte en un imperativo categórico para toda comunidad contemporánea. Un estudio de *The Economist* en relación a la democracia nos señala que:

En 2019, la democracia global se deterioró. Esto revela el Índice de Democracia 2019 de la Unidad de Inteligencia de *The Economist*, el cual señala que casi la mitad de la población mundial vive en una democracia de algún tipo, pero solo el 5.7% de ellos vive en una “democracia plena”. Este índice brinda un panorama del estado de la democracia global al analizar 165 países y dos territorios, lo que cubre a casi toda la población del mundo. (IMCO. 2020)

Fijado el esbozo anterior, deviene necesario desarrollar un engrace de esta noción de la vigencia de una democracia con la naturaleza propia del Estado constitucional, y he aquí que confluye una interrogante de relevancia: si la democracia, tal como la hemos presentado, está en crisis, ¿es también una crisis del Estado constitucional? (Riccobono, 2017, p. 21).

En propiedad, ambos conceptos se entrelazan, y si el modelo de Estado constitucional de derecho incorpora el máximo nivel de confianza en el Derecho como generador de democracia (Riccobono, 2017, p. 24), creemos que sucede que el Estado constitucional no es *legibus absolutus*, es decir, no existe de forma independiente al derecho pero procura, como tarea permanente, consolidar la democracia como un régimen en el cual los derechos fundamentales pretenden ostentar plena vigencia.

Con ello afirmamos una relación indisoluble entre democracia y Estado constitucional, pues se trata de conceptos que van de la mano, entrelazados, y uno se diluye sin el otro. Bajo esa pauta, solo hay *democracia fundamental*, esto es, una democracia con pleno respeto de los derechos fundamentales, dentro de un Estado constitucional, y solo existe un Estado constitucional con aspiraciones de realización dentro de un régimen democrático.

Coincidimos, de esa forma, en que los principios del Estado de derecho, en un contexto de democracia son: la división de poderes, la garantía de protección jurídica; la dignidad, igualdad, libertad y autonomía de las personas; el mismo principio de proporcionalidad; y la primacía del derecho sobre la política. (Lara, s.f, p. 818), y se trata de vectores

consustanciales del Estado constitucional, en el cual las relaciones entre Derecho y moral se vuelven convergentes.

Ciertamente, en relación a la vinculación entre Derecho y moral, es de advertir que “como lo hace notar Eugenio Bulygin, la relación entre el derecho y la moral es casi tan vieja como la disputa sobre el derecho natural, existiendo diversas tesis que defienden su conexión o separación”. (Lara, s.f., p. 821). Esta aseveración nos conduce a la necesidad de definir si estamos ante la moralización del Derecho o la juridificación de la moral (Riccobono, 2017, p. 28), y en propiedad, estamos frente a la expresión de un Estado constitucional en el cual la democracia, como forma de vivencia, permite una reconciliación entre el Derecho y la moral. Así, se supera esa conocida tesis kelseniana de estricta separación entre el Derecho y la moral.

¿Y por qué no se produciría ese escenario en un régimen de facto? Pues porque en este último es cierto el aforismo *auctoritas non veritas facit legem*, es decir, la autoridad, por su sola condición de autoridad, hace la ley, mientras que en una democracia el eje es inverso: *veritas non auctoritas facit legem*, es decir, es la verdad la que hace la ley por sobre la autoridad.

179

Por otra parte, es un rasgo del Estado constitucional en democracia, la existencia de Tribunales constitucionales, los cuales bien pueden ser calificados como un cuarto poder (Lara, s.f., p. 823), dadas sus atribuciones en relación al control de constitucionalidad, asistiéndoles incluso la prerrogativa de expulsar leyes del ordenamiento jurídico. Nuestra joven democracia de dos siglos ha afianzado esta característica: de existir leyes incompatibles con la Constitución, éstas son expulsadas del ordenamiento jurídico, y objetivamente aquí no hay invasión de competencias de otros poderes, sino concretamente acciones de control constitucional.

Por último, es de anotar otro rasgo evolutivo del Estado constitucional y es la viabilidad de un *Estado internacional de Derecho* (Lara, s.f., p. 824), esto es, la referencia concreta a países en procesos de integración, como es el caso de la Unión Europea. De esa forma, el Estado constitucional y su convergencia democrática asumen un matiz de mayor involucramiento, en tanto nos encontramos frente al reto de ensanchar las bases democráticas del Estado a través de procesos de integración.

Podemos entonces afianzar, a título de conclusión, la noción de un trípede de interés en relación a los ítems acotados: nuestro Bicentenario, como elemento de apoyo histórico, nos permite destacar dos valores en guisa: uno primero referido a la necesaria vigencia de la democracia, como contexto de evolución óptimo de una sociedad, y un necesario referente de correlación: el Estado constitucional, nociones que nos permiten construir la idea de una *democracia constitucional* o un *constitucionalismo democrático*, como referentes de consolidación. Ello goza de carta de ciudadanía en nuestra expresión final de una *democracia fundamental*, como referente de un Estado de derecho en el cual la vigencia plena de los derechos fundamentales constituye la *raison d'être*, o razón de ser, de una sociedad.



## Bibliografía

180

1. **IMCO ( 20 de febrero de 2020)**. *Los países más y menos democráticos en 2019 via The Economist*.  
Recuperado de <https://imco.org.mx/los-paises-mas-y-menos-democraticos-en-2019-via-the-economist/>
2. **LARA M. (s.f.)**. *Democracia, Estado de derecho, y Estado constitucional de derecho*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.  
Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2556/36.pdf>
3. **MANRIQUE N. ( 2006)**. Democracia y nación. la promesa pendiente. En *La democracia en el Perú: Proceso histórico y agenda pendiente*.  
Recuperado de <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12799/421/238.%20La%20democracia%20en%20el%20Per%C3%BA%20Proceso%20hist%C3%B3rico%20y%20agenda%20pendiente.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
4. **RICCOBONO F. ( 2017)**. Democracia y constitucionalismo. En *Derechos y libertades* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig. DOI: 10.14679/1045 Número 37, Época II, junio 2017, pp. 17-29.  
Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/288499673.pdf>

5. **YTURBE C. ( 2007).** *Norberto Bobbio. Pensar la Democracia:* Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México.

Recuperado de [http://www.filosoficas.unam.mx/docs/431/files/Pensar\\_la\\_democracia.pdf](http://www.filosoficas.unam.mx/docs/431/files/Pensar_la_democracia.pdf)





## Réquiem por el principio de separación de poderes en el Bicentenario de nuestra república

✍ ELARD RICARDO BOLAÑOS SALAZAR\*

“La mayor seguridad contra la concentración gradual de los poderes reside en dotar a cada uno de los medios constitucionales necesarios para resistir las invasiones de los demás”<sup>1</sup>.

**E**l artículo 43° de la Constitución peruana establece que nuestra República se organiza “según el principio de la separación de poderes”. Podemos decir que prácticamente todas las constituciones peruanas estuvieron impregnadas por la idea de la separación de poderes (aunque no lo señalaran expresamente); aunque, hay que precisarlo, no con la comprensión que hoy en día se tiene de dicho principio.<sup>2</sup>

183

Con mucha frecuencia -y hoy más que nunca- se suele invocar este principio para defender determinadas posturas o acciones. Sin embargo, hoy, al cumplir doscientos años, resulta más importante que nunca detenerse a pensar si es que el camino que estamos andando garantiza verdaderamente que se respete y fortalezca el principio de la separación de poderes.

---

\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor del Tribunal Constitucional del Perú.

1 HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John. El Federalista. Fondo de Cultura Económica. 2da Edición. Ciudad de México. 2001, p. 220.

2 Para una revisión concisa de las constituciones peruanas recomiendo revisar: Ramos Núñez, Carlos. La letra de la ley, Historia de las constituciones del Perú. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima. 2018.

Pues bien, dicho esto, es preciso señalar que la teoría de la separación de poderes, propuesta por *John Locke* en su obra “Segundo tratado sobre el gobierno civil” de 1689 y desarrollada con amplitud por *Montesquieu* en “El espíritu de las leyes” de 1748, representa el pilar más importante de todo Estado constitucional.<sup>3</sup> Sobre el particular, es correcto afirmar que “*Montesquieu*, en el siglo XVIII, trazó las coordenadas de un diseño estratégico para evitar la concentración del poder político y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales”.<sup>4</sup>

En efecto, la separación de poderes, como principio, busca garantizar que todos los demás valor es constitucionales (y, desde luego, los derechos fundamentales) se encuentren garantizados plenamente. Por virtud de dicho principio, se repudia que el poder esté concentrado en una sola persona o en un solo órgano.

La pregunta que surge, entonces, es: ¿Y cómo la separación de poderes contribuye con la garantía de los derechos fundamentales? Pues bien, imaginemos por un momento, por ejemplo, que las facultades de legislar y de impartir justicia recaen en un solo órgano; en un solo poder. No sería impreciso pensar que dicho órgano carecería de la imparcialidad necesaria al momento de decidir sobre la justicia o no; sobre la corrección o no, de sus propias normas.

Por eso es que, teniendo en cuenta el ejemplo propuesto, es necesario contar con un Poder Judicial que sea independiente e imparcial a fin de que consiga precisamente impartir justicia sin vulnerar derechos fundamentales.

Ahora bien, clásicamente se hace referencia a un Poder Legislativo, a un Poder Ejecutivo y a un Poder Judicial cuando se aborda el principio de la separación de poderes. Sin embargo, hoy en día, con la existencia

---

3 Tan es así que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789 señaló en su artículo 16° que allí donde no existía separación de poderes, no podía hablarse de una Constitución.

4 SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México. 2006, p. 89.

de órganos constitucionalmente autónomos (como el Tribunal Constitucional; la Defensoría del Pueblo; el Ministerio Público, etc.), vemos como dicho principio se ha visto expandido por la confluencia de otros actores que participan también, necesariamente, en el sostenimiento de la democracia constitucional.

Dicho esto, conviene también precisar que el principio de separación de poderes, tal y como fue concebido clásicamente, solamente mantiene sus rasgos más esenciales, puesto que en las dinámicas actuales de los Estados constitucionales es imposible concebir una separación tajante de los poderes (o de las funciones del poder). Así, tanto la colaboración mutua, como los frenos y contrapesos, se hacen patentes hoy a fin de garantizar precisamente aquel principio.

De manera tal que el Estado constitucional se construye sobre la base de un principio del cual dimana su propia razón de ser. La separación de poderes, entendida en sus justas y reales dimensiones, propugna una visión panorámica de las posibilidades de cohabitación que necesariamente deben crear y sostener los distintos actores que detentan el poder.

De ahí que el Tribunal Constitucional peruano haya sido enfático en advertir que “la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por ella también se desprende el principio de colaboración de poderes”<sup>5</sup>. Precisando los alcances de esta afirmación también ha dicho el supremo intérprete que el principio de separación de poderes tiene los siguientes rasgos de identidad: (i) principio de separación de poderes propiamente dicho; (ii) principio de balance entre poderes; (iii) principio de cooperación, y (iv) principio de solución democrática.<sup>6</sup>

---

5 Tribunal Constitucional del Perú. Caso sobre la disolución del Congreso de la República. Expediente 0006-2019-CC/TC. Sentencia de 14 de enero de 2020, fundamento 31.

6 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Cuestión de confianza y crisis total del gabinete. Expediente 0006-2018-PI/TC. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, fundamento 56.

Por lo tanto, los poderes del Estado no se han configurado como compartimentos estancos o como parcelas de poder que no entran en contacto con los demás poderes. Y es que, incluso en términos prácticos, sería hasta contraproducente para los fines de un poder aislarse totalmente de los otros. La colaboración mutua es precisamente el mecanismo que echa a andar la rueda que alegóricamente podríamos decir que es el Estado.

En nuestro sistema, de hecho, comprobamos la existencia de diversas herramientas que dan fe de aquella cooperación o interrelación que debe haber entre los poderes estatales. La cuestión de confianza; la censura ministerial, el voto de investidura al Primer Ministro y hasta la disolución del Congreso de la República (siempre que se lleve a cabo por causas constitucionales), suponen verdaderas muestras de cómo la relación entre un poder y otro se han ido estrechando cada vez más.

De igual forma, es preciso advertir cómo las labores que en un inicio se concebían propias y exclusivas de un determinado poder del Estado, hoy en día pueden ser realizadas por otro poder, aunque bajo determinadas condiciones. Así, por ejemplo, tenemos a un Poder Ejecutivo que también puede legislar a través de la legislación de emergencia (decretos de urgencia) o a través de la legislación delegada (decretos legislativos), mientras que, por otro lado, tenemos a un Poder Legislativo cuya función principal poco a poco deja de ser la de legislar; ocupando en su lugar una presencia muy importante la labor de control político y fiscalización.

Lo antes expuesto, desde luego, no supone que los poderes del Estado hayan abandonado sus consustanciales deberes, sino que, es una manifestación más de cómo una interpretación estricta y tajante del principio de separación de poderes no tiene cabida en el constitucionalismo moderno.

Sin embargo, cierto es que muchas veces esta visión del principio de la separación de poderes puede llegar a confundir a quienes detentan el poder y llevarlos así a cometer excesos que pongan en peligro la vigencia del sistema democrático.

Lo peor y más grave es que muchas veces suele creerse que el rompimiento del principio de separación de poderes no nos afecta en nuestra esfera de libertades. Nada más alejado de la realidad. La democracia -y con ella la supervivencia de los derechos fundamentales- se pone en peligro cada vez que la separación de poderes es amenazada. Por ello, es acertado afirmar que “el mayor peligro asociado al gobierno de las personas es la posibilidad de decisiones arbitrarias. La arbitrariedad envuelve en este contexto la capacidad que tienen los gobernantes de obstruir, impedir, manipular o llevar a cabo cualquier acción que afecte a los gobernados sin consultar sus puntos de vista o intereses y sin considerarlos como dignos de igual trato y dignidad.”<sup>7</sup>

En nuestra joven historia republicana han existido episodios en los que el principio de la separación de poderes se ha encontrado cara a cara con la crisis. En efecto, en ocasiones hemos tenido que asistir a momentos de suma tensión entre dos o más poderes que han puesto a prueba a nuestro sistema democrático. Por ello es que no es alejado de la realidad afirmar que “el funcionamiento de la separación de poderes en la Constitución peruana es temperamental, dado que dependerá en gran medida de las mayorías parlamentarias y la prudencia de los gobernantes (el estilo de gobierno, las formas o buenas maneras democráticas)”.<sup>8</sup>

Pero la separación de poderes no solamente demanda una actitud democrática y colaborativa entre los circunstanciales actores a quienes se les encarga temporalmente el poder; sino que, supone también la presencia de una ciudadanía activa y vigilante, pero, sobre todo, consciente de que finalmente el poder institucionalmente ejercido (en cualquiera de sus formas) emana del pueblo. Una ciudadanía consciente de ello es capaz de exigir que quienes sean elegidos para conducir las riendas de los poderes constituidos respeten, por sobre todas las cosas, el principio de separación

---

7 BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons. Madrid. 2010, p. 75.

8 HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de derecho constitucional*. Palestra. 3ra Edición. Lima. 2019, p. 287.

de poderes. En esa misma línea, una ciudadanía consciente de que el poder emana del pueblo, también es capaz de repudiar cualquier intento por socavar al mismo.

Finalmente, no cabe duda que, al cumplir doscientos años como República, el principio de la separación de poderes merece ser visto con atención, pero, lo más importante, merece ser defendido por todo aquel que crea verdaderamente en la democracia. La prevalencia de este principio por sobre todas las cosas es la garantía que tenemos de que, nuestra todavía joven democracia, consiga fortalecerse de cara al futuro. No hay nada más peligroso que el abandono de los principios que construyen y sostienen la idea misma de la democracia.

# ¿Resulta hoy la dignidad el mejor sustento de los derechos en el actual Estado Constitucional?

✎ ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA\*

## 1. ¿Cómo se llega a considerar a la dignidad como el sustento de los derechos?

La modificación de los alcances del concepto de Constitución indudablemente ha originado importantísimas consecuencias. Hoy la Constitución es comprendida como una norma jurídica (o, más propiamente en términos técnicos, un conjunto normativo) cuyo último fin u objetivo es el de garantizar la plena vigencia de los derechos

189

---

\* Magistrado y ex Vice presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Doctor en Derecho con mención sobresaliente *summa cum laude* en Madrid (España). Premio a la mejor investigación en Derecho en el período 2018-2019 (Madrid, España). Ganador de la becas AECI (España) y CONICET (Argentina) al mejor proyecto de investigación en Derecho. Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck, el Tribunal Constitucional Federal, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Fundación Konrad Adenauer (Alemania); las universidades de Bolonia, La Sapienza y Pisa, y la Corte Constitucional italiana (Italia); las universidades de La Sorbona de París y Lorena (Francia); así en Cortes Constitucionales; Cortes Supremas; Universidades, centros de estudios e instituciones de España, Suiza, Rusia, Bélgica; Polonia, Andorra, Argentina, México, Brasil, Perú, Guatemala; Honduras; Nicaragua; Costa Rica; Panamá; República Dominicana; Puerto Rico; Colombia; Ecuador; Venezuela; Bolivia; Chile; Uruguay; Paraguay; Marruecos; Qatar; Corea del Sur; y el Parlamento Europeo. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana. Miembro de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y las asociaciones peruanas de Derecho Administrativo y Procesal. Fue, además, durante diez años, parte de la Mesa Directiva de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

fundamentales de todos nosotros. Es en ese tenor que se establecen pautas para la conformación del poder, entre otros diversos tipos de disposiciones, cuya vigencia busca asegurar. Por otro lado, la Constitución también es entendida como el referente para la comprensión de una serie de fenómenos: la constitucionalización tanto del Derecho como de la política, y el entendimiento en clave convencionalizada de la Constitución y los diferentes derechos.

En ese tenor, se comprende que la irradiación de los efectos de la Constitución en la sociedad o a través de las diversas disciplinarias jurídicas y sus distintas instituciones involucra manejarse con criterios y pautas que colaboran con las tareas de las diferentes magistraturas constitucionales: garantizar una eficiente interpretación de la Constitución, realizar un eficaz control de constitucionalidad, evitar el ejercicio abusivo del poder, y, sobre todo, asegurar el reconocimiento y tutela de los diversos derechos. En este sentido, toman relevancia y protagonismo, por ejemplo, la interpretación y la argumentación constitucionales.

En el escenario aquí reseñado, también ha cambiado el tenor de lo que hoy se entiende por constitucionalismo. Así, y con prescindencia de los matices que pudiesen darse sobre el particular, ahora nos encontramos con aquello que muchos denominan “constitucionalismo contemporáneo” (distinto del “constitucionalismo moderno” o fundacional, que surge a fines del siglo XVIII). Este “constitucionalismo contemporáneo” se caracteriza por tratar de conseguir que la Constitución proyecte sus valores y contenidos en todos los ámbitos del Derecho, así como en la vida social, política, económica o cultural en un Estado o una sociedad en especial. Justo es señalar que si bien la fuerza jurídica de la Constitución y su proyección se constató primero en los Estados Unidos (siendo, en este sentido, emblemático el caso *Marbury vs. Madison*), cabe destacar como en Europa continental –tradición frente a la cual, al menos en estos aspectos, América Latina se encuentra más próxima– se dieron diversos acontecimientos que vale la pena destacar, los cuales se presentan como un síntoma o una expresión de este nuevo tipo de constitucionalismo.

Ese es el caso, por ejemplo, del uso de la llamada “fórmula de Radbruch” (de acuerdo con la cual aquello que se reclame como Derecho,



pero que sea extremadamente injusto, no debe ser considerado como Derecho válido), la tutela de la vinculación entre Derecho y Moral, la diferencia entre normas-reglas y normas-principios, o el uso de las normas con carácter *ius cogens* (como ocurrió, por ejemplo, con los procesos de Nuremberg), entre algunas de las materias más importantes a reseñar.

A pesar de lo que acaba de señalarse, resulta importante resaltar que, dentro de una visión hoy más bien ortodoxa de la materia, existen dos comprensiones o lecturas distintas sobre el constitucionalismo contemporáneo, a las que ya me he referido: se tiene por un lado (1) el llamado “constitucionalismo positivista” o “garantista” (que, en lo esencial, parte de un modelo descriptivo de la Constitución, el cual no admite la existencia de una diferencia cualitativa entre la interpretación de una ley y la interpretación constitucional, y, además, plantea la existencia de una conexión contingente entre Derecho y Moral), y el (2) “constitucionalismo no-positivista” o “pospositivista” (que, en cambio, se sostiene en un modelo axiológico de la Constitución; y que, de otro lado, asume que hay una diferencia cualitativa entre la interpretación constitucional y la interpretación de la ley y, finalmente considera que existe de una conexión necesaria entre Derecho y Moral).

Aunque con algunos matices y previsiones, he señalado que me encuentro más cercano a una concepción pospositivista de constitucionalismo, en tanto y en cuanto entiendo que el Derecho (o mejor aún, “decir el Derecho”) significa e involucra bastante más que asignar significados a textos jurídicos, sino que –en el marco de un ordenamiento constitucionalizado, además– también obliga a resolver conforme a los valores y principios constitucionales. Asimismo, se constata que en buena parte de los estados europeos el tratamiento de esta materias fue cambiando con la promulgación de nuevas constituciones y con la configuración de entidades a las cuales se denominan magistraturas constitucionales (básicamente tribunales y cortes constitucionales), las cuales han hecho suyas las tareas de interpretación vinculante de cierre de la Constitución y de control de la constitucionalidad (tareas que permiten materializar los alcances normativos y vinculantes de la Constitución, en el escenario ya indicado del “constitucionalismo contemporáneo”).

En ese tenor, por ende, se promueve y fortalece un modelo de control constitucional de naturaleza eminentemente jurisdiccional, frente a otras formas o modelos de control, de carácter político, por ejemplo. Ante estos fenómenos de instauración y consolidación de diferentes cortes o tribunales constitucionales, además, se comprende de mejor manera el actual protagonismo de los jueces y las juezas constitucionales, y se debilita absolutamente la credibilidad del paradigma dogmático-legalista, el cual antes orientaba la interpretación jurídica de los juzgadores y juzgadoras, quienes respondían a un claro influjo positivista.

Los cambios reseñados en las conclusiones anteriores (en lo esencial, modificaciones que inciden tanto en la comprensión del Derecho como en los alcances del constitucionalismo), junto con otros elementos, han llevado a que se genere un nuevo planteamiento sobre el rol y los alcances de la labor de los jueces y las juezas constitucionales. Y es que hoy, esos jueces y juezas devienen en los más relevantes impulsores de la materialización de fenómenos como los de la constitucionalización del Derecho, la constitucionalización de la política y la convencionalización del Derecho. Junto a lo ya especificado, a los jueces y juezas constitucionales les corresponde desarrollar labores de integración social (cohesión, inclusión, prevención, reconciliación), mediación y orientación, por solamente destacar algunas de las responsabilidades más significativas que ahora tienen a su cargo. De esa forma, y tal como ha sido anotado, actualmente las cortes o tribunales constitucionales no son tan solo actores jurídicos: indudablemente también son importantes actores sociales.

La materialización de estas nuevas tareas también ha impulsado que los jueces y juezas constitucionales cuenten hoy con una serie de alternativas para su actuación a nivel técnico, opciones que no siempre son aceptadas por todos. Y es que, si en realidad alguna vez tuvo vigencia efectiva aquello del “legislador negativo” (como función que era la que correspondía de manera excluyente a los tribunales y cortes constitucionales), actualmente nos encontremos en las antípodas de esa posibilidad. No perdamos de vista entonces que los procesos de tutela de derechos fundamentales, las sentencias interpretativas, las sentencias estructurales, los supuestos de inconstitucionalidad por omisión y un largo etcétera son demostraciones palpables de lo que se acaba de reseñar.

Como bien cabe anotar, en la actualidad los jueces y las juezas constitucionales tiene un margen interpretativo que, sin duda, ha sobrepasado los márgenes otorgados a una interpretación jurídica más bien tradicional. Es más, lo expuesto apuntala la existencia de una judicatura constitucional muy activa y dotada de variados recursos para desarrollar una línea activista (la cual, correctamente comprendida, constituye un punto medio entre el “quietismo” indolente, complaciente o temeroso, y el “hiperactivismo” arrollador, abusivo y absolutista). Sin embargo, y sin discutir la plena justificación de lo anterior, también es cierto que este radical cambio de escenario, de todas maneras, genera más de una preocupación (en especial, si no están claros los alcances de su actuación y los límites para los tribunales y cortes constitucionales).

De otro lado, la subordinación de la actuación estatal y de las relaciones entre particulares a la vigencia de los contenidos de la Constitución, así como la mayor institucionalización de la magistratura constitucional, permite determinar constatar las diferentes tendencias en el Derecho Constitucional comparado en relación con la interpretación del texto constitucional y con el control judicial de constitucionalidad. Entre los rasgos básicos que pueden identificar a estas nuevas tendencias, tenemos a: i) la derrota de los mecanismos de control sin naturaleza o fisonomía jurisdiccional; ii) la derrota del “legislador negativo” y el fortalecimiento del papel del juez(a) constitucional como mediador(a) jurídico; iii) la consagración del juez(a) constitucional como promotor de la constitucionalización del Derecho, la constitucionalización de la política, y la convencionalización del Derecho; y, iv) la especialización de la jurisdicción constitucional.

Indudablemente, podrían plantearse varias observaciones ante este nuevo estado de cosas. En primer término, sería necesario preguntarse por la pertinencia, necesidad e idoneidad de acudir al espacio jurisdiccional para tratar estos temas. En segundo lugar, es oportuno interrogarse con respecto a la legitimidad con la cual debe contar el juez o jueza constitucional para desempeñar las tareas que se les ha encargado actualmente, labores centrales para el funcionamiento y la consolidación de todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

Ahora bien, creo necesario resaltar la relevancia del espacio jurisdiccional como espacio para la interpretación vinculante de la Constitución, el control de constitucionalidad y convencionalidad, y la tutela de los derechos. Eso sí, con ciertas previsiones: y es que resulta innegable afirmar que no toda materia puede ser directamente tutelada en sede jurisdiccional, ni bajo parámetros jurídicos en principio. Sin embargo, debe recomendarse que existen temas que exigen una tutela jurisdiccional directa, y hasta urgente; y materias donde la oportunidad de acudir ante un juez(a) queda como una posibilidad o deviene en un último recurso. Ello, por cierto, muy a pesar de la mayor o menor eficacia que esa alternativa tenga en alguna situación en particular.

Por ende, la labor interpretativa, así como su resultado, tiene una directa vinculación con la postura que tome el juez(a) constitucional frente al fenómeno de lo jurídico en general, y a la situación de la norma o normas jurídicas objeto de análisis en particular. La determinación de los rasgos característicos de las disposiciones constitucionales, y su actual vigencia efectiva, logro adquirido en estos últimos años, reclama contar con un método de interpretación que resulte *ad hoc* a las necesidades y exigencias constitucionales. Por ese motivo, he optado por analizar las peculiaridades de la interpretación constitucional, la cual, por cierto, se refiere a los siguientes aspectos: a) los agentes de la interpretación; b) las técnicas interpretativas; y, c) los problemas de la interpretación; y, d) el modelo de Constitución adoptado.

Ahora bien, e independientemente de todas estas valiosas consideraciones, no se puede soslayar que se ha pasado de un constitucionalismo de los límites a uno que tiene como su eje principal a los derechos, derechos que, al convertirse en el punto de partida del Derecho como ordenamiento jurídico, y a la vez, al constituirse en el objetivo a alcanzar con nuestra actividad o falta de actividad en lo político, lo económico, lo religioso o lo social, deben encontrarse cabalmente sustentados. Sin ello, pasarían una serie de situaciones nada beneficiosas, y entre ellas, un peligroso debilitamiento del sustento de las tareas de concretización de la Constitución, constitucionalización del Derecho y la política, y convencionalización del Derecho, labores que, entre otras, son la razón de ser del

quehacer de los jueces y juezas constitucionales, actores y actrices clave en la configuración de un verdadero Estado Constitucional.

En muchos casos se busca justificar a los derechos y al mismo constitucionalismo contemporáneo desde consideraciones ideológicas, fundamentalmente a partir de prédicas venidas desde el liberalismo o el constructivismo, máxime si provienen de una dinámica kantiana o rawlsiana. En ese escenario, se sostiene la relevancia de la persona a partir de criterios morales o metafísicos, como la dignidad humana o la autonomía moral. Incluso se llega a señalar que el fundamento del Derecho es en última instancia moral. Aquello ocurre en un escenario donde se considera a las personas como sujetos racionales con capacidad de generar discursos que buscarían ser aceptables o correctos; se formula sobre todo un “constitucionalismo de derechos” (dejando en un segundo plano a un “constitucionalismo de límites”, y a otros principios y valores constitucionales, entre los cuales resalta el denominado principio democrático) y se hace referencia a un igual valor o jerarquía abstracta de todos los derechos. En esa misma línea de pensamiento, se suele demandar que todos y todas en general, y los jueces y juezas constitucionales en particular, asuman una actitud comprometida y hasta militante a favor de los derechos y de algunos valores, escenario en el cual se presupone que la discrecionalidad de los jueces y juezas constitucionales será empleada en sentido positivo.

En este escenario, los derechos, que deben cumplir con determinados supuestos asumidos como básicos, son considerados los bienes de la mayor relevancia y rango. Ahora bien, y entre las características generales atribuidas a estos derechos suele señalarse que se fundamentan en una dignidad inherente al ser humano; tienen un especial valor material y jurídico; y, además, que son inderogables, absolutos, inalienables, irrenunciables, y tienen vocación de universalidad, pues son atribuibles a todos los seres humanos. En este contexto, la dignidad humana adquiere una innegable importancia, pues representa y simboliza el cambio de perspectiva entre y sobre las personas apuntalado por determinados Estados y personas comprometidas con el reconocimiento y la tutela de derechos en la segunda posguerra. Y es que luego del doloroso momento vivido por toda la humanidad, se asume que la persona humana tiene

un valor insuperable, innegociable e inviolable. Ello es establecido tanto por los principales tratados en materia de derechos humanos como por las constituciones más reconocidas dentro del constitucionalismo actual. Sin embargo, y pese a lo recientemente anotado, necesario es anotar que no existía ni existe hasta hoy una comprensión unívoca ni clara de que se entiende por dignidad humana.

## **2. Las debilidades de la dignidad como sustento de los derechos**

Se ha planteado que son cuatro las nociones más difundidas sobre dignidad: en primer lugar, se apunta a concebirla como un mandato de no instrumentalización (la persona debe ser considerada como fin y nunca como medio); además, se la ha calificado como un atributo inherente a todo ser humano por el solo hecho de serlo (todos y todas somos iguales en dignidad); también se le ha considerado como una capacidad indispensable para ser reconocido(a) como sujeto racional y moral (esos serían los alcances y consecuencias de entender a la dignidad como autonomía moral); y, finalmente, se ha tomado a la dignidad como una aspiración política normativa: dicho con otras palabras, como un “deber ser” (dignidad como la obligación de que a todo ser humano se le debe garantizar condiciones dignas de existencia). Como puede apreciarse, estamos pues claramente ante un concepto con varios alcances, los cuales son distintos y hasta contradictorios entre sí, con los eventuales riesgos que aquello acarrea en general, y de manera muy especial en las tareas actualmente encomendadas a los jueces y juezas constitucionales.

Ahora bien, y muy despecho de que la dignidad no cuente con un significado único o claro, es innegable que desde hace muchos años (y, sobre todo, luego de la segunda posguerra) se ha ido configurando una muy cercana y relevante relación entre la dignidad y los derechos. Por ejemplo, y en lo relacionado a la fundamentación de los diferentes derechos, desde un importante sector de la doctrina suele considerarse que la dignidad es un sustento metafísico, moral o conceptual para el reconocimiento de los derechos (se entiende entonces a la dignidad humana como algo que antecede y, además, se convierte en el presupuesto necesario para la existencia y vigencia de los derechos). Por ende, se tiende a entenderla como el sustrato

axiológico de los derechos (dicho en otras palabras, se asume a la dignidad como aquel valor que se encuentra en la base de todo derecho); y, finalmente, se apunta a señalar que los derechos pasan a ser vistos como manifestaciones o concreciones de la dignidad humana (es más, se ha dicho que todo derecho puede entenderse como una concretización de la dignidad).

Ahora bien, y en mérito a lo anotado acerca de la noción de dignidad, es necesario preguntarse si nos encontramos frente a una base sólida con el fin de sustentar los diferentes derechos. Con relación a ello, conviene anotar que el reconocimiento de la dignidad como justificación de los diferentes derechos parece estar estrechamente relacionado al carácter ambiguo de dicha dignidad, pues permite que doctrinas que incluso eran incompatibles entre sí aparezcan reconociendo la relevancia de los derechos y la necesidad de asegurarlos en base a la dignidad. A pesar de ello, se pone en duda este amplio consenso (pudiendo devenir hasta transformarse en confrontación) cuando se hace referencia a los contenidos y alcances concretos de estos conceptos (dignidad, derechos).

Planteemos algunos ejemplos. Y es que en nombre de la dignidad humana –dentro de alguna de las comprensiones a las cuales ya he hecho mención– pueden justificarse situaciones tan diversas como el rechazo o la tolerancia del sexo consentido entre o con adolescentes. Lo mismo puede señalarse sobre el pleno reconocimiento o la proscripción del matrimonio entre personas del mismo sexo. Esa ambigüedad también permite justificar tanto la permisón relativa como la prohibición absoluta del aborto. Y así, un largo etcétera. Y, de otro lado, cada vez se encuentra una mayor cantidad de situaciones vinculadas a los derechos, las cuales difícilmente pueden encontrar sustento en la dignidad (por ejemplo, la titularidad de derechos concedida a algunas personas jurídicas). En síntesis, se reconoce que la dignidad humana indudablemente ha sido una valiosa justificación para los derechos, pero hoy se encuentra lejos de ser un fundamento muy firme o sólido al respecto. Ello se explica, en primer lugar, debido al ya mencionado carácter abierto de la noción de dignidad. Pero ese no es su principal dificultad: su mayor problema se encuentra en que, generalmente, tal noción se encuentra vinculada a doctrinas metafísicas, ajenas a toda percepción y no derivadas de la experiencia.

Como es de conocimiento general, los postulados metafísicos – sean especulaciones racionales o dogmas de fe– se presentan como incontestables e incontrastables y, por ende, es imposible ponerse de acuerdo sobre su bondad, corrección o pertinencia. Siendo así, una mejor fundamentación para los derechos debería evitar una formulación de contenido bastante incierto o polémico, máxime si esa justificación se encuentra sustentada en afirmaciones metafísicas (como ocurre hoy con la noción de dignidad humana).

### **3. En la construcción de un nuevo sustento de los derechos**

Considerando lo anterior, todo lo vinculado al fundamento de los derechos debería ser buscado más bien en la realidad o la experiencia, y desestimarse (por tener un sustento menos firme y objetivo) cuando recurre a argumentos metafísicos como el naturalismo, el constructivismo ético (rawlsiano, kantiano), los fundamentalismos religiosos, y diversas doctrinas morales igualmente especulativas. Sin embargo, debe tenerse presente que plantear argumentos morales no metafísicos implica, en primer término, superar la denominada “falacia naturalista” o “Ley de Hume”, la cual señala que no es posible fundamentar asuntos de “deber ser” desde el mundo del “ser”. Dicho con otras palabras, entender que de hechos de la realidad (descripciones) no pueden extraerse exigencias morales (prescripciones), pues estas últimas solo pueden sustentarse en lo moral.

198

Ahora bien, la Ley de Hume no es irrefutable. Al contrario: diversos filósofos contemporáneos han explicado sus errores. Sin embargo, ello no involucra que sea factible, sin más, dar por sentado que es posible vincular “ser” y “deber ser” o “hechos” y “valores”, pues si considero que la referida dicotomía hecho/valor (o ser/deber ser) puede ser superada. Al respecto, sostengo, al igual que otros autores(as), que diversos datos de la realidad generan en todas las personas lo que podemos denominar “emociones” o “sentimientos morales”, asunto que recientemente viene siendo constatado y estudiado, por ejemplo, por la neuroética y la neurobiología.

Y es que progresivamente se va comprobando que a las personas nos conmueve el dolor ajeno, que somos criaturas con sentimientos y



sensaciones, y nos afecta (y hasta nos duele) el rechazo o falta de aceptación social. Inclusive se acredita que tenemos cierta moralidad innata. Sin embargo, debe tenerse presente que estos datos de la realidad (emociones, sentimientos) no son argumentos morales, pero que sin duda condicionan y encuadran nuestro razonamiento moral, ya que de todas maneras será en ese contexto que se formularán nuestros juicios o valoraciones de carácter moral. En la misma línea de lo ya expuesto, todos (as) tenemos o hemos tenido algunas experiencias que motivan nuestras valoraciones (afectos o rechazos primarios), las cuales luego serán escrutadas racionalmente, generándose así razones para actuar, es decir, prescripciones.

Es pues que, en la misma línea de lo anotado, planteo que los “sentimientos morales” constituyen un puente (razonable y racional) entre hecho y valor. Se trata de un puente compuesto por tres tramos: descripción, valoración y prescripción. Y también, por si todavía queda alguna duda al respecto, entiendo que no existe una separación absoluta entre “hecho” y “valor” o entre “ser” y “deber ser”, como se sostiene desde la falacia naturalista, también denominada la Ley de Hume. Luego de lo que acabo de señalar, puedo afirmar, siquiera de manera provisional, que las necesidades humanas están directamente vinculadas con tales sentimientos morales. No puede negarse que los seres humanos tenemos necesidades básicas cuya insatisfacción consideramos negativamente, pues generan daño grave (propio o ajeno, a nosotros(as) mismos(as), o los demás). Ese rechazo se expresa tanto de modo inmediato (a través de sentimientos morales) como durante un tiempo posterior, al evaluarlas racionalmente (y en ese escenario, generamos razones para actuar). En suma, las necesidades básicas involucran motivos para actuar y generan, también, razones morales.

Este planteamiento sobre las necesidades básicas y su relevancia, se sostiene en cuatro bases. La primera de estas es la de una idea distinta de justicia. En este sentido, coincido con quienes reclaman que una aceptable idea de justicia, apartada de toda metafísica especulativa, necesita contar con un punto de partida razonable y realista respecto de las personas (preguntarse por quiénes discuten realmente sobre lo justo), así como un punto de llegada, el cual se refiera a la configuración de una

institucionalidad plausiblemente justa (interrogarse acerca de qué puede considerarse justo para cada quién), todo ello, desde una perspectiva de diálogo razonado. Y es que tanto en el punto de partida como en el de llegada que se fijan encontraremos exigencias básicas de justicia en las cuales podrían convenir personas razonables. Entre estas exigencias se encuentra, como exigencia básica inicial, la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

La segunda base o fuente de lo que planteo emplear para llegar hacia lo que quiero sustentar es la denominada teoría de las necesidades humanas (y en especial, tomando en cuenta lo sostenido por Agnes Heller, integrante —en su momento— de la Escuela de Budapest). Creo que la teoría de las necesidades humanas, impulsada por Heller y algunos autores, sí aporta diversos elementos de interés a efectos de construir nuestra propia noción de necesidades básicas, en tanto y en cuanto señala que la sociedad o el sistema generan un conjunto de necesidades cuyo objetivo no es el del bienestar de las personas, sino más bien el mantenimiento y reproducción del statu quo ante. Además, explicita que las necesidades humanas no pueden impuestas desde una burocracia o desde “grandes narrativas” (discursos totalizadores); y reconoce que — pese a lo anterior— pueden establecerse necesidades generales (socio-políticas) para ser materializadas desde las instituciones públicas (Estado de bienestar).

De otro lado, coincido con Agnes Heller cuando prescribe que las necesidades humanas afirman aquellas libertades de las cuales toda persona dispone autónomamente, y que las prioridades en la materialización entre unas y otras necesidades tiene que ser resuelta de manera política-democrática (y no recurriendo a una jerarquía metafísica o esencialista). Con todo, confieso sentirme más cercano a la tercera fuente en la cual me sustento, la denominada teoría de las capacidades básicas y del desarrollo humano, especialmente tomando en consideración los trabajos de Amartya Sen y Martha Nussbaum. Este enfoque aporta a la noción de necesidad básica la perspectiva aristotélica sobre la persona, la cual permite concentrarse en las capacidades constitutivas de una vida humana dignamente vivida, al entender que el desarrollo o bienestar de las personas no se basa en “logros”, como lo son la realización de funciones, la obtención

de beneficios o la asignación de recursos. Lo que más bien resulta necesario es atender a sus capacidades y, dentro de estas, especialmente a las capacidades humanas básicas; y que estas capacidades podrían ser consignadas en una lista que no depende para su formulación recurrir a teorías totales de la justicia, siendo por ser pasible de debate y concreción en cada sociedad, muy a despecho de su vocación universal.

Como una cuarta y última fuente en la configuración de mi postura al respecto incluyo a la denominada tradición política republicana. El republicanismo sostiene, en términos generales, una comprensión de libertad personal como “no dominio” y autonomía. Esta comprensión es diferente de la que plantea el liberalismo, que entiende más bien a la libertad personal como “no interferencia”. Además, el republicanismo reclama buscar la creación de una comunidad de ciudadanos libres e iguales, así como el ejercicio efectivo de la ciudadanía. Finalmente, el republicanismo respalda además al “autogobierno” o la autonomía política de la comunidad, y considera que a partir de la discusión pública y libre de los asuntos que nos comprometen a todos es factible fijar mejores reglas y metas. En este escenario, es evidente que el modelo republicano de ciudadanía plena, deliberante y activa demanda, entre otras cosas, de la atención de precondiciones políticas y económicas, tales como la satisfacción de nuestras necesidades humanas básicas.

#### **4. ¿De qué hablamos cuándo hablamos de “necesidades humanas básicas”?**

Habiendo explicitado las fuentes que permiten sustentar mi posición, corresponde referirme a aquello que entiendo como las características de las necesidades humanas básicas. Teniendo presente el trabajo de quienes han desarrollado de mejor manera la materia de las necesidades humanas, considero que estas se caracterizan por: su carácter “insoslayable” (no pueden ser evitadas, no dependen de la voluntad de las personas); su insatisfacción acarrea daños graves; tienen alcance universal (se extienden a toda persona y su insatisfacción genera graves daños para cualquiera); son objetivas u objetivables (no aluden a meros deseos, preferencias o intereses, y son independientes de las preferencias individuales);

y, finalmente, su satisfacción merece una importancia prioritaria: al ser insoslayables, y ante el posible daño que generaría su insatisfacción, en términos morales, su atención merece prioridad frente a otras exigencias, como las vinculadas a deseos, preferencias o intereses (como puede apreciarse, me refiero aquí al denominado “principio de precedencia”).

Tomando en cuenta lo ya reseñado, entiendo a las necesidades humanas básicas como exigencias morales vinculadas con capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones. Además, reafirmo que la satisfacción de las necesidades básicas permite la supervivencia física en condiciones saludables; y que cada quien elija y cumpla los planes de vida que considere valiosos, así como que asuma o no tareas de autogobierno y una participación en la comunidad política y el quehacer político. Considero además que lo necesario, y dentro de lo necesario lo básico, debe ser determinado a través del diálogo público razonado. No es posible que, a efectos de conocer cuáles son las necesidades humanas básicas, tengamos que recurrir en forma excluyente al intuicionismo, al puro cientificismo o a la tecnocracia.

Opino que las ventajas de esta definición de necesidades básicas que propongo, a efectos de sustentar debidamente los derechos, son tres: tiene una especial fuerza argumentativa —es decir, brinda razones de mayor peso frente a otras— pues alude a exigencias que no son disponibles por las personas, y evoca ideas de urgencia y de daño inminente; las necesidades no aparecen predeterminadas por consideraciones metafísicas, ontológicas o constructivistas, sino que es posible ponernos de acuerdo sobre su alcance y contenido; y, por último, la noción de necesidades humanas básicas permite distender importantes tensiones existentes dentro del constitucionalismo, por ejemplo entre libertad e igualdad humanas, entre autonomía personal y democracia, o entre ser humano y ambiente.

La satisfacción de estas necesidades humanas básicas aporta y representa fuertes razones o argumentos morales en favor de los derechos. Como ya he señalado, en la interpretación que finalmente hacen los jueces y juezas, las necesidades humanas merecen una atención preferente ante situaciones como los deseos, preferencias o intereses (otra vez aquí

hago una referencia al “principio de precedencia”). Y es que estas razones, relacionadas a las necesidades básicas, tienen un peso especialmente relevante en el juicio práctico frente a otras razones, ya que la falta de atención o postergación de una necesidad humana básica siempre ocasionará un daño humano grave e ineludible.

Ahora bien, lo recientemente reseñado no involucra que nos encontremos ante una especie de jerarquía absoluta e irreversible en favor de la satisfacción de las necesidades. Estamos, más bien, ante una precedencia condicionada. Dicho con otros términos, se reconoce la existencia de una prevalencia, siempre y cuando las necesidades básicas brinden, respecto a otras posibilidades, mejores argumentos o razones más fuertes para actuar. Esta es una consideración clave para orientar la labor de los jueces y juezas constitucionales, tanto para la resolución de conflictos, como en la justificación de los derechos a los cuales tendrá que aplicar o tutelar en una situación particular

En este contexto, no rechazo que la dignidad pueda ser un sustento o una justificación de los diferentes derechos. Lo que aquí planteo es que, luego de hacer notar claras insuficiencias de la dignidad para cumplir ese rol, y está llevando, muy especialmente a los jueces y juezas constitucionales, a recurrir a la teoría de las capacidades para la satisfacción de las necesidades humanas como justificación de los derechos, derechos que en buena medida parecen operar como satisfactores de estas necesidades. De otro lado, si bien estoy entre los que creen que no existe sustentación absolutamente objetiva, también pienso que, si hacemos una comparación al respecto, la teoría de las capacidades para la satisfacción de necesidades humanas básicas puede proporcionar una respuesta más objetiva que la que otorga a los y las intérpretes vinculantes de la Constitución (entre los cuales destacan notoriamente los jueces y juezas constitucionales) una referencia a algo más bien difuso y que admite interpretaciones contradictorias como la dignidad.

Justo es señalar que parece que no siempre será fácil determinar las necesidades y sostener dicha determinación (o efectuar una modificación consensuada de ella). Sin embargo, y a pesar de ese riesgo, insisto que resulta más fácil ponerse de acuerdo sobre cuáles son necesidades básicas dentro

de una sociedad determinada, en mérito a la propia naturaleza de las mismas, de acuerdo con lo ya explicado en este texto. Es más, hoy bien puede decirse que buena parte de la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales como el peruano viene explícita o implícitamente actuando en clave de la teoría de la satisfacción de necesidades humanas básicas, máxime cuando el Tribunal viene actuando en favor de la tutela de sectores vulnerables.

En este momento es necesario resaltar que nos encontramos dentro de un escenario complejo, y en donde no hay coincidencia sobre los alcances de muchos temas, con un contexto donde todo el orbe se encuentra involucrado en una grave crisis sanitaria, económica y política. Ese precisamente es un escenario donde se dificulta la satisfacción de necesidades básicas, muy a despecho del compromiso que hayan asumido los diferentes intérpretes vinculantes de una Constitución en general, y los jueces y juezas constitucionales en particular. Y es que aun cuando se coincida con quienes creemos que al juez(a) constitucional tiene un importante rol que desempeñar al respecto, justo es reconocer que no estamos ante una tarea sencilla, aunque, máxime en defensa de los sectores más vulnerables, deviene es necesaria, y hasta en indispensable.

A pesar de estas dificultades, cierto es que, a lo largo de estos últimos años, Altas Cortes como el Tribunal Constitucional del Perú han venido desarrollando en su jurisprudencia, y en ejercicio de un acercamiento no explícito ni formal, pero sí sostenido, los alcances y contenidos de los derechos reconocidos a poblaciones vulnerables para así buscar garantizar su efectiva vigencia. Reitero que no siempre será sencillo determinar cuáles son las necesidades humanas básicas, y además, sostener dicha determinación (o efectuar una modificación consensuada de ello). Sin embargo, con todo, insisto que resulta más fácil ponerse de acuerdo sobre cuáles son necesidades básicas dentro de una sociedad determinada, por la propia naturaleza de las mismas, de acuerdo con lo ya explicado en este texto. Es más, hoy, reitero, bien puede decirse que parte de la jurisprudencia de varios Tribunales Constitucionales (como, por ejemplo, el peruano) fácilmente puede comprenderse en clave de la teoría de la satisfacción de necesidades humanas básicas, máxime si lo que se enfrenta es la tutela de sectores vulnerables.

## 5. Algunas precisiones finales

Ante un escenario importante entonces hacer algunas importantes precisiones. En primer término, cabe reconocer que no estamos ante la única justificación alternativa de la sustentación de los derechos. Se plantea, por ejemplo, la existencia de tres “umbrales de realización o cumplimiento del mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales”: el primero que contiene la “obligación esencial mínima del Estado” cuyo cumplimiento es incondicional, el segundo referido a “políticas programáticas de desarrollo en materia social” y el tercer umbral referido a la “satisfacción de finalidades individuales”. Como es evidente (y como aparece precisamente en el libro de David Bilchitz “Pobreza y derechos fundamentales”), la existencia de semejantes umbrales requiere justificar la preferencia de que algunos contenidos o derechos sean satisfechos de manera prioritaria o más urgente frente a otros. Ante lo expuesto, si bien estoy parcialmente de acuerdo con Bilchitz en las razones que aporta para preferir los contenidos mínimos relacionados con el “primer umbral”, considero inevitablemente que se requiere que nos pongamos de acuerdo en las razones de fondo que fundamentan tales prioridades.

Por otra parte, debo mencionar que establecer los mínimos exigibles, tal como plantea la perspectiva de Bilchitz y algunos(as) y otros(as), como si se tratase de descubrir algo preestablecido o evidente, incurre en los mismos problemas que generaría encontrar algo así como la “esencia” de los derechos, situación que nos llevaría a apostar por una comprensión estática de los derechos (lo cual es insostenible frente a una realidad cada vez más compleja y cambiante). Frente a aquello, considero que lo mejor en casos como este sería apostar por el diálogo razonado (tal como si lo hace la teoría de las capacidades para satisfacer nuestras necesidades básicas) para resolver la cuestión controvertida, sin imponer dicho contenido de manera vertical (más aun, cuando es claro que la configuración de políticas públicas es en principio ajena a las competencias que en principio corresponde a la judicatura constitucional, y donde la actuación de estos jueces y juezas sobre la configuración de esas políticas es excepcional, a través de las denominadas sentencias estructurales). Esa ausencia de diálogo, en mi opinión, debilita la consistencia de esta postura y me aleja de ello.

De otro lado, no son pocas las personas que se preguntan si las necesidades humanas básicas pueden ser universales. Puede reconocerse que el consenso en una sociedad con mayor nivel de desarrollo humano (no crecimiento, desarrollo) pueda, como bien explica Nussbaum, incluir algunos aspectos adicionales como necesidades humanas básicas, pero, en líneas generales, todas las personas tenemos ese sentimiento moral llamado empatía, que no solamente nos lleva a aplacar el daño (que no solamente es fisiológico, sino que incluye un aspecto más controvertido que el de la necesaria subsistencia, el de no poder alcanzar el proyecto de vida) o perjuicio, sino también el de los demás, y a asumirlo como una labor importante. Esto va acompañado de un razonamiento moral (es más, las necesidades humanas básicas son el contexto dentro del cual se aprecia o se ejerce ese razonamiento moral), el de hacer lo debido cuando a los demás les está yendo mal. Las necesidades humanas básicas, como se ha dicho muchas veces, nos proporcionan razones para actuar, y esto ocurre con mayor urgencia mientras más grave sea el daño a padecer.

206

Dicho con otras palabras, suele haber un núcleo duro de necesidades humanas básicas que son universales dentro de un cierto tiempo y contexto de duración más bien indefinida, y un espacio que puede variar en función a la ideología predominante o el desarrollo alcanzado (y con ello no estoy diciendo que la lista de Nussbaum busque ser compatible con la, por ejemplo, Max-Naef, tema a abordar en otros trabajos),

Finalmente, y probablemente esto sea lo más importante, una construcción como la de atender a nuestras necesidades humanas básicas, se presta a atender mejor y con más objetividad a sectores en situaciones de vulnerabilidad que fórmulas difusas o impuestas sin un necesario diálogo. Y en países como el nuestro, solamente eso basta para reconocer la especial importancia de lo que he planteado.



# Significado, importancia y retos del Bicentenario para consolidar el Estado Constitucional peruano

✉ ERNESTO BLUME FORTINI\*

## 1. Introducción

El próximo 28 de julio del presente año 2021 el Perú cumplirá doscientos años de su fundación republicana, conmemorando el segundo siglo transcurrido desde la declaración de nuestra independencia, que fuera formulada por el general don José de San Martín el 28 de julio de 1821, con las siguientes palabras: “El Perú es, desde este momento, libre e independiente por la voluntad general de los pueblos y por la justicia de su causa que Dios defiende”.

207

Comentando esta proclama libertaria, el célebre historiador peruano don Jorge Basadre Grohmann, sostiene textualmente que “En la iniciación de su frase, al hablar de ‘el Perú’, se refirió específicamente a un país de rica solera histórica que hasta entonces había existido, cualesquiera que fuesen sus características propias, solo como parte de la vasta comunidad hispanoamericana. Las palabras que siguieron – ‘es libre e independiente’ - simbolizaron la nueva forma que desde ese instante revestía, el salto audaz que emprendía ‘desde ese momento’. Y ¿en virtud de qué fundamento se producía dicha metamorfosis? En primer lugar, del nombre del principio de ‘la voluntad general de los pueblos’, o sea la libre determinación de los peruanos conscientes. Y ese acto soberano se efectuaba porque ellos creían en la ‘justicia de su causa’, es decir, aspiraban a

---

\* Magistrado y Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

una vida mejor de la que habían llevado hasta ese entonces, buscaban un ordenamiento más equitativo, más digno, más auténticamente estable. He aquí, pues, una declaración con raíz y con alas.”<sup>1</sup>

A lo cual agrega más adelante que el Libertador “En sus solemnes palabras hace también una invocación a Dios, es decir consagra creencias y principios previamente sembrados por España, manteniendo el patrimonio cultural y espiritual representado, no solo por el idioma, sino también por la religión cristiana.”<sup>2</sup>

De esta forma el general José de San Martín sintetizaba la culminación del largo camino transitado por los pueblos oriundos de estas tierras, desde sus albores como colectividades asentadas en ellas, unidas por algunos elementos autóctonos y en proceso de unificación bajo el dominio del denominado imperio incaico, pasando por la conquista española, que significó su sojuzgamiento y explotación, hasta el virreinato, durante el cual se fue asentando una lenta fusión cultural y étnica, así como germinándose una identidad nacional y una voluntad libertaria e independentista, que afloró en la gesta de los libertadores de América, que inició Túpac Amaru y culminaron San Martín y Bolívar.

208

Y es con motivo de tal efeméride, que se nos ha convocado para alcanzar algunas reflexiones sobre la significación de la misma, así como sobre su importancia y los desafíos que ella conlleva, frente al gran reto que nos presenta el siglo XXI, en la línea de fortalecer nuestro aún incipiente Estado Constitucional, en aras de consolidarlo, para convertirnos en una sociedad de justicia, paz, desarrollo y prosperidad, en la que se reconozca, respete y garanticen los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de Derecho, la institucionalidad y la plena libertad.

Con tal fin, abordaremos en primer lugar y siguiendo algunas ideas que antes hemos dejado sentadas en diversos trabajos, los problemas de origen de la República, para, en segundo término, tratar sobre el

---

1 BASADRE GROHMAN, Jorge. “Historia de la República del Perú (1822-1933)”. Tomo I. Empresa Editora El Comercio. Lima. 2005, p. 36.

2 Loc. Cit.

significado y la importancia del bicentenario de la independencia nacional; y, en tercer orden, sobre los retos que aquel nos presenta en la forja del Estado Constitucional peruano.

## **2. Los problemas de origen de la república**

El Perú presenta problemas desde su origen republicano, que lo tipifican a nuestro juicio como un Estado Nación aun en formación, que ha adoptado la forma de un Estado Constitucional a partir de la Constitución de 1979, predecesora de la actual, que data de 1993, pero que aún no se encuentra plenamente consolidado como tal por una serie de factores, entre los que se pueden resaltar los siguientes: la falta de una conciencia y un compromiso colectivo de lo que ello significa; la ausencia de un verdadero sentimiento constitucional; la crisis de valores y principios existente; la precaria institucionalidad; la carencia de una clase política madura, seria y responsable; la orfandad de solidaridad y compromiso de los medios de comunicación respecto a la responsabilidad social que les corresponde; y la existencia de una colectividad no comprometida, sin formación adecuada en principios y valores, y altamente manipulable.

209

Para entender esta realidad es menester tener en cuenta que los Estados Nacionales en América Latina surgieron dentro de un contexto sui géneris y atípico, caracterizado por la existencia de una serie de elementos y fuerzas que provocaron, simultáneamente, energías centrífugas y centrípetas; por lo que puede afirmarse que la emancipación americana no correspondió en verdad a un movimiento unánime, coherente, deseado por todos los involucrados y conscientemente aceptado; sino que fue en cierta medida un fenómeno impuesto por las circunstancias, en cuya base se daba un tejido social enmarañado y complejo, así como impregnado de intereses, fuerzas y posiciones contradictorias.

El Perú no solo no fue ajeno a este contexto, sino que en él se dieron con más énfasis estas contradicciones, como lo reconoce el mismo Basadre al sostener que “Por el mayor enraizamiento de la tradición colonial, por la abundancia de funcionarios, nobles y comerciantes prósperos dentro del régimen vigente, por las condiciones excepcionales que supo desplegar el Virrey Abascal, el Perú no sólo resulto el país menos movido

por la conmoción libertadora sino el paladín de la resistencia colonial. Fueron necesarias las intervenciones argentina, chilena y colombiana para libertar al Perú.”<sup>3</sup>

En tal sentido, su inicio fue débil, dubitativo y sin convicción popular, lo cual permite entender la razón de su posterior decurso y de su situación actual; pues desde ese temprano amanecer como Estado Nación se dio un divorcio entre la sociedad y el Estado formal, a pesar que eran elementos cuyo ensamble y armonía resultaban consustanciales para su real existencia; divorcio que se hizo más palpable si se tiene en cuenta que siendo una sociedad desarticulada, sin auténtica conciencia nacional, con grupos que tenían intereses distintos y hasta contrapuestos e, inclusive, con etnias en abierta pugna, se pretendió imponer un derecho importado, copia de los modelos liberales de la Europa Occidental, no probado ni menos consultado al pueblo peruano.

El Perú nacía a la independendencia en esta contradicción, ausente de los elementos necesarios para gestar una decisión integradora; por ende, ausente de un requerimiento de integración nacional, por lo que se trató en realidad de un nacimiento como Estado Nación formal más que real, ya que en la práctica la sociedad peruana no varió en su esencia<sup>4</sup>, sino que, por el contrario, como afirma Basadre mostró “supervivencias coloniales”<sup>5</sup> y “supervivencias precoloniales”<sup>6</sup>.

En conclusión, el inicio de la República nos muestra un panorama ajeno a la gestación de una decisión firme y consolidada por la integración interna y, menos aún, de acciones concretas por emprender siquiera el camino para adoptarla, debido en gran parte a los problemas que se han esbozado y a otros cuyo detalle escapa a los propósitos que hoy nos convocan, así como a una serie de variables reveladoras de la existencia desde tal época de un germen de violencia en la estructura misma de

---

3 BASADRE, Jorge. “Perú: Problema y Posibilidad.” IV Edición. Consorcio Técnico de Editores. Lima. 1978, p. 19.

4 *Ibíd.*, p. 20.

5 *Loc. Cit.*

6 *Ibíd.*, p. 23.

la sociedad peruana, resultando al respecto pertinente citar las palabras de Enrique Bernalles, quien al analizar los factores culturales de la crisis política peruana, en la línea de lo dicho por John Lynch, sostiene que “la conformación de la República y la fundación del Estado independiente, no significaron un cambio sustantivo en el patrón de las relaciones sociales existentes. La ausencia desde el comienzo, de una clase dirigente que optara definitivamente por la democracia, de un Estado liberador, democrático y eficiente, marcaron negativamente el derrotero del Estado recién fundado. Faltó quienes asumiesen la tarea de construir la unidad de la Nación y desde esa sólida base, progresar en la especificidad del sistema y de las instituciones políticas peruanas, pudiendo ser ello la causa de la escasa representación del Estado. Sólo una parte pequeña de la sociedad se siente convergente con él; otra parte lo ve como algo distante y hasta hostil, mientras que una tercera parte, tal vez la más grande de las tres, es indiferente y ajena al modelo político del Estado.”<sup>7</sup>

Estos problemas de origen de la República, cual sino fatal, han sido como un sello que hasta ahora no hemos logrado borrar y vencer en términos definitivos, a los cuales se debe adicionar el fenómeno de la corrupción, que en las últimas décadas ha tenido un incremento impresionante, además de la acentuación de la crisis política producida en los últimos años; constituyendo el marco en el que llegamos al bicentenario, cuya significación, importancia y retos respecto a la consolidación del Estado Constitucional peruano veremos en las líneas que siguen.

### **3. El significado y la importancia del bicentenario de la independencia nacional**

El bicentenario es el cumplimiento de nuestros primeros doscientos años de vida republicana como país libre e independiente, y constituye una efeméride de especial significación porque marca un hito en el camino que nos corresponde transitar como pueblo dueño de nuestro

---

7 BERNALLES, Enrique. “Crisis y Partidos Políticos”. En: *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución*. Comisión Andina de Juristas. Serie de Lecturas sobre Temas Constitucionales. N° 09. Lima. 1993, p. 20.

propio destino hacia la conquista de sus más caros anhelos; afirmando el modelo de Estado Constitucional que hemos logrado alcanzar y que estamos en el imperativo de consolidar.

El bicentenario es también un punto de llegada, una estación en el camino, pero a su vez, un punto de partida, que debe emprenderse a la luz de las vivencias tenidas en la segunda centuria de este Perú republicano que nos ha tocado vivir y de los ideales y propósitos que nos impulsan a seguir adelante.

Efeméride de recuerdo y conmemoración de la gesta libertaria, de homenaje y reconocimiento a todos aquellos que participaron en ella y lograron su concreción con la declaración de nuestra independencia, aquel histórico 28 de julio de 1821, en que el general don José de San Martín pronunció aquellas memorables palabras que sellaron nuestra independencia y que han quedado gravadas en el alma nacional, que hemos transcrito en la introducción de estas reflexiones.

212

Ahora bien, la importancia del bicentenario de nuestra independencia radica en que al cerrar un ciclo importante de la vida nacional contamos con una excelente oportunidad para la reflexionar sobre todo lo vivido por nuestro país en los últimos doscientos años, lo que nos permite hacer un balance para evaluar nuestra situación en todas las dimensiones de la vida nacional, a fin de sacar las lecciones que nos permitan detectar aciertos, errores, excesos, falencias, éxitos, fracasos, avances, retrocesos, incógnitas, respuestas, interrogantes, experiencias, vivencias, fórmulas aplicadas y resultado de las mismas, entre otras; y, aplicando los correctivos que sean necesarios, reenrumbarnos en nuestro camino.

#### **4. Los retos del bicentenario para consolidar el pleno estado constitucional que todos anhelamos**

Uno de los logros más importantes que hemos alcanzado en estos primeros doscientos años de vida republicana es la adopción de la forma de un Estado Constitucional, que es la forma más avanzada de Estado lograda hasta la fecha, comparativamente con las otras principales formas de Estado, tales como el Estado Liberal de Derecho, el Estado Socialista Marxista, el Estado Social de Derecho y el Estado Neoliberal.

El Estado Constitucional se caracteriza por implantar, en libertad y democracia plenas, la soberanía de la Constitución, en cuanto expresión normativa del poder constituyente, del cual el pueblo es su titular auténtico, único y primigenio; y por implantar conceptos vitales y consustanciales a ella, a los cuales el profesor Peter Häberle denomina propios, como lo son: la dignidad humana, el principio de la soberanía popular, el valor primacía normativa de la Constitución, el principio de la división de poderes, los principios del Estado de Derecho y del Estado Social, las garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la jurisdicción, el control constitucional, entre otros.<sup>8</sup>

En tal sentido, a nuestro juicio, es indiscutible que uno de los grandes retos del bicentenario, sino el principal, es consolidar nuestro Estado Constitucional, el cual, lo reiteramos, aún se encuentra en incipiente desarrollo; impulsando para ello la revalorización de la persona humana y el respeto de su dignidad, por ser sus pilares fundamentales; cuyos derechos fundamentales son inalienables e, incluso, anteriores al texto constitucional y de naturaleza universal, debiendo enfatizarse que en el Estado Constitucional la persona como tal y también como principio y valor, es anterior, superior y razón de ser del Estado. Núcleo de todo el orden social, político, económico y de toda índole que aquel regula, en torno al cual se estructura todo el ordenamiento constitucional, en procura de su plena y cabal realización personal o individual, y también del colectivo social que integra.<sup>9</sup>

Ahora bien, la consolidación del Estado Constitucional como reto implica grandes retos condicionantes del mismo, que, en gran medida, son los siguientes:

- Iniciar una gran cruzada nacional de carácter permanente en los próximos diez años, por lo menos, con el objetivo de sembrar en toda la población a nivel nacional una cultura constitucional;

---

8 HÄBERLE, Peter. "El Estado Constitucional". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2003, pp. 1 y 2.

9 Loc. Cit.

cruzada que permita, con el concurso y apoyo de todos los sectores de la sociedad, llegar a cada habitante de nuestro territorio con un mensaje asequible para las grandes mayorías brindándoles los conocimientos básicos sobre la democracia, el Estado de Derecho, los derechos fundamentales, los valores y principios que informan el sistema constitucional peruano, el rol del Estado, el rol del sector público, las libertades, las competencias de los órganos del Estado, el principio de separación de poderes, entre otros.

En esta cruzada debe procurarse una activa, constante y solidaria participación de las diversas instituciones públicas y privadas de la sociedad, así como de todos los sectores que ella comprende y, con especial énfasis, de los medios de comunicación, que deben difundir consistentemente tal cultura constitucional.

Esta campaña permitirá instruir masivamente a la población para lograr que todos tengan los conocimientos requeridos en materia constitucional y tomen conciencia de la importancia y trascendencia de la democracia, el Estado Constitucional y la Constitución, para alcanzar un sentimiento constitucional que permita que cada peruano se convierta en un portaestandarte de la defensa del Estado Constitucional y de todo lo que el comprende.

- Implementar paulatinamente todos los mecanismos necesarios para hacer cumplible y exigible la Constitución en sus diversos aspectos, centrándonos en la exigencia de respeto a sus mandatos; empeñarnos en la gran tarea de lograr la unidad nacional, con respeto y tolerancia, que tenga como premisa la revaluación de la persona de la persona y sus derechos, el reconocimiento respetuoso de nuestras diferencias, resaltando méritos y valores, en aras de acabar con la sociedad de la sospecha, de la intolerancia, de la devaluación del colectivo social, apostando por la confianza en el prójimo, la valía del ser humano y el rescate de lo positivo, así como de las conductas paradigmáticas; el respeto y la defensa de los derechos humanos; el respeto escrupuloso de



la independencia y autonomía de las instituciones, así como de sus competencias.

- Implementar, en paralelo, las treinta y cinco políticas de Estado aprobadas por el Acuerdo Nacional<sup>10</sup>, que en el eje temático “Democracia y Estado de Derecho son las siguientes: fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de derecho; democratización de la vida política y fortalecimiento del sistema de partidos; afirmación de la identidad nacional; institucionalización del diálogo y la concertación; gobierno en función de objetivos con planeamiento estratégico, prospectiva nacional y procedimientos transparentes; política exterior para la paz, la democracia, el desarrollo y la integración; erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana; descentralización política, económica y administrativa para propiciar el desarrollo integral, armónico y sostenido del Perú; y políticas de Seguridad Nacional.

215

En el eje “Equidad y Justicia Social” son las siguientes: reducción de la pobreza; promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación; acceso universal a una educación pública gratuita y de calidad y promoción y defensa de la cultura y del deporte; acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social; acceso al empleo pleno, digno y productivo; promoción de la seguridad alimentaria y nutrición; y fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud.

En el eje “Competitividad del país” son las siguientes: afirmación de la economía social de mercado, búsqueda de la competitividad productiva y formalización de la actividad económica; desarrollo sostenible y gestión ambiental; desarrollo de la ciencia y la tecnología; desarrollo en infraestructura y vivienda;

---

10 Véase en: <https://www.acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%e2%80%8b/politicas-de-estado-castellano/>

políticas de desarrollo agrario y rural; y política de comercio exterior para la ampliación de mercados con reciprocidad.

En el eje “Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado” son las siguientes: afirmación de un Estado eficiente y transparente; cautela de la institucionalidad de las Fuerzas Armadas y su servicio a la democracia; promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas; erradicación de la producción, el tráfico y el consumo ilegal de drogas; plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial; acceso a la información, libertad de expresión y libertad de prensa; eliminación del terrorismo y afirmación de la reconciliación nacional; sostenibilidad fiscal y reducción del peso de la deuda; gestión del riesgo de desastres; política de Estado sobre los recursos hídricos; ordenamiento y gestión territorial; y sociedad de la información y sociedad del conocimiento.

## Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional ante el Bicentenario

✎ FERNANDO CALLE HAYEN\*

**I**ngresamos al bicentenario de nuestra independencia (28-07-2021) y su desarrollo en pleno Siglo XXI, en búsqueda que los conflictos que durante la República a sus 200 años no hemos podido solucionar, sea por el caudillaje militar, por el abandono del Estado a los sectores más necesitados de nuestro país, sea porque -es fundamental esta reflexión- la corrupción durante todo el desarrollo de la República y en los últimos treinta años ha llegado a extremos que a decir de Manuel González Prada, ya no sólo es “un estado enfermo en el que al poner el dedo brota la pus”, sino que es ya un estado fallido en el que la pus gotea en forma permanente.

217

La corrupción institucionalizada, se refleja fundamentalmente en que ha logrado satisfacer a un poder oculto formalizando la impunidad, que al final es la gangrena de nuestras instituciones y de nuestra frágil democracia. El Tribunal Constitucional establecido como Tribunal de Garantías Constitucionales por la Constitución de 1979 instaurada con el nombre de Tribunal Constitucional por el Congreso Constituyente de 1993, cuya Constitución ha dado motivo desde su promulgación de diferencias y discusiones inclusive sobre los resultados de un referendo que coincidía con una dictadura y posteriormente dentro de una autocracia, pero que con el pasar de los años, insólitamente los pedidos de una Asamblea Constituyente, como de interpretar que los Estatutos

---

\* Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Ex magistrado del Tribunal Constitucional.

Revolucionarios o Constituciones dadas por alguna dictadura tienen la duración de su imposición dictatorial.

El caso de la Constitución de 1993, seguramente es sujeto de estudio e investigación del porqué de su permanencia a posteriori de la caída de un sistema de gobierno autocrático, que como respuesta quizás a la doctrina y en cuanto que este tipo de constituciones se van prácticamente junto con quienes ostentaron ese tipo de poder, podría no entenderse en su interpretación en cuanto a una interrogante que quedará para los analistas y estudiosos, interrogantes entre si en verdad ha terminado en nuestro país el sistema de penetración en los organismos en los Órganos y Organismos Constitucionales y otras instituciones del Estado por parte del sistema creado durante los años de la autocracia o mantiene parte de su sistematización para en el fondo conservar el poder.

El Tribunal Constitucional del Perú, tiene sin duda una presencia no sólo por el hecho de controlar los excesos que pudieran atentar o desvirtuar la función constitucional en cuánto a sus garantías y derechos fundamentales, sino que ha sentado posiciones en cuanto al derecho en sí, en que su aplicación no es tanto imperativa, sino que debe caminar a constituirse a partir del Bicentenario en una garantía para el desarrollo no sólo de sus instituciones sino para la seguridad jurídica que debemos exponer a sus ciudadanos y al mundo de hoy.

Si entendemos que el derecho es creación del hombre y/o si fue antes de la creación del Estado, entendemos entonces que el hombre crea el sistema y no es esclavo del mismo; por lo que no quiere decir, que en su evolución deba pasar por alto de lo que se encuentre ya establecido como orden de Estado Constitucional de Derecho, sin observar los mecanismos que el hombre crea para su desarrollo y actualización.

Georg Jellinek en su libro “Teoría General del Estado” nos dice que “El Estado, en primer lugar forma parte del mundo de los hechos Y por consiguiente está encajado dentro del mundo real en el sentido objetivo es decir que tiene existencia fuera de nosotros “ - También nos dice Jellinek; que el derecho es de un lado Ejercicio Jurídico Efectivo, en cuyo sentido tiene el carácter de un poder social que forma parte de la vida concreta de

la cultura de un pueblo; y de otra parte, es una totalidad de normas que exigen ser transformadas en acciones. En este último sentido, el derecho no queda dentro del mundo del ser sino del mundo de lo que debe ser.

Entonces; tenemos por ejemplo, que las sentencias vinculantes por razón fundamental de su esencia y su responsabilidad con lo que debe ser, ha tenido la obligación por un precedente vinculante STC. Exp N°00030-2005 y tradición en el Tribunal Constitucional de contar con cinco votos y/o por unanimidad, porque prácticamente es una norma de obligatorio cumplimiento para todos los órganos, organismos constitucionales e instituciones del Estado, agregando a esto que sin duda encierra el meditar por su propia trascendencia.

Los precedentes vinculantes, le dieron legitimidad y respeto al Tribunal Constitucional y podría naturalmente en el bicentenario revisarse su interpretación para mejor, porque si existe una sentencia vinculante que es la 00030 - 2005 - PI/TC a fojas 60 y 61 a través de la que se estableció que para emitir sentencias interpretativas o vinculante se necesitaban 5 votos, cómo puede entenderse la respetabilidad y legitimidad que exige el bicentenario y su continuación por la propia autoestima de un órgano constitucional autónomo de tanta trascendencia al generar mediante una resolución administrativa 138 - 2015 - P/TC publicada en el peruano el 14 de octubre del 2015 y además firmada por un solo magistrado, en la que se dice que ya no son cinco los votos sino 4 , para declarar una sentencia vinculante.

Si bien podemos entender, que el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional ha sido modificado en sesión de pleno administrativo y este publicado como he referido, mediante una Resolución Administrativa, reduciendo de 5 a 4 votos conformes para dictar una sentencia con calidad de precedente vinculante; no podemos soslayar, que el mero cumplimiento formal para su modificatoria, está en si entraña una decisión conveniente para la seguridad jurídica; por cuanto que, ahora con 4 votos el Tribunal Constitucional puede dejar sin efecto sentencias emblemáticas aprobadas con 5 votos o por unanimidad, lo cual puede llevar a un retroceso en los avances de los derechos constitucionales de todo carácter, ya sean civiles, laborales u otros.

Esta situación debe reflexionarse en El bicentenario, por qué se trata de fortalecer la República, la democracia y el Estado Constitucional de Derecho que precisamente tiene debilidad en su garantía jurídica y la situación de confiabilidad de la ciudadanía en sus instituciones; entiéndase entonces, que esta variación para emitir sentencias interpretativas o precedentes vinculantes o apartarse de ellas, en una interpretación “moderna” el Pleno actual del Tribunal podría con 4 votos variar la sentencia vinculante que se pronunció por ejemplo, en cuanto a la situación de retiro de beneficios sociales e interpretación de incentivos y el derecho de los trabajadores a que no se le límite por ruptura del vínculo laboral en algo que era injusto e inconstitucional y que ha quedado como vinculante; pero que, podría con 4 votos terminar con un derecho procesal otorgado por unanimidad y/o cinco votos; así como, muchas otras sentencias vinculantes emitidas por los Miembros del Tribunal Constitucional del Pleno Anterior. Tenemos entonces que en estos tiempos modernos, una sola firma y una Resolución Administrativa han dejado sin efecto una sentencia vinculante.

Esta “modernidad” a debilitado la legitimidad del Tribunal Constitucional que debe orientarse en medio de una reflexión profunda hacia la corrección de estas situaciones para retomar la legitimidad y respeto institucional que significa continuar como Órgano Rector y Contralor del Estatus Constitucional de la República. Encontramos entonces, en estas reflexiones que venimos haciendo y reconociendo que por cierto han habido votos singulares de algunos Srs. Magistrados y que de su lectura se encuentra una coincidencia con la única y exclusiva intención como bien dice el titular del tema en cuanto a reflexionar sobre el Bicentenario y que mayor razón de reflexionar sobre nuestro Tribunal Constitucional.

El Bicentenario, nos encuentra con nuestro país convulsionado políticamente y así está hace un tiempo y se presentan quizás con más intensidad procesos competenciales. El libro del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal sobre proceso competencial en la jurisprudencia 1996 - 2015, señala la importancia de los procesos competenciales y explica además, que quizás no ha sido debidamente desarrollado y con poco conocimiento del foro y su utilización por los que están en esa situación

de necesidad, en la cual el Tribunal Constitucional es el que marca queramos o no el camino de diferencias en cuanto atribuciones y competencias de los órganos del Estado y Organismos Constitucionales, entre otros.

Bien escrito: “Una de las Tareas Más Importantes que la Constitución le ha encomendado al Tribunal Constitucional es conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las Leyes Orgánicas...Esta importantísima función recae en el Tribunal Constitucional que es la única instancia del llamado proceso competencial”; efectivamente, como lo señala parte del referido ensayo “ El proceso competencial en la jurisprudencia página 15”, este proceso constitucional es quizás el menos estudiados por los juristas y el menos recurrido por los entes legitimados acaso por un desconocimiento que a estas alturas resulta incomprensible .

Interesante versión, porque en el caso del Código Procesal Constitucional, señala con claridad al más puro estilo de Hans Kelsen, en su artículo 112 segundo párrafo del Proceso Competencial , que su procedimiento se sujeta en cuanto sea aplicable a las disposiciones que regulan el Proceso de Inconstitucionalidad. El Proceso de Inconstitucionalidad justamente exige 5 votos tanto para su admisibilidad como para definitivamente llevar adelante la acción de inconstitucionalidad hasta expulsar del Sistema Jurídico -si corresponde- la norma Inconstitucional o en su defecto al no alcanzar los 5 votos queda como constitucional la norma que se ha pretendido se declare su Inconstitucionalidad; por eso dice, el Pleno del Tribunal resuelve (...) para resolver la Inadmisibilidad de una demanda de Inconstitucionalidad o para dictar Sentencia que declara la Inconstitucionalidad de una norma con Rango de ley casos en los que se exige 5 votos conformes.

Tengamos presente, el artículo 10° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional qué no ha sido variado en su jerarquía como tampoco ha sido variado el artículo 112 del Código Procesal Constitucional; es decir, que nuevamente en una interpretación y concepción “moderna” el Tribunal no solo escapa de las normas y reglas; sino que se moderniza en extremo y resuelve solucionar estas contiendas de competencia con 4 votos como ha sucedido, dejando sin efecto sentencias del Poder Judicial

con calidad de cosa juzgada entre otros. Hemos vivido recientemente por circunstancias de inestabilidad política en nuestro país, procesos competenciales; entonces, reflexionando sobre la legitimidad del Tribunal en el Bicentenario, creo que variaciones –por decir lo menos- sin que exista nada reglamentado más allá de los cinco votos tanto en el Código Procesal Constitucional su Artículo 112 como en el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional ¿cómo se puede, por más homenaje a la modernidad pasar por encima de lo normado que son 5 votos y generar resoluciones sobre conflicto de competencia con 4 votos?

La Nación debe confiar en sus instituciones en la lucha contra el crimen Organizado, narcotráfico y terrorismo entre otros, entendiéndose sin duda que los Derechos Humanos son universales y son imprescriptibles, pero no podemos olvidar el espacio y tiempo en el que estamos. Todos los tratadistas sobre el estado desde Georg Jellinet, Carlo Wisintin y tantos otros incluso los modernos, entienden que el espacio y tiempo a veces es diferente, no podemos pretender que esto se lleve como en Suiza, cuando nos está devorando el crimen organizado, la corrupción nacional e internacional y está institucionalizada la Impunidad; más aún, cuando el artículo 8 de la Constitución Política del Estado del Perú vigente señala “ El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales”.

222

Existen sentencias del Tribunal Constitucional, en la que justamente expresa su Lucha Contra el Crimen Organizado, Narcotráfico , Lavado de Activos y la Corrupción Generalizada en el País y si bien se Amparan los Derechos Constitucionales y fundamentales de las personas entiéndase que también el Tribunal Constitucional es el Estado y el Estado de acuerdo a la Constitución artículo 8° , está en la obligación de combatir y sancionar los delitos a que hemos hecho referencia, en cuanto pretenden la destrucción del Estado o convertir al Perú en un Narco Estado más allá de la situación de Estado fallido en el que la corrupción y crimen organizado trata de institucionalizar la impunidad.

Lo que sostengo con preocupación y convicción de la importancia del Tribunal Constitucional en función de su actuación, es por una sana voluntad de su legitimidad. Bien señala el Dr. Rupert Scholz ex ministro



de defensa de la República Federal de Alemania y profesor emérito en la Universität-München, cuando refiere al respecto “ El Estado democrático de derecho está expuesto, particularmente a escala internacional a amenazas y retos de la más grave naturaleza, que reducidos a una fórmula breve y conceptual se dejan describir con los términos de terrorismo, extremismo y criminalidad organizada.

El crimen organizado, trata de utilizar los derechos que defendemos para exceder en algunos casos el espacio y tiempo en el que vivimos en perjuicio del desarrollo de nuestro Estado constitucional de Derecho y continuar con los daños a nuestra república en sus valores y sentimientos.

“El que sentencia una causa sin oír la parte opuesta, aunque sentencie lo justo es injusta la sentencia” Jorge Eliécer Gaytan Ayala...

La Constitución consagra el derecho de cualquier litigante de acceder al Tribunal constitucional para ser escuchado y no puede ni debe la máxima instancia constitucional de nuestro país avanzar un proceso y mediante interlocutoria declarar improcedente la pretensión de un ciudadano, sin oírlo, sin que su defensa se exprese ante la magistratura, lo que constituye una seria limitación al derecho de defensa, a la tutela procesal efectiva, entre otros, contemplados en nuestra Constitución Política del Estado Art. 139 como en la propia Convención Americana de Derechos Humanos y concordantes.



# 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

✉ GERARDO ETO CRUZ\*

## 1. Los cumpleaños constitucionales

El Perú este año 2021 cumple el Bicentenario de la Independencia. Debería ser, por tanto, un año de efemérides para todos los peruanos, pues es un cumpleaños constitucional de especial relevancia. Ya Peter Häberle ha reflexionado en su momento sobre estas fechas a nivel planetario, sobre todo del mundo occidental cuando se ha tratado de hechos que han impactado y han traspasado las fronteras de los Estados. Se trata de grandes fechas “como las de los años 1776 (Virginia Bill of Rights), 1787 (Federalist Papers), 1789 (Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano), 1848 (Constitución Federal Suiza), 1849 (Convención Constituyente alemana en la Iglesia de San Pablo, en Francfort) 1947 (Constitución italiana), 1948 (Declaración Universal de los Derechos del Hombre)”<sup>1</sup>. Siempre existe en la vida un buen motivo para celebrar, y doscientos años de vida republicana, con todo lo que ella supone en nuestra américa morena es más que un buen motivo: es una

225

\* Doctor en Derecho Público por la Universidad 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 peruano y ex director del Centro de Estudios Constitucionales del TC.

1 HÄBERLE, Peter: El estado constitucional. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 135.

necesidad de hacer un alto en el camino y echar a mirar en lontananza del tiempo lo que hemos sido, lo que somos y lo que seremos o deberíamos ser a nivel del colectivo humano que puebla un territorio y que significa un Estado, un país, una nación que es nuestra patria. La Teoría del Estado identifica tres componentes de un Estado: el pueblo, su territorio y el poder político que se ejerce en el marco de una soberanía. Habría un cuarto elemento que ha sido reivindicado desde Herman Heller y en las últimas décadas por el propio Häberle que es el componente cultural. Así, cada Estado tiene toda una historia, y siempre están pobladas de grandezas y miserias y el Perú no está exento de ellas. Ya Germán Carrera ha señalado que el tránsito del Estado colonial al Estado independiente nacional en las recién emancipadas colonias españolas de América fue un proceso complejo y prolongado. Lo primero porque no se puede reducir el cambio institucional sin que ello significara cambios sociales y políticos. Y fue prolongado porque en su vasta extensión el cambio abarcaba sustituir no sólo dicho orden colonial, sino instaurar un orden independiente nacional. Este período, anota el historiador Carrera se extendió a lo largo de casi siete décadas del siglo XIX<sup>2</sup>. Pero estas breves cuartillas no permiten acaso más que afirmar que el Perú constituye una vieja cultura milenaria que precede a otras en la historia de la civilización y que, a la venida de los conquistadores, existía un imperio forjado por los incas, con un aliento de organización planificada de lo que fue el antiguo Tahuantinsuyo. Pero a la quiebra de esta organización que comprendía extensos territorios que hoy pueblan varios Estados, supuso un periodo de colonización que generó el mestizaje y en su momento, llegó la forja de la independencia auspiciada por criollos, pero precedida por grandes guerreros que afirmaban la ruptura con el orden impuesto por los conquistadores y la posterior colonia del virreinato del Perú. Como todo tiene su tiempo y su época, al largo período de la colonia, con sus luchas internas y míticos mártires precursores de la independencia como Túpac Amaru, Micaela Bastidas,

---

2 CARRERA DAMAS, GERMÁN: “Del Estado colonial al Estado independiente nacional”, en: *Historia General de América Latina*, Vol. VI. La construcción de las naciones latinoamericanas, 1820-1870. Directora Josefina Z. Vásquez, Ediciones Unesco, Ed. Trota, Madrid 2007, p. 37

y los diversos ideólogos y pensadores libertarios, habría de llegar la independencia proclamada oficialmente por El Libertador Don José de San Martín en 1821 y sellada definitivamente en 1824 en las Pampas de Junín y Ayacucho con Bolívar y Sucre. Hoy hemos llegado a este onomástico mítico de dos siglos de independencia, pero que nos recibe bajo una horrible pandemia desatada por el coronavirus, con todas las consecuencias de una crisis sanitaria<sup>3</sup> y más de cien mil muertos, una crisis económica y lo peor, en nuestro concepto, una crisis política de gobernabilidad nunca vista en nuestra historia republicana, con el prolegómeno de una incierta elección con un giro de nuestro sistema democrático liberal hacia los desvaríos de un proyecto a la ruina de una opción explícita hacia el socialismo del siglo XXI, es decir, al hambre, la miseria y a la liquidación de las libertades. Frente a ello, surge la pregunta: ¿qué reflexionar?

Los historiadores y expertos vienen dando cuenta de muchos relatos en la que se ha reconstruido los sucesos y hechos que explican el movimiento geopolítico de América Latina<sup>4</sup> y sus luchas, así como sus grandes pensadores que gestaron los movimientos políticos. Así, entre la inmensa pléyade de pensadores destacan en Argentina: José Ingenieros, Manuel Ugarte, Ezequiel Martínez Estrada, Alejandro Korn, Eduardo Mallea, Raúl Scalabrini Ortiz, Juan José Hernández Arregui, Ricardo Rojas. En Bolivia: Alcides Arguedas, Franz Tamayo, Carlos Montenegro, Augusto Céspedes. Brasil a Gilberto Freyre, Antonio Cándido, Darcy Ribeiro. Chile: Joaquín Edwards Bello, Felipe Herrera, Colombia: Germán Arciniegas, Costa Rica: Vicente Sáenz, Cuba: José Martí, Fernando Ortiz y Leopoldo Benites Vinuesa. El Salvador: Alberto Masferrer. Guatemala: Miguel Ángel Asturias y Juan José Arévalo. Honduras: Froylán Turcios. México: Alfonso Reyes, Vicente Lombardo Toledano, José Vasconcelos y Antonio Caso. Nicaragua: Julio Ycaza Tigerino. Panamá: Justo Arosemena. Paraguay: Rafael Barrett. Perú: Francisco García Calderón, Antenor

---

3 BLUME FORTINI, Ernesto y SÁENZ DÁVALOS, Luis R. (Coordinadores): Emergencia sanitaria por Covid19. Retos al constitucionalismo peruano. Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima Adrus, 2020

4 GONZÁLES MANRIQUE, Luis. América Latina: De la Conquista a la Globalización. Universidad científica del Sur. Fondo Editorial, Lima. 2009.

Orrego, Víctor Andrés Belaunde, José Carlos Mariátegui, Víctor Raúl Haya de la Torre. Puerto Rico: Eugenio María de Hostos. República Dominicana: Pedro Henríquez Ureña. Uruguay: Carlos Vaz Ferreira, José Enrique Rodó y Angel Rama y Venezuela a Rufino Blanco Fombona, Laureano Vallenilla Lanz y Mariano Picón Salas<sup>5</sup>. Pero hoy, aunque es muy cercano una evolución con aliento histórico, nos proponemos simplemente describir una cronología que pasará dichos hechos seguramente a los registros de la historia del Perú, como una de las más ignominiosas, pues, la clase política de quienes han venido gobernando en este período, han sido personalidades que marcan el derrotero de la estupidez humana, y con ello, sus decisiones colectivas tomadas en los conventículos del poder, han afectado en estos tiempos de pandemia, al componente “pueblo” de nuestro país, con decisiones políticas amén de inútiles, estragadas por muerte y desolación, en el marco de la Pandemia y una crisis institucional del Estado y ahora con una confrontación entre dos candidatos, cada uno representando el sistema liberal y otro, un inminente gobernante en las elecciones de segunda vuelta, con el proyecto explícito de un discurso populista<sup>6</sup> de cambio de un sistema político sustentado en la ideología marxista leninista y con la amenaza a un retorno jurásico de un socialismo que, los pocos que quedan, son ya Estados no sólo en crisis, sino fallidos, llenos de hambruna, miseria, crimen, pobreza. En suma, la ruina total. Este régimen es el que se pretende implementar, lo que generará no sólo lo descrito, sino la violación y la amenaza de las libertades, la economía social de mercado, dado que pretende una supresión de la actual constitución, convocar a una Asamblea Constituyente (lo que significa, desde luego, el inicio de un gobierno de facto) y el resto ya es una crónica anunciada como de los demás países como Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua; o en geografías más lejanas, ese autarquía de Corea del Norte, etc. La gran pregunta entonces en esta fecha que más de fiesta es de

---

5 Vid. in extensu el trabajo de PIÑEIRO IÑÍGUEZ, Carlos. *Pensadores latinoamericanos del siglo XX. Ideas, utopía y destino*. Buenos Aires, Siglo XXI Editora Iberoamericana, 2006.

6 RIVERO, Ángel, ZARZALEJOS, Javier y DEL PALACIO, Jorge (Coordinadores): *Geografía del populismo*. Madrid, Tecnos. Prefacio de Enrique Krauze, 2da edición 2018.

escepticismo a nuestro sistema político y a la propia democracia constitucional, es cómo se ha llegado a esta situación. Qué nos espera como proyecto de país en un mundo globalizado; ¿la llegada de un régimen distinto al pensamiento liberal, en el más clásico sentido de la palabra en la historia del pensamiento político es viable? Estimamos que ha sido nuestra propia clase gobernante liberal, la gran culpable de esta tragedia. La promesa del Perú como república del que hablaba Basadre no se ha cumplido<sup>7</sup>, las grandes brechas de diferencia social siguen<sup>8</sup> allí; hay, por tanto, mucho que reformar para que el Perú como República, dote a su gente de bienes y servicios, de educación, trabajo, vivienda, salud. En buena cuenta, que sean efectivas las políticas públicas de los derechos de la segunda generación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales. Y, desde luego, la vigencia real de los derechos humanos, pues en todo Estado el termómetro de verificar su legitimidad, pasa por el baremo de asegurar el control del poder político; y no cabe duda que los tribunales constitucionales constituyen una pieza clave en la consolidación de la democracia<sup>9</sup>.

## 2. Cronología para una breve historia de la ignominia

Las variantes nacionales de las grandes fechas son los que desde hace unos años empezaron los jubileos por los bicentenarios a lo largo de

---

7 BASADRE, Jorge: *Perú problema y posibilidad*, 2da edición reproducción facsimilar de la primera edición de 1931. Apéndice “Algunas reconsideraciones 47 años después”. Antecede prólogo de Jorge Puccinelli. Lima Banco Internacional de Perú 1978. Se atribuye a esta obra como “libro mito” en la medida que el título habla por sí solo, sin necesidad de leerlo. Esto ha ocurrido con libros como *La decadencia de occidente* de Oswald Spengler o *Ideal de la humanidad* de Friedrich Krause. Igual es recomendable el colectivo: *Historia Problema y Promesa. Homenaje a Jorge Basadre*, a cargo de Francisco Miró Quesada C., Franklin Pease García y David Sobrevilla. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1978.

8 COTLER, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú*. Lima, IEP. Instituto de Estudios Peruanos; 3era edición 2006.

9 Puede verse el Estudio preliminar nuestro: “Contribuciones del Tribunal Constitucional al fortalecimiento de la democracia en el Perú: Una mirada panorámica a 30 años de su existencia”. En: *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*. Gerardo Eto Cruz Coordinador. Tomo I, Lima Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2013.

toda nuestra Latinoamérica. Carlos Malamud recuerda que en 1992 se celebró el V Centenario del Descubrimiento de América, o del Encuentro de dos Mundos y que allí se perdió una gran oportunidad para que españoles y latinoamericanos reflexionaran conjuntamente sobre un pasado común. El bicentenario ya ha empezado a celebrarse desde hace varios años en los países de la región y las dos únicas excepciones son Haití, que debió conmemorarlo en el 2004, pero por los grandes problemas internos y de ser de hecho un *Estado fallido*, no ha podido celebrarlo y Cuba deberá esperar hasta el 2098<sup>10</sup>. Hoy estamos en una gran fecha que inexorablemente habría de llegar: el mítico 2021 y lo ideal en la agenda nacional es formularse seria, mesurada y reflexivamente las grandes preguntas en perspectiva histórica y son muchas sobre el Perú, su gobernabilidad, la lucha por la democracia que oscila del autoritarismo a las transiciones políticas, o lo que es lo mismo entre el péndulo de gobiernos de facto y de jure, los pensamientos políticos, las ideologías de la izquierda y derecha, la formación de los sistemas de partidos, los movimientos obreros, los problemas limítrofes, la evolución demográfica, el mundo rural, la permanente agenda de la pobreza de muchos sectores sociales que no logran acceder a un disfrute mínimo de los bienes y servicios básicos; las traiciones y lealtades en la política gubernamental. Los sueños y esperanzas de todas las familias por afirmar sus proyectos individuales; los éxitos y fracasos del Perú como república, en donde se ubican aspectos económicos como el desarrollo de las exportaciones, las inversiones extranjeras y la actividad productiva, en fin, la lista, desde luego es larga.

Un bicentenario es no sólo de celebración, sino meditar por el Perú del mañana. Los historiadores han derramado mucha tinta en estudiar la génesis de la formación de los Estados nacionales, y así Chiaramonte sostiene que dichos estudios se han hecho bajo el prejuicio ideológico y metodológico que las actuales naciones iberoamericanas existían a comienzos del siglo XIX, cuando se abre el ciclo de las independencias; y ello bajo el presupuesto de asociar nación con nacionalidad; y “por lo tanto, inferir la existencia hacia fines de la colonia, de comunidades que habrían

---

10 MALAMUD, Carlos. Historia de América. Madrid, Alianza Editorial, 2009.



reivindicado su derecho a conformar Estados independientes en virtud de la posesión de una cultura común. Este anacronismo -anacronismo dado que la noción de nacionalidad como fundamento de la legitimidad política no existía aún- tiene también sus consecuencias metodológicas. Por un lado, inclinó a los historiadores a estudiar el pasado colonial sólo en aquellos aspectos que resultaran relevantes para explicar el origen de las posteriores naciones y, por otro, a interpretar los indicios de sentimientos de identidad colectiva como gérmenes de sentimientos nacionales, postulando “protonacionalismos” por doquier<sup>11</sup>. Independientemente de las reflexiones de este historiador, recordemos el clásico ensayo de Ernesto Renán *¿Qué es una nación?* (1882): “Las naciones no son eternas. Han tenido un comienzo y tendrán un fin”, hoy el Perú no es un simple conglomerado humano étnicamente homogéneo, tiene una rica diversidad, pero a lo largo de estos doscientos años, aún sigue buscando su propio derrotero en la construcción de un sentimiento de identidad nacional. Es claro que como *desiderátum* todos (¿todos?) quisiéramos un Perú grande, con una población total en una niñez con cero anemia, con un Estado que no sea invisible, dado que los ciudadanos no perciben sus políticas de inclusión, desarrollo, un Perú competitivo con una capital humano formado en la excelencia educativa, una integración territorial de la costa, sierra y selva; cero corrupción en el funcionariado público, una población resiliente con fortalezas, con una exportación de productos masivos que generen grandes divisas, un empresariado que sea igualmente justo y equitativo en la contraprestación del trabajo. Un Perú donde se afirmen los valores republicanos, donde funcione en el marco de la independencia de los diversos órganos del Estado los frenos y contrapesos y la división de poderes, donde prime una prensa seria y no hipotecada a los regímenes políticos que sirven de cortesanas orientando corrientes de opinión y generando posverdades en las noticias con real malicia. En suma, todos quisiéramos que nuestra patria sea de una plenitud real de un Estado Constitucional, donde se respeten las libertades fundamentales y pueda sumarse a los tiempos de la actual posmodernidad en eficiencia,

---

11 CHIARAMONTE, José Carlos: *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*. Buenos Aires, Sudamericana, 2004, p. 11

prosperidad y competitividad. El Perú es grande, su gente, su historia, sus lenguas aborígenes, sus tesoros ecológicos, arquitectónicos, de grandes riquezas, su mar, su comida hoy reivindicada a nivel internacional, su narrativa literaria de nuestros escritores y poetas, sus restos precolombinos, sus tesoros republicanos en la arquitectura, sus danzas, sus fiestas tradicionales, la belleza de nuestras mujeres, sus tradiciones religiosas. En suma, es un país multicultural, con muchos colores fundidos en nuestro mestizaje, en nuestra diversidad, y que, por lo tanto, formamos una gran nación colectiva en el marco identitario. Es nuestra patria, es nuestra nación. Cómo no quererla y cómo no defenderla.

Pero ¿qué es lo que ha ocurrido en los últimos tiempos?

El régimen político en el Perú en las últimas tres décadas se ha desarrollado a través de una compleja dinámica política bajo una cultura del estigma en torno a los actores políticos, con epítetos que, en lugar de desarrollar una *cultura política* de discusión racional, objetiva y tolerante, se ha apelado a la manida falacia *ad hominem*<sup>12</sup> Los politólogos han penetrado en los últimos tiempos en afinar la idea de lo que es la *cultura política*, y ella trasunta dos dimensiones que interesan aquí poner en evidencia: 1) *Una percepción subjetiva de la política* en la que cultura política significa la orientación psicológica hacia objetivos políticos, y que presentan tres elementos: a) *el ámbito de la subjetividad*, que “es la manifestación, en forma conjunta de las dimensiones psicológicas y subjetivas de la política”. Aquí lo que interesa en el mundo de la política es lo que la gente piensa, cree y siente de lo que sucede o debería suceder en ese ámbito; b) *Las actitudes* en la que se parte de las premisas que los individuos no responden o actúan de forma directa y mecánica a los estímulos que reciben, sino que lo hacen en función a ciertos patrones

---

12 Vid. ATIENZA, Manuel: La guerra de las falacias. ¿Cómo hacer frente a los malos argumentos en la esfera pública?, Lima, Grijley 2018. SPECTOR, Ezequiel: Malversados. Cómo la falacia se apoderó del debate político (y cómo volver a la lógica de la argumentación). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sudamericana, 2018. Un clásico sobre la manipulación es el de BERNAYS, Edward: Propaganda. Madrid, Melusina, 2010; igualmente KOYRÉ, Alexandre: La función política de la mentira moderna. Prólogo y traducción de Fernando Sánchez Pintado, Madrid, Pasos Perdidos 2015.

mentales, o predisposición u orientaciones; y c) *Las orientaciones y los objetos políticos* que apuntan a una dirección: hacia los objetos políticos, como puede ser, quizá una de las más importantes, las elecciones a la presidencia de la república. Y, 2) La *dimensión colectiva de las orientaciones* que estudia la dimensión colectiva de la cultura política, y que consiste en “la particular distribución de las pautas de orientación hacia objetos políticos entre los miembros de dicha nación”<sup>13</sup>. Es importante tomar en cuenta estos enfoques politológicos, a fin de apreciar que la actual cultura política responde a una serie de actitudes predispuestas en el imaginario colectivo; y ello nos permitirá entender lo que aquí vamos a postular, respecto a estas elecciones que definirán el cuestionamiento del sistema político de una democracia constitucional y republicana; o la opción a los modelos del llamado “socialismo del siglo XXI” auspiciado por el Grupo de Sao Paulo.

Es cierto que, mirado en perspectiva, el bicentenario tiene un profundo abismo en el reparto de los bienes y servicios a lo largo y ancho de nuestro territorio. De eso han dado cuenta no sólo los historiadores sino las diversas vertientes de las ciencias sociales. Aun así, el Perú ha tenido y tiene una clase popular emprendedora<sup>14</sup>. Pero también una clase capitalista mercantilista que ha medrado del Estado<sup>15</sup>. El último quinquenio del 2016-2021 ha sido un gobierno para la historia de la ignominia en el Perú. En efecto, este periodo se inicia con una relación de revancha entre una lideresa con una mayoría aplastante en el Parlamento y un Ejecutivo sin una estructura partidaria de rigor. La relación *amigo-enemigo* que

---

13 Vid. a MAGRE FERRAN, Jaume y MARTÍNEZ HERRERA, Enric: “La cultura política”, en: CAMINAL BADIA, Miquel (Editor): Manual de Ciencia Política, Madrid, Tecnos, 3era edición 2006, p. 287-290. Antecede prólogo de Jordi Capó Giol; lo propio ALMOD, Gabriel A. y VERBA, Sidney: “La cultura política”, en: VV.AA.: Diez textos básicos de Ciencia Política, Recopilación de Albert Batle, Barcelona, Planeta 2014, pp. 171 y ss.

14 MATOS MAR, José: Desborde popular y crisis del Estado: veinte años después. Lima, Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú, 2004

15 DE SOTO, Hernando: El otro sendero. En colaboración con Enrique Ghersi y Mario Ghibellini, Antecede prólogo de Mario Vargas Llosa, Bogotá, Instituto Libertad y Democracia 1987.

describe Carl Schmitt<sup>16</sup> se ha hecho patente en este periodo. Es evidente que la crisis entre ambos órganos del Estado terminó con la renuncia y cuasi vacancia por inminente incapacidad moral de don Pedro Pablo Kuczynski. Al asumir Martín Vizcarra el periodo gubernamental que dejaba el exmandatario está surcado por un horizonte de enfrentamiento que terminó con la disolución del Congreso y el periplo precedido de odio, rencores y traiciones de Martín Vizcarra, quien utilizó el pretexto de una *reforma política*. Todos estos escenarios son demasiado cercanos para realizar un enfoque desapasionado y objetivo de lo que ha acontecido en nuestra historia contemporánea. Y bajo estas dos tormentas que aun asola el Perú, una que es la pandemia y la otra, la crisis política, constituyen los prolegómenos del teatro del actual bicentenario que tiene como inminente resultado unas elecciones que serán definitivas para mantener los valores de una democracia constitucional o el inicio de un proyecto socialista como cuesta abajo a la redada de la miseria y la liquidación de las libertades.

### 3. ¿Qué significa el quinquenio gubernamental 2016-2021?

La descripción veloz y cinematográfica es que tuvimos un ganador en las elecciones presidenciales del 2016: Pedro Pablo Kuczynski. Un legislativo con una lideresa Keiko Fujimori que sintió que le habían robado las elecciones presidenciales, pues perdió por poco menos de 40,000 votos y que *ab initio* se trazó un plan de hacerle la vida imposible al gobierno recién instalado de PPK. Y reconozcamos que fue un error político de grave irresponsabilidad, pues no hubo una gobernabilidad y sí mucha obstrucción del Congreso. A ello se sumó luego una serie de intrigas que terminaron con traiciones y felonías: un vicepresidente de la República, Martín Vizcarra que terminó asumiendo la presidencia y con él se inicia el periplo de la ignominia, no solo por las traiciones, sino por la ineficiencia, incapacidad, en un desgobierno con una sola mira:

---

16 SCHMITT, Carl: “La distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo”. El concepto de lo político Texto de 1932, con un prólogo y tres corolarios. Versión de Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 56

enfrentar al parlamento y doblegarlo, a fin de generar réditos políticos, desencadenando con ello lo que todo el mundo aplaudió en parte: la disolución del Congreso. El cuadro de este período gubernamental ha estado barnizado con un *populismo penal mediático*, con una prensa monopolizada por empresarios dueños de los medios de comunicación que han recibido grandes sumas de dinero y siguen recibiendo bajo el actual gobierno de Sagasti, bajo la figura de un blanqueamiento de ingresos por publicidad estatal, permitiendo que el presidente Vizcarra no tenga una prensa crítica que genere éticamente corrientes de opinión; es decir unas *libertades preferidas* sin posverdades creadas por la prensa escrita, hablada y televisada; un Ministerio Público igualmente copado por el Ejecutivo criminalizando todo, un Poder Judicial bajo el escenario levantado por el fenómeno del crimen organizado de “los cuellos blancos”, poniendo en la mira a jueces; todos estos hechos desencadenaron las reformas políticas que impulsara una comisión que terminara con la demolición de la inmunidad parlamentaria, cuya *posverdad* ha sido crear el imaginario de sinónimo de impunidad<sup>17</sup>; y con ello, una reforma al Consejo Nacional de la Magistratura por la Junta Nacional de Justicia que, en los hechos ha sido un cambio meramente de nombre. Es decir, el Ejecutivo liderado por Martín Vizcarra, dio muestra de un acabado “discurso político” de lo que era el país; un estado liderado por gobernantes con vinculaciones a corrupción, manteniendo monotemáticamente “su” discurso de liderar la lucha anticorrupción. La historia hoy ya lo conocemos: el Congreso electo fruto de su hechura, terminó enfrentando a su gestor y Vizcarra fue objeto de vacancia por el Congreso electo por lo que quedaba de su período y termina siendo destituido por *incapacidad moral*; ello llevó a la prensa y diversas organizaciones a cuestionar al flamante Presidente de la República que era el Presidente del Congreso Manuel Arturo Merino De Lama, y cuya historia para la república fue de apenas una semana, pues desencadenó la protesta de una juventud autoproclamada “*la generación*”

---

17 Vid. nuestro artículo: “Sociología y derecho: Una aproximación en torno a la inmunidad parlamentaria” En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. Coordinadores: Inmunidad e inviolabilidad parlamentaria. Una mirada a la experiencia peruana y comparada. Antecede prólogo de Diego Valades. Lima, Instituto Pacífico, 2021; pp 137-190.

*del bicentenario*”, pero que en rigor, fue una reacción más de *emotio* que de *ratio*. Todo esto termina nuevamente por ser objeto de una nueva vacancia por su propio congreso, saliendo nuevamente electo otro miembro del Congreso para asumir las riendas del Ejecutivo: Francisco Rafael Sagasti Hochhausler. Es decir, en tan pocos días, tuvimos tres presidentes de la república, lo que identifica a nuestro Estado como un *Estado en crisis* en la expresión de Bauman, propio de nuestro paisaje “natural” de la cultura política peruana expresada en la individualidad ciudadana y en los colectivos de la misma<sup>18</sup>.

Es probable que todos los gobiernos del mundo, al no vivir el planeta un “estado de normalidad” derivado del fenómeno de la pandemia, exista cierta dosis de ineficiencia en su gobernabilidad. Pero, en el caso del Perú, los resultados de este período, por los componente de los enfrentamientos entre un Congreso hostil al Ejecutivo, y éste de buscar pretexto para su correspondiente disolución, llevó no sólo a un Estado de crisis, sino a la desinstitucionalización y al abismo que hoy enfrenta galopante entre una posibilidad de un régimen socialista con un candidato llamado José Pedro Castillo Terrones; y del otro lado, el proyecto de mantener el sistema de una democracia liberal, liderada por Keiko Sofía Fujimori Higuchi.

236

#### 4. **Entre la ética de las convicciones y la ética de la responsabilidad: La lección de Max Weber**

El momento que hoy vivimos mientras se escriben estas cuartillas, es la polarización y enfrentamiento de estos dos candidatos. Algunos han presentado una “tercera alternativa”: el voto nulo y en blanco, debiendo obtener un alto porcentaje para que se declaren nulas dichas elecciones, dado que ambos candidatos “no los representan”. Más allá de estos deseos, lo cierto es que el sistema electoral del *ballotage* definirá un solo triunfador, de manera que esta tercera alternativa es inviable.

---

18 BAUMAN, Zygmunt y BORDONI, Carlo: Estado de crisis. Barcelona, Paidós, traducción de Albino Santos Mosquera, 2016.

Interesa aquí, ubicar el cuadro y escenario del momento que vive el Perú, en el marco del bicentenario, sumado a unas elecciones cruciales nunca vistas en su historia, dado que la opción que se defina, significará eventualmente el inicio de un proyecto político abiertamente socialista con una postura expresada en un “ideario” elaborado por un líder formado en los predios del régimen cubano como médico neurocirujano, nos referimos a Vladimir Roy Cerrón Rojas, jefe del Partido Perú Libre, quien en forma abierta ha establecido el proyecto socialista en la expresión más pura de apología del sistema cubano-venezolano con miras a tomar el poder y no el gobierno y perpetuarse en él. Afirmación que ha sido reiterada por otro electo congresista con un pasado senderista como es de público conocimiento. Es cierto que un gran sector de la población ve ciertas expectativas al candidato de este partido ortodoxamente marxista leninista. Esto último, en el santuario marxista supone dar por cierto que la lucha de clases desembocará en el parto histórico de una guerra revolucionaria; y si no existen los factores externos que condicionen dicha coyuntura, debe ser creada; lo cierto es que la clásica prédica del pase al socialismo, necesariamente concurren con las llamadas fuerzas revolucionarias. Esta visión maniquea, fue, sin embargo, objeto de una inusitada experiencia con el líder socialista Salvador Allende, quien ganó las elecciones en las urnas y empezó un proyecto socialista que, a la postre, fue motivo de un cruento golpe de Estado en 1973. La experiencia posteriormente ha sido la desarrollada por Hugo Chávez; y luego en Bolivia con Evo Morales. Ambos no significaron guerras civiles, revoluciones violentas ni mucho menos un movimiento popular sostenido; las condiciones fueron muy singulares en el caso de Venezuela que, a la postre, terminó por llegar al poder e iniciar un cronograma que es el que ha impuesto en su momento igualmente Evo Morales. El caso de Nicaragua, después de la guerra sandinista tras una larga jornada de lucha, el FSLN logra derrocar a la dictadura de Somoza estableciéndose el régimen sandinista en 1979 y 1990; lo propio, impulsaron una Constitución que les ha permitido llegar por una segunda oportunidad a gobernar con Daniel Ortega, manteniéndose en el poder hasta la fecha. El caso peruano, con las elecciones *ad portas* en junio, hay la posibilidad que salga electo por primera vez en la historia un presidente con un proyecto similar a las cercanías del proyecto político

del *Foro de Sao Paulo* que agrupa a partidos, grupos y movimientos de izquierda, centroizquierda y extrema izquierda latinoamericanos. De ocurrir esto, en poco tiempo y no como ha sido el régimen venezolano, estallará en un libertinaje de caos, anarquía bajo la prédica de un régimen que ha prometido en el Perú, “*no más pobres en un país rico*”. El populismo, como ha anotado Enrique Krauze, “ha sido un mal endémico de América Latina. El líder populista arenga al pueblo contra el “no pueblo”, anuncia el amanecer de la historia, promete el cielo en la tierra. Cuando llega al poder, micrófono en mano decreta la verdad oficial, desquicia la economía, azuza el odio de clases, mantiene a las masas en continua movilización, desdeña los parlamentos, manipula las elecciones, acota las libertades”<sup>19</sup>. El discurso político que venimos observando del líder Pedro Castillo, es que solamente él es el único que representa ser el portavoz y usar exclusivamente la legitimidad del concepto “pueblo”, marcando desde ya un imaginario de la “cultura política colectiva” para persuadir al elector. Siendo unas justas electorales entre ambos candidatos, ya depende de cómo se implemente el discurso político en el marco de lo que la politología denomina “comunicación política”<sup>20</sup>. Pero interesa aquí, tomar muy en cuenta que, en la cultura política individual, tanto como en la colectiva, el ciudadano peruano tiene ya un marco de creencias y prejuicios respecto a los objetos políticos, como son en este caso las elecciones a la Presidencia de la República.

Max Weber fue el que formuló la distinción entre la “*ética de la intención*” (*Gesinnungsethik*) y “*ética de la responsabilidad*” también identificada como la ética de las consecuencias. (*Verantwortungsethik*). La primera pretende el bien, según como uno lo vea, y no tiene en cuenta las consecuencias de su decisión. Así, aunque el mundo se desplome, aunque

---

19 KAISER, Axel y ÁLVAREZ, GLORIA: El engaño populista. Por qué se arruinan nuestros países y cómo rescatarlos. México, Ariel 2016, pp. 21.

20 SÁNCHEZ MEDERO, Rubén (Director): Comunicación política. Nuevas dinámicas y ciudadanía permanente. Madrid, Tecnos 2016, pp. 55 y ss. Maarek, Philippe J.: Marketing político y comunicación. Claves para una buena información política. Traducción de Giles Multinger, Barcelona, Espasa, 2009, pp. 313 y ss. MAZZOLENI, Giampietro: La comunicación política. Traducción de Pepa Linares, revisión técnica de Félix Ortega, Madrid, Alianza Editorial, 2018, p 143 y ss.



la Pandemia destruya miles de vidas humanas, la buena intención es lo que debe primar. La ética de la responsabilidad, en cambio, lo que tiene en cuenta son las consecuencias de las acciones o de las decisiones que uno toma. Así, si las consecuencias son malas y perjudiciales, no debemos actuar o no tomar tal decisión porque es fatal. Por cierto, el tema no es de suyo sencillo. Weber se interroga sobre cuál es la verdadera relación entre la ética y la política. Y llega a concebir estas dos éticas. Y reflexiona que no es que la ética de la intención o de las convicciones sea lo mismo que falta de responsabilidad y que la ética de la responsabilidad suponga una falta de convicciones. Pero sostiene que hay una diferencia abismal entre actuar bajo una ética de intención y una ética de la responsabilidad. Precisa Weber: “Quien actúa según la ética de las convicciones de conciencia sólo se siente “responsable” de que no se apague la llama de la pura convicción, la llama, por ejemplo, de la protesta contra la injusticia del sistema social. Avivarla continuamente es la finalidad de sus acciones, las cuales, juzgadas desde el punto de vista de su posible resultado, son totalmente irracionales y sólo pueden y deben tener un valor de ejemplo”<sup>21</sup>. Esta ética es la que vienen predicando los “*políticamente correctos*”, los grupos que se sienten con la reserva moral impoluta y en su constructo mental (recuérdese más arriba el concepto subjetivo de la *cultura política*), vienen auspiciando la elección de candidato que pregonan la vía socialista.

Hoy, en la coyuntura previa al bicentenario, observamos a una importante cantidad de personas, “políticamente correctas” que se ubican en el frente de la “ética de las convicciones”. Y están allí, en la prensa, en todos los medios de comunicación social, en las redes, generando las reservas morales, y estigmatizando bajo la falacia *ad hominem* a todas las personas que se levantan en esta coyuntura electoral por votar por una alternativa que, para los que predicán la ética de la intención o de la convicción, es sinónimo de elegir la corrupción a través de la lideresa Keiko Fujimori. Desde luego, es un legítimo derecho de este sector de las personas que cuidan la ética de las convicciones. Ello los llevará, por tanto,

---

21 WEBER, Max: La política como profesión. Edición de Joaquín Abellán, Biblioteca Nueva, Madrid 2007, pp. 136-137.

a elegir a otro candidato en este *ballotage* y que es la opción del escenario socialista que abiertamente predica el señor Pedro Castillo. Es decir, el sector electoral que habrá de votar por Castillo, lo hará porque sus convicciones morales repugnan elegir a la hija de un dictador. No interesa que el régimen que venga con Castillo, sea la presunta “refundación” de un nuevo orden socialista; lo importante es que no quieren hipotecar su voto por una odiada lideresa que no forma parte de la reserva de sus convicciones políticas, morales etc. No interesa, por tanto, que el Perú se vea en un futuro cercano, ubicado en el marco de una alianza del bloque que lidera Cuba, Venezuela, Nicaragua y otros regímenes afines. Esa es la ética de la convicción, no interesarle los resultados; sino preservar la convicción personal.

Frente a esta ética, los que van a votar por la señora Keiko, han decidido ubicarse en el escenario actual, en la “ética de la responsabilidad”. Esto significa que no interesa aquí, la elección de la propia señora Keiko, sino la de preservar la democracia constitucional, la seguridad jurídica, los derechos y libertades, la propiedad, la división de poderes, la presencia de los instrumentos de frenos y contrapesos, una alta corte que tenga la posibilidad real de ejercer el control del poder y garantizarle a los ciudadanos el estatuto de sus libertades; en buena cuenta, la ética de la responsabilidad es esa: ser responsable con lo que se va a elegir, porque una empresa de esta naturaleza supondrá, entre otras cosas, como expresa Weber, una actitud y conducta de ver las consecuencias.

Los que están en esta orilla, se ubican, por tanto, en el marco de la *ética de las consecuencias* que pregona Weber. ¿A qué atribuimos esto? A algo muy simple: quien actúa sobre esta ética, ve el escenario del futuro, ya no sólo de las contingencias, sino de lo que vendrá; y si esas consecuencias son el derrumbamiento de la democracia constitucional; no debe votar según sus convicciones; sino a las consecuencias de lo que ello significa, esto es elegir por quien le garantiza el mantenimiento de un sistema democrático con la alternancia del poder. Claro ejemplo de ello lo ha dado el célebre novelista Mario Vargas Llosa. Ha preferido dejar sus rencores en torno a la familia Fujimori, y ha declarado sin ambages que la única opción que tiene el ciudadano peruano para preservar la

democracia y las libertades es votar por la señora Keiko Fujimori. Esta actitud del nobel de literatura es la expresión más clara de asumir una verdadera ética de la responsabilidad y de las consecuencias.

Giovanni Sartori igualmente es contundente cuando reflexiona sobre la ética de las convicciones: “Si veo en el mar a una persona que se está ahogando, me tiro al agua y trato de salvarla, cueste lo que cueste. Pero si luego me ahogo yo también, el resultado será que tendremos dos muertos en vez de uno. ¿Es igualmente buena mi acción? No. La ética de las buenas intenciones, que está hecha toda ella de fines y no de medios, de por sí solamente puede ser destructiva. Perjudica a todos y no le sirve a nadie”<sup>22</sup>

Quien actúa sobre la ética de las convicciones, en este caso para elegir al candidato alternativo como es Pedro Castillo, en rigor está preservando sus convicciones personales, pero a la postre, dicha decisión constituirá la ruina del Perú como república democrática; y quienes optan por lo que precisamente se ha decantado Mario Vargas Llosa constituirán la masa electoral responsable en elegir y preservar la democracia constitucional.

241

No cabe duda que el bicentenario que se avecina en nuestra patria se encuentra atenazado por estas dos grandes tormentas, una la viral a partir de la pandemia desencadenada por el coronavirus y otra; la crisis política que hoy presenta esta disyuntiva y que, a nuestro entender ha estado precedida por un quinquenio de una gobernabilidad de traiciones y de ineficacia de quienes han detentado en este periodo el poder.

Finalmente, cabe reflexionar que el Perú no puede estar en la agenda cotidiana de la cultura política en la ciudadanía, bajo un odio histórico de hechos que ocurrieron hace tres décadas. Se ha satanizado tanto al régimen de Alberto Fujimori que en política como expresa el poema de Ramón de Campoamor (“Las dos linternas”) no se le ha hecho del todo justicia, “*Y es que en el mundo traidor! nada hay de verdad ni mentira; / todo es según el color! del cristal con que se mira*”. Es verdad que existe un pasivo vinculado a diversos hechos. Su líder histórico viene pagando una

---

22 SARTORI, Giovanni: La carrera hacia ninguna parte. Diez lecciones sobre nuestra sociedad en peligro. Buenos Aires, Taurus, 2016. Traducción por Núria Petit, pp. 81-82

condena, así como altos funcionarios y militares. Pero no se puede seguir manteniendo la agenda de discusión con una sistemática restricción de descalificar a las personas bajo la falacia *ad hominem*. La candidata Keiko Fujimori tiene un escenario de llevar al país en su conjunto, a garantizar la democracia, la seguridad jurídica, el bien común, las libertades, los valores y principios constitucionales; y si bien el pasado no se puede reparar, tiene hoy la oportunidad legítima que el pueblo responsable le otorga para enmendar un pasado y reivindicar el apellido; lo tuvo Alan García en su segundo período gubernamental y definitivamente llegará a buen puerto. Le corresponde al Perú definirse por la ética de la responsabilidad y de las consecuencias.

Queda por tanto, el Perú en manos de cada ciudadano elector. Los escenarios no son nada fáciles para mantener la democracia.

# Bicentenario de la Independencia

Vigencia y trascendencia  
de los Derechos Fundamentales  
y de los Procesos Constitucionales de la Libertad

✎ GUILLERMO MARTIN SEVILLA GÁLVEZ\*

**E**l Estado Constitucional de Derecho al que aspiramos llegar, en el que tiene primordial importancia no sólo el respeto y la obediencia a la Constitución como norma suprema y fundamental ya que se encuentra en el vértice del ordenamiento jurídico y porque en ella se albergan bienes, valores y derechos fundamentales o constitucionales, sino también el respeto y la tutelar de estos derechos, porque pertenecen a todas las personas sin excepción, se hace necesario su consolidación rumbo el Bicentenario de nuestro país que se cumplirá en el presente año 2021, en el cual tanto el poder político como el ciudadano y ciudadana de a pie no sólo están vinculados a la norma suprema sino que están obligados a respetar los derechos fundamentales de todas las personas naturales y jurídicas; empero, si el ejercicio de tales derechos se ven afectados o amenazados se puede acudir a los procesos constitucionales de la libertad tales como el amparo, el habeas corpus, el habeas data y el cumplimiento para que se ordene su restitución o la cesación de la amenaza de vulneración, los cuales se mantienen vigentes y deben mantenerse así; y, también se pueden instaurar los procesos de inconstitucionalidad, competencial y acción popular para la defensa de la Constitución, temas que serán materia de comentario a través del presente trabajo.

243

---

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la citada casa de estudios y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

Resulta importante comentar la función de los operadores jurisdiccionales constitucionales tales como el Poder Judicial (que los conoce primigeniamente) y el labor importante del Tribunal Constitucional de manera excepcional que conoce en última definitiva e instancia los procesos constitucionales de la libertad en nuestro sistema dual y compartido de justicia constitucional para la tutela de las mencionados derechos y proporciona solución a las pretensiones constitucionales correspondientes a los procesos de inconstitucionalidad y competencial; y, sobre la necesidad de que los jueces constitucionales del Poder Judicial deben ser especializados y altamente capacitados en materia constitucional a efectos de que puedan brindar tutela de forma eficiente y celeridad.

Asimismo, comentaremos el control difuso y concentrado de las normas por parte de los diferentes jueces ordinarios en defensa de la norma suprema y en resguardo de los derechos fundamentales.

Comentaremos la vigencia de los derechos fundamentales (aunque se hayan restringido) y de los procesos constitucionales en el estado de emergencia sanitaria como el que nos encontramos y su importancia en el Estado Constitucional de Derecho, en el cual ambos mantienen su vigencia frente a la excepcionalidad que conlleva el referido estado a fin de tutelarse los derechos básicos y fundamentales cuya existencia se mantiene pese a su restricción o limitación.

244

## **1. La importancia y la vigencia del Estado Constitucional de Derecho**

El paso del Estado Legal o del Estado de Derecho es aquel en el que prima la ley frente al Estado Constitucional en el cual prevalece la Constitución por encima de las demás normas jurídicas así como los derechos fundamentales o constitucionales pues "...el valor sustantivo lo constituye el Estado y su Constitución, cualquiera sea su forma ..."<sup>1</sup>; además, "...El Estado Constitucional... forma de organización política surge para

---

1 SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y GORAN ROLLNERT, Liern, *El Estado Constitucional, tirant lo blanch*, Valencia, 2020, p. 109

fundamentar el poder sobre el consenso de los ciudadanos y con una finalidad precisa: procurar el bienestar de quienes lo han creado...Requisitos del Estado Constitucional son, pues, la división de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales...que constituyen el fundamento y la finalidad del propio poder...”<sup>2</sup>, constituye en una aspiración necesaria a efectos de que la Constitución cuyos “... rasgos esenciales y de definitorios... son el tratarse de la norma jurídica suprema de Estado, que garantiza la separación de poderes, el principio democrático y los derechos fundamentales...”<sup>3</sup>; no sólo sea una norma jurídica y política suprema que deba ser respetada sino también deba ser vinculante porque ella no sólo alberga la instituciones u organismo autónomos descentralizados, el programa económico sino los derechos básicos, fundamentales y humanos de la persona humana que tiene como base la dignidad humana que es comprensiva de los demás derechos fundamentales y también de la persona jurídica lo cual corresponde al proceso de constitucionalización del derecho cuyo parámetro es la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales; así pues “...El primer aspecto del proceso de constitucionalización... según la cual la constitución es un conjunto de normas vinculantes...”<sup>4</sup>; es decir, que la Constitución contiene normas de cumplimiento obligatorio por parte de todos y todas sin excepción, incluidos los funcionarios y servidores del Estado.

## **2. Restitución y cese de la amenaza de los Derechos Fundamentales mediante los Procesos Constitucionales**

En ese contexto, los derechos fundamentales que “...son concebidos como derechos que pertenecen a cada ser humano como tal, simplemente porque y en cuanto que ser humano...”<sup>5</sup>; es decir, son aquellos que

2 BIGLINIO CAMPOS, Paloma. Retos a la Libertad y Estado Constitución, tirant lo blanch, Valencia, 2018, págs. 26 y 27

3 DÍAZ REVORIO, Francisco J. Estado, Constitución, Democracia Tres conceptos que hay que actualizar, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 83.

4 GUASTINI, Riccardo. Lecciones de Derecho Constitucional, Legales Instituto, Lima, 2015, p. 283.

5 CELANO, Bruno. Los Derechos en el Estado Constitucional. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 221.

gozamos no sólo las personas naturales tales como a la vida, a la libertad personal, a la seguridad personal, a la salud, al trabajo, a la educación, a la pensión, a la información, al cumplimiento de normas o resoluciones administrativas entre otros muchos, sino también las personas jurídicas portadora de derechos como resultan ser la libertad de empresa, a la imagen, a la reputación; entre otros, los cuales se encuentran en la cúspide de los derechos en general que se puedan reconocer en todo sistema de derecho, pueden sufrir afectaciones o amenazas por parte no sólo por parte a través de sus funcionarios y servidores estatales sino también por parte de las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado, para cuya restitución de su ejercicio o el cese de la amenaza de su vulneración se necesita activar los procesos constitucionales de la libertad tales como el amparo, el habeas corpus, el habeas data y el cumplimiento.

El proceso de amparo tutela los derechos de naturaleza social, económica, cultural y social, el proceso de habeas corpus protege los derechos a la libertad personal y a sus derechos conexos tales como a la seguridad personal, libertad de tránsito, a contar con DNI, a ser asistido por abogado defensor, a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes; entre otros; el proceso de habeas data tutela los derechos a la libertad de acceso a la información pública y a la autoderminación informativa y el proceso de cumplimiento sirve para ordenarse el cumplimiento las normas y los actos administrativos, procesos que se encuentran previstos tanto en la Constitución Política del Perú como en el Código Procesal Constitucional.

Existen otros tres procesos que se encargan de proteger a la Constitución en su condición de norma suprema como son el proceso de inconstitucionalidad que se activa para que se derogue o expulse del ordenamiento jurídico la ley o las normas con rango de ley que la contravengan, el proceso de acción popular que se instaura para que se deroguen o expulsen del ordenamiento jurídico normas infralegales tales como los reglamentos o resoluciones administrativas y el proceso competencial que se incoa para resolverse controversias referidas a competencias de dos entidades del Estado o cuando tales entidades pretendan exonerarse de las citadas competencias. Estos tres procesos no tutelan de manera directa



derechos fundamentales, aunque en la práctica si sino que resguardan a la norma suprema; los cuales también se encuentran previstos en la norma suprema y en el CPCo.

En relación a los cuatro procesos constitucionales de la libertad debemos decir que conforme a nuestro sistema compartido de justicia constitucional, deben ser tramitados y conocidos de forma necesaria por el Poder Judicial que los conoce en doble instancia, luego de que admita a trámite las correspondientes demandas constitucionales; y, cuando las desestime a través de la resolución o sentencia emitida en segunda instancia que las declare infundada y/o improcedente (como regla general), se puede acudir al Tribunal Constitucional vía el recurso de agravio constitucional conforme a lo previsto en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, organismo autónomo e independiente de tutela que de forma extraordinaria restituye el ejercicio de los derechos constitucionales u ordena el cese de la amenaza de su afectación; y, que constituye órgano de cierre en nuestro sistema de justicia constitucional, lo cual se conoce como jurisdicción constitucional, que "...De acuerdo a la opinión seguramente hoy dominante, la "jurisdicción constitucional" es "todo proceso judicial que debe asegurar directamente el cumplimiento de la Constitución"...<sup>6</sup>; es decir, que en el Perú los procesos constitucionales de la libertad son tramitados en el Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

247

Como puede verificarse en su vasta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha estimado muchísimas más pretensiones constitucionales que el Poder Judicial correspondientes no sólo a los cuatro procesos constitucionales de la libertad sino también mediante los otros dos procesos que protegen a la norma fundamental (los procesos de inconstitucionalidad y competencial, pues no conoce el proceso de acción popular que se tramita de forma exclusiva en el Poder Judicial en doble instancia); en otras palabras diremos que según lo dispone el artículo 202 de la Constitución Política le corresponde al Tribunal Constitucional conocer,

---

6 HABERLE, Peter. *Tiempo y Constitución Ámbito público y jurisdicción constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 127.

en instancia única, el proceso de inconstitucionalidad, conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento y conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Lo antes referido se puede explicar en que los jueces y demás operadores que han pertenecido y pertenecen al Tribunal Constitucional tienen una alta especialización en materia de derecho constitucional y procesal constitucional, lo cual ha posibilitado que se haya emitido una vasta y efectiva jurisprudencia (desarrollo jurisprudencial) a través de sus sentencias (algunas correspondientes a los precedentes vinculantes), mediante las cuales se ha ordenado no sólo la restitución del ejercicio de los derechos fundamentales o constitucionales sino también ha dispuesto el cese de amenaza de afectación de tales derechos; y también ha emitido fallos en defensa del orden constitucional; además, en otros casos pese a no haberse estimado las demandas constitucionales, se ha sentado doctrina constitucionales mediante los diversos pronunciamientos contenidos en sentencias y autos; lo cual adolece, salvo algunas excepciones, la judicatura judicial. Asimismo, consideramos que los jueces y operadores del máximo intérprete de la Constitución están premunidos de lo que se denomina el sentimiento constitucional para resguardar la Constitución y tutelar los derechos fundamentales.

Por ello, a nuestro modesto entender los jueces ordinarios penales, civiles y penales en su mayoría conocen los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento conocen a la vez los procesos ordinarios penales, civiles, laborales, lo cual no abona en nada en favor de su especialización amén del incremento de su carga procesal; entre otros; asimismo, deben ser más capacitados y deban recibir mayores cursos de especialización en materia de derecho constitucional y procesal constitucional.

En tal virtud, a efectos de que se tramitan y resuelvan de forma preferente, célere y eficiente las pretensiones constitucionales debe implementarse la justicia especializada en materia constitucional, conforme a la naturaleza de los derechos que son objeto de protección a efectos de que

no se desnaturalice su tutela y para que no se tornen en irreparables los citados derechos, para lo cual se deben crear de forma urgente juzgados y salas en materia constitucional al interior del Poder Judicial, los cuales existen pocos en la actualidad.

### 3. Control Difuso y Control Concentrado de la Constitucionalidad

De otro lado, resulta un deber de todos los jueces ordinarios y constitucionales que realicen el control difuso de la constitucionalidad al momento de resolver las controversias sometidas a su conocimiento referidas a asuntos legales o constitucionales; es decir, que los jueces ordinarios al momento de dilucidar procesos ordinarios tales por ejemplo obligación de dar suma de dinero, divorcios, desalojos, por delitos de hurto, tráfico ilícito de drogas, homicidio, violencia familiar; entre otros, deben inaplicar normas infraconstitucionales o infralegales a través del control difuso cuando adviertan que con su aplicación podrían contravenir en forma directa a la Constitución o cuando se vulneren los derechos fundamentales. Al efectuar el control difuso, los jueces ordinarios se convierten en jueces constitucionales; labor, que, sin embargo, no resulta fácil al inaplicar las referidas normas podrían ser investigados por el órgano de control interno del Poder Judicial, porque existe aún la concepción muy arraigada en nuestro sistema jurídico de aplicar la norma pese a que resulte reñida con la Constitución o afecten derechos constitucionales; es decir, todavía persiste la creencia según la cual aunque *dura lex, sed lex*; es decir, aunque la ley sea dura, pero es ley.

El control concentrado de la constitucionalidad lo realiza el Tribunal Constitucional a través del proceso de inconstitucionalidad que conoce en única y definitiva instancia y el Poder Judicial también lo realiza mediante el proceso de acción popular de forma exclusiva.

Debemos precisar que en nuestro sistema jurídico conviven el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad, por lo cual gozamos del sistema dual o paralelo, pues "...Continuando con la senda democrática iniciada en la Constitución de 1979, el modelo de jurisdicción constitucional es unitario, pero imperfecto, incorpora en su seno un sistema jurisdiccional de control constitucional concentrado en

el Tribunal Constitucional (a través de los procesos de la libertad) y de control difuso en el Poder Judicial...<sup>7</sup>.

#### **4. Vigencia de los Derechos Fundamentales y de los Procesos Constitucionales durante los Estados de Excepción**

No importan las graves circunstancias que pueda atravesar el país tales como la existencia de gobiernos autoritarios, guerras civiles, subversiones, desastres naturales o inseguridad ciudadana que motiven la declaración de los estados de excepción que comprenden los estados de sitio o de emergencia en la que nos encontramos actualmente producto de la crisis generada por el contagio causado por el Covid-19, la cual ha significado la pandemia no sólo sanitaria sino económica, laboral, educativa; entre otras, son vigentes o deben continuar vigentes los derechos básicos, los derechos fundamentales y los instrumentos de su defensa, como son los procesos constitucionales.

250

El Estado de Emergencia sanitaria en el que nos encontramos en la actualidad, que sin duda fue una decisión política que tiene sustento constitucional, toda vez que el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministerio declaró el 15 de marzo de 2020, el Estado de Emergencia Sanitaria mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM, facultad que se encuentra contenida en el artículo 137 de la Constitución Política, para contener (según se consideró) la propagación del virus conocido como Coronavirus, cuyos resultados positivos o no son materia de comentario en el presente trabajo.

Para tal efecto se dispuso la restricción de derechos fundamentales como la libertad y la seguridad personales, la libertad de reunión, la libertad de tránsito así como la inviolabilidad de domicilio para favorecer o dar más peso o privilegiar a los derechos de igual valor como son los derechos a la seguridad personal a la salud y a la vida, en virtud de la ponderación de derechos fundamentales con el fin de efectivizar el aislamiento

---

7 LANDA ARROLLO, César. *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*, Segunda edición actualizada, Palestra Editores, Lima, 2918, p. 23.

y la distancia social para pretender la contención del mencionado virus y de los contagios, toda vez que ningún derecho fundamental es absoluto sino que puede ser limitado o restringido bajo determinadas circunstancias. Sin embargo, la restricción o limitación de derechos no significan su suspensión o desaparición ya que por ejemplo los derechos a la libertad y la seguridad personales, la libertad de reunión, la libertad de tránsito, así como la inviolabilidad de domicilio se deben mantener aunque en forma restringida; así como los derechos básicos que se mantienen de forma más amplia e inalienable como la vida y a la integridad física y psicológica, por lo que ante su vulneración y amenaza de vulneración se pueden incoar los procesos constitucionales de la libertad.

Así, por ejemplo, tenemos el caso en que una persona lleve a su esposa de emergencia a un centro de salud durante las horas del toque de queda para que sea atendida y ambos son intervenidos y detenidos por los miembros de la policía nacional o de las fuerzas armadas y pese a los pedidos y suplicas para que los dejen acudir al referido centro son conducidos de forma irracional y desproporcionada a la comisaria del sector para que se les imponga una multa y se procede a demás trámites administrativos, están facultados para interponer una demanda de habeas corpus para que se les restituya de forma inmediata su derecho a la libertad personal y de tránsito y se ordene el cese la amenaza de salud y a la vida de la citada cónyuge; o cuando todos vimos en los medios de comunicación a un oficial del Ejército Peruano agredir física y psicológicamente a un menor de edad, mediante cachetadas, agresiones verbales y una cuasi amenaza de muerte en un claro abuso de autoridad así como actos que configurarían la comisión de algún o algunos delitos (sancionables tanto en el fuero privativo militar policial como en la vía civil) o también cuando observamos que unos miembros de la Policía Nacional del Perú ingresar a un domicilio en el cual intervienen, detienen y conducen a los miembros de una familia o núcleo familiar a una comisaría bajo pretexto que están desobedeciendo las normas que ordenan el confinamiento y aislamiento social al interior de su domicilio, pero al parecer no hacían más que compartir y departir en el cumpleaños de uno de ellos sin transgredir las citadas normas, por lo que se constituiría en un abuso de autoridad además de la violación de los derechos a la libertad personal, a la libertad

de reunión y a la inviolabilidad de domicilio que se mantienen de forma restringida y cuyo ejercicio en nuestra opinión está permitida para los integrantes de una célula familiar, situaciones ambas que ameritarían la interposición también de demandas de habeas corpus para la restitución de los citados derechos fundamentales vulnerados o para que tales actos no se vuelvan a repetir en el especial caso de los afectados y de todas las personas en general; toda vez, que los procesos constitucionales no solo tienen como función la restitución de derechos sino también labor pedagógica. Asimismo, ante la afectación del derecho a la educación y al trabajo durante la pandemia que podrían ser objeto de protección a través del proceso de amparo.

## **5. A modo de conclusión**

1. El paso del Estado Legal o del Estado de Derecho es aquel en el que prima la ley al Estado Constitucional en el cual prevalece la Constitución por encima de las demás normas jurídicas así como los derechos fundamentales o constitucionales, pues aquella no sólo es una norma jurídica y política suprema que deba ser respetada sino también deba ser vinculante, lo cual corresponde al proceso de constitucionalización del derecho cuyo parámetro es la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales, estado en el que también deben respetarse y tutelarse estos derechos.
2. Los derechos fundamentales o constitucionales pueden sufrir afectaciones o amenazas no sólo por parte de los funcionarios y servidores estatales sino también por parte de las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado, para cuya restitución de su ejercicio o el cese de la amenaza de su vulneración resulta necesario incoar los procesos constitucionales de la libertad tales como el amparo, el habeas corpus, el habeas data y el cumplimiento.
3. Según nuestro sistema compartido de justicia constitucional, los cuatro procesos constitucionales de la libertad deben ser tramitados y conocidos de forma necesaria por el Poder

Judicial luego de que las haya admitido a trámite las correspondientes demandas constitucionales, entidad que los conoce en doble instancia; y, cuando desestime las demandas a través de la resolución o sentencia emitida en segunda instancia que declare infundada o improcedente la demanda, se puede acudir al Tribunal Constitucional (organismo autónomo o independiente) vía el recurso de agravio constitucional, instancia de tutela que de forma extraordinaria restituye el ejercicio de los derechos constitucionales u ordena el cese de la amenaza de su afectación, y que constituye el órgano de cierre en nuestro sistema de justicia constitucional.

4. El Tribunal Constitucional en su vasta jurisprudencia ha estimado muchísimas más pretensiones constitucionales que el Poder Judicial correspondientes no sólo a los cuatro procesos constitucionales de la libertad, sino también a las referidas a los procesos de inconstitucionalidad y competencial, pero no conoce el proceso de acción popular que se tramita de forma exclusiva en el Poder Judicial, pero estos tres protegen a la norma fundamental.
5. Los jueces y demás operadores del Tribunal Constitucional tienen una alta especialización en materia de derecho constitucional y procesal constitucional, lo cual ha posibilitado que se haya emitido una vasta y efectiva jurisprudencia con la cual se ha ordenado no sólo la restitución del ejercicio de los derechos fundamentales o constitucionales sino también se ha dispuesto el cese de amenaza de afectación de tales derechos lo cual adolece, salvo algunas excepciones, la judicatura judicial. Asimismo, el Tribunal ha emitido fallos en defensa de la constitucionalidad a través de los procesos de inconstitucionalidad y competencial.
6. Resulta necesaria la creación de juzgados y salas especializadas en materia de justicia constitucional al interior del Poder Judicial, pues los jueces ordinarios penales, civiles y penales en

su mayoría conocen los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento conocen a la vez los procesos ordinarios penales, civiles, laborales, lo cual no abona en nada en favor de su especialización amén del incremento de su carga procesal; entre otros; y, que estos deben ser más capacitados y deban recibir mayores cursos de especialización en materia constitucional y procesal constitucional.

7. Para que se tramitan y resuelvan de forma preferente, célere y eficiente las pretensiones constitucionales debe implementarse la justicia especializada en materia constitucional, conforme a la naturaleza de los derechos que son objeto de protección a efectos de que no se desnaturalice su tutela y para que no se tornen en irreparables los citados derechos, para lo cual se deben crear de forma urgente juzgados y salas en materia constitucional, que existen pocos en la actualidad.
8. Resulta un deber de todos los jueces ordinarios que realicen el control difuso de la constitucionalidad al momento de resolver las controversias sometidas a su conocimiento referidas a asuntos legales o constitucionales; es decir, que deben inaplicar normas infraconstitucionales o infralegales a través del control difuso cuando adviertan que con su aplicación podrían contravenir en forma directa a la Constitución o cuando se vulneren los derechos fundamentales.
9. El control concentrado de la constitucionalidad lo realiza el Tribunal Constitucional a través del proceso de inconstitucionalidad que conoce en única y definitiva instancia y el Poder Judicial también lo realiza mediante el proceso de acción popular de forma exclusiva; y, en nuestro sistema jurídico conviven el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad.
10. La restricción o limitación de derechos durante el estado de emergencia sanitaria no significan su suspensión o desaparición ya que por ejemplo los derechos a la libertad y la seguridad



personales, la libertad de reunión, la libertad de tránsito, así como la inviolabilidad de domicilio se deben mantener aunque en forma restringida; así como los derechos básicos que se mantienen de forma más amplia e inalienable como a la vida y a la integridad física y psicológica, por lo que ante su vulneración o amenaza de vulneración se pueden incoar los procesos constitucionales de la libertad.



## La estructura del poder constitucional y la edad de los partidos políticos *ad portas* del bicentenario

✎ HELDER DOMÍNGUEZ HARO\*

**E**l advenimiento de la democracia en el siglo 21 se configura como un buen inicio para retomar la gobernabilidad en nuestro país; sin embargo, habiéndose entrado a los 21 años de experiencias democráticas *ad portas* del bicentenario de la independencia, el escenario es de incertidumbre en diversos ámbitos. El gobierno constitucional de transición será recordado –sin titubeo alguno– por la continuidad de la democracia en formación (dejándose el nefasto péndulo del siglo pasado) y, lamentablemente, por el pésimo manejo del coronavirus. “La pandemia ha demostrado que como Estado hemos fallado” ha reconocido hace un par de semanas el presidente de la República.

257

No debemos hacer mucho esfuerzo para concluir que la situación a la que hemos llegado es consecuencia de la crisis de las instituciones (las evidencias están por todos lados); pero sí hay que esforzarnos para replantear y reconducir la institucionalidad en diferentes frentes de la cosa pública. Un desafío impostergable en tiempos de frustraciones ciudadanas, propio de la “era del malestar” o, específicamente, “malestar de la democracia” en palabras de Galli. Dicho autor señala que la insatisfacción

---

\* Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. Director del Centro de Investigaciones Judiciales y miembro del Consejo Técnico para la Reforma del Sistema de Justicia. Autor de los libros “El poder de la justicia”, “Democracia constitucional”, “Los Tribunales de Justicia en el cine”, “Derecho a la democracia”, entre otras publicaciones.

y apatía de la ciudadanía hacia la democracia, es por la inadecuación de sus instituciones para estar a la altura de sus objetivos humanísticos, es decir, el cuestionamiento no pasa por los valores y presupuestos de la democracia, sino por sus reglas e instituciones en la realidad social<sup>1</sup>. Las prestaciones del Estado peruano en el ámbito de la salud grafica considerablemente dicho contexto.

Desde el derecho constitucional del poder toca dar respuesta a la situación crítica de la estructura estatal de la actual centuria, que incluye no sólo los poderes públicos clásicos, abarca también a cada uno de los llamados organismos constitucionales autónomos (en definitiva, cada institución con la cuota de poder que le corresponde). La “gana de vivir la democracia” –propuesta por Bidart<sup>2</sup>– se ha ido desvaneciendo en estos cuatro primeros lustros, cuando todos los órganos e instituciones representativas, tutelares y de control –sin excepción– regulados en la Constitución de 1993, han sido melladas por la corrupción, la ineficiencia de sus funciones y por su morfología deficitaria. Estamos ante una cuestión de organización de poderes y gestión de los mismos. Se necesita una recreación y rediseño de la “sala de máquinas”<sup>3</sup> que conlleve a dejar de lado la “reforma del Estado” por una “transformación del Estado”.

La idea de transformación debe ser entendida como aquella que recoja y concilie lo bueno-viejo con lo bueno-nuevo del constitucionalismo,

---

1 GALLI, Carlo. El malestar de la democracia. Fondo de Cultura Económica, Bs.As., 2013, pp.9-13. Al respecto, desde los inicios del presente siglo, la expresión “malestar” es asociada por el economista Joseph E. Stiglitz al descontento de la gran mayoría de la población porque los procesos económicos de libre mercado y el imperio de la ley que los regulan, han terminado por beneficiar a unos pocos (gobiernos negociadores, corporaciones y empresas), incrementándose el desempleo, las desigualdades y la pobreza, reduciéndose las oportunidades en diferentes campos, requiriéndose un nuevo pacto social. Estas ideas son desarrolladas en sus libros “El malestar en la globalización” y “Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar”.

2 BIDART CAMPOS, Germán J. La recreación del liberalismo. Política y derecho constitucional. Ediar, Bs.As. 1982, p. 271.

3 GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Katz Editores, Bs. As. 2014.

sin eliminar necesariamente determinadas instituciones, recortar o quitar atribuciones (sin arrinconarlas en perjuicio del equilibrio de poderes). Pero no sólo eso. Asumiendo los principios del constitucionalismo democrático por parte de la organización estadual, estos deben ser aceptados y adaptados para su funcionamiento y operatividad, es decir, destinados a buscar los efectos deseados para un buen gobierno, en lo que ha llegado a denominarse “ingeniería constitucional”<sup>4</sup>. Ciertamente, para que ello suceda deben estar alineados en la Constitución como estructura basada en incentivos<sup>5</sup>.

En ese norte de conceptos, los 200 años de grito libertario nos pone al frente de cruciales retos para re-valorar la constitución orgánica, parte fundamental del Estado constitucional. A nuestro modo de ver, se debe restaurar en el poder (constitucional) legislativo la doble cámara. Los argumentos a su favor pesan más que posturas unicamerales. Un sistema bicameral tiende a una mejor representación de la sociedad y su implementación sugiere una reconfiguración del trabajo parlamentario y la calidad del mismo. Los números son contundentes para reforzar la representación nacional, sólo el cuerpo electoral hoy alcanza aproximadamente 24 millones de electores, un poco más de los 23 millones de habitantes que constituía la población total del Perú hace 28 años, cuando la Constitución de 1993 instauró el congreso unicameral. En consecuencia, la *ratio* de electores por escaño debe tener en cuenta esta realidad.

El ampliar el número de representantes debe estar cimentada también por un ingrediente cualitativo a considerar: la pluralidad étnica y cultural, el reconocimiento de las diferentes minorías existentes en

---

4 El término ingeniería constitucional ha sido utilizado y divulgado por el Giovanni Sartori. En el Perú, a finales del siglo XX, es empleado por Domingo García Belaunde para abordar el tema del sistema político-constitucional y una nueva Constitución. Estamos hablando del artículo “La reconstrucción del sistema político y la ingeniería constitucional” publicado nuevamente en GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Tiempos de constitucionalismo. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp.73-87.

5 SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 9.

el Perú. La gobernabilidad también impone -de manera especialmente llamativa- la participación en la formación de una ciudadanía que reconozca y respete las diferencias culturales. Corresponderá intensificar un debate intercultural responsable, reflexivo y desideologizado.

Un congreso en los términos antes descritos nos lleva a pensar igualmente en un poder ejecutivo transformado y, a su vez, mejorar normativamente el capítulo de las relaciones con el poder legislativo residenciado en la Constitución vigente; especialmente a la luz de los acontecimientos de enfrentamientos “entre poderes” por todos conocidos. Siguiendo el hilo conductor, se requiere racionalizar el sistema presidencial sobre la base de replantear las atribuciones y competencias de la jefatura de Estado y la presidencia del Consejo de Ministros. La parte orgánica y de control interórganos de la Constitución no debe asentir un excesivo fortalecimiento del poder ejecutivo y ni un debilitamiento de la institución parlamentaria. Una democracia constitucional no soporta absolutismo de ningún órgano público. Expresiones como primer, segundo o tercer poder del Estado no caben en la esfera política de la gobernabilidad democrática, ni debe suceder en el pensamiento jurídico sobre la faceta organizacional estatal del nuevo milenio<sup>6</sup>.

Ahora bien, si el aparato ejecutivo y el legislativo representan el hábitat al cual aspiran finalmente los partidos políticos, toda transformación de la organización constitucional debería también tocar a este tipo de agrupaciones. La razón es sencilla. La única vía de llegar al poder (constitucional) político, reconocido por el derecho en todas partes del planeta, es por medio de los partidos políticos, que constituyen el mejor invento –hasta el momento– para la búsqueda legítima del poder político y la participación política que es una participación en el poder. Cosa distinta es si están cumpliendo con el gran rol que se les ha asignado convencionalmente, si el ordenamiento jurídico resulta ser eficiente, y claro está siendo la respuesta obvia, entonces los ojos –en modo

---

6 Para el debate véase: TROPER, Michel. Por una teoría jurídica del Estado. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.

bicentenario— deben apuntar a revisar y proponer la institucionalización de un sistema de partidos estables, pasando por contar un menor número de asociaciones políticas sólidas y no su extinción.

Los partidos políticos no tienen una edad avanzada en el Perú, creados en las últimas décadas del siglo XIX, paradójicamente el siglo XX con la presencia de partidos modernos (con ideología, programa y organización) reconocidos en ámbito constitucional<sup>7</sup> su balance ha sido desalentador, de precariedad, de colapso<sup>8</sup> y seguimos débiles en este punto, no obstante la aparición de nuevas asociaciones políticas en el presente siglo de acuerdo con cada lid electoral<sup>9</sup>. Un fenómeno directo de dicha crisis y volatilidad de los partidos es la negación de la política, la presencia de seres “apolíticos”. Por ejemplo, el surgimiento de la “clase tecnocrática” en el espectro político, una clase con experiencia (apartidistas en el fondo y con sus propios intereses); pero cuidado han calado en el aparato estatal indistintamente de la forma política de gobierno de turno o son personas propensas con los acreditados “ismos” de derecha y de izquierda a la vez. En la medida que el binomio político-tecnócrata sea una relación responsable en un Estado constitucional y no tiren la esponja, se tendrá un horizonte positivo para las demandas ciudadanas.

Ante la crisis de representatividad desde varias décadas atrás y la precariedad de votos en estas últimas elecciones, volvemos al tema de la estructura y funcionalidad de las instituciones. Ante la relativización de

---

7 La Constitución de 1933 regulaba los partidos políticos de un modo represivo, el Texto Constitucional de 1979 desde un sentido positivo y abierto, y la Constitución vigente recorta reconocimientos a las asociaciones políticas. RUBIO CORREA, Marcial. Ley de partidos políticos. Las reglas que nadie quiso aprobar. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, pp. 82 y 159.

8 El sistema de partidos colapso a finales de la década de los 80 y comienzos de la siguiente. LEVITSKY, Steven y ZAVALETA, Mauricio. ¿Por qué no hay partidos políticos en Perú?. Planeta, Lima, 2019, p. 25.

9 Para un sector el panorama es dramático: “Hoy, quienes buscan ser elegidos para construir el país —doscientos años después de su fundación—, se asemejan más a walkers, a cuerpos políticos decadentes que se arrastran por la superficie buscando refugio donde guarecerse y sobrevivir”. MELÉNDEZ, Carlos. “Minicandidatos”. En: 50+1 GRUPO DE ANÁLISIS POLÍTICO. Minicandidatos. Última temporada electoral de la serie política peruana. Penguin Random House Grupo Editorial, Lima, 2021, p. 7.

los partidos políticos en la vigente Constitución<sup>10</sup>, debe darse un mejor tratamiento orgánico de los partidos políticos y las bancadas parlamentarias a nivel constitucional para contrarrestar la informalidad política (ingeniería constitucional de partidos o también ingeniería política para algunos autores)<sup>11</sup>, dando margen para su precisión a través de una legislación democrática-participativa (sin excesos, ritualismos y sí con mínimos candados), y eventualmente por los jueces.

Igualmente, es forzoso la regulación del tema de la transparencia en predios constitucionales como una exigencia en cada acto de las organizaciones políticas, para evitar el silencio, las evasivas, las generalidades por sus actos y decisiones partidarias no sólo en cuanto al origen de sus recursos económicos y financiamiento, también sobre elecciones internas, renunciadas, reacomodos personales, entre otros aspectos relevantes<sup>12</sup>.

Así como están las cosas y con la perspectiva de cambiarlas, es absolutamente vital que la agrupación política que llegue al poder, en los primeros meses de gobierno, deberá abordar la estructura deficitaria del Estado -y evidentemente el componente de salud es de primer orden-;

---

10 PLANAS, Pedro. “La relativización constitucional de los partidos políticos”. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. La Constitución de 1993, análisis y comentarios II, Lima, 1995, p. 62.

11 El especialista Jorge Jáuregui sostiene: “El diseño de las instituciones que contiene la Constitución de 1993 o lo que hemos llamado su ingeniería política, bloquea por lo tanto el funcionamiento de los partidos en todas las etapas del proceso político. En la etapa electoral, al introducir a los movimientos en el artículo 35 del texto constitucional bloquea la capacidad de los partidos para consolidar una organización de base territorial nacional, luego el diseño del sistema electoral proporcional que aplica a las elecciones congresales conforme al artículo 187 del mismo texto, impide el establecimiento de una relación fuerte representante-representado, indispensable para la formación en un mediano plazo de un sistema de partidos con niveles razonables de responsabilidad política. Esto se evidencia en la formación de mayorías artificiales”. JÁUREGUI MENDIETA, Jorge Antonio. Ingeniería constitucional y debilidad de los partidos políticos peruanos en el periodo 2001-2016. Tesis para optar el grado académico de Magister en Ciencia Política. PUCP, 2017, p.160. Recuperado: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12221>.

12 En ese sentido la única modificación del artículo 35 de la Constitución producido en el 2019 (Ley N° 30905) no es suficiente al respecto. La Ley Fundamental de Alemania (1949) en su artículo 21 prescribe, entre otros aspectos, que el ordenamiento interno de los partidos políticos deberá responder a los principios de la democracia (este artículo constitucionaliza por vez primera a los partidos políticos).



y, a su vez, el apuntalamiento de su organización partidaria y sumar en la afirmación de un sistema de partidos y de bancadas parlamentarias competitivas y cohesionadas (embarazosa labor por el mayor número de invitados por cada partido<sup>13</sup>), iniciando un proceso de construcción de consensos como modelo de comportamiento partidario irrenunciable, ante el fenómeno de atomización o el alto fraccionamiento cantado del futuro parlamento (11 agrupaciones aproximadamente)<sup>14</sup>. Tener partidos políticos fuertes y transparentes con vocación democrática y no cortoplacista, de cara a la topografía política poselectoral, es una peliaguda faena que exige un activismo cívico de los políticos y ciudadanos de militancia democrática o, en otras palabras, asumir desde ya lo que se ha llegado a etiquetar como “patriotismo constitucional” (Dolf Sternberger).

Si el inicio del siglo 20 nos trajo –desde disímiles ideologías– grandes intelectuales, políticos y juristas que emprendieron toda una teoría del Perú, el bicentenario nos impone recoger y repensar lo mejor del constitucionalismo histórico para reestructurar y modernizar las instituciones del poder político (constitucional) y de los “buscadores del poder”. La mira es una democracia constitucional con partidos políticos (responsables) y sin partidos esporádicos (irresponsables).

Estamos ante un escenario nada sencillo y pensemos -a fuego lento- por un Estado constitucional de plena vigencia de los derechos humanos; adecuado equilibrio constitucional de poderes, sin fortalecer excesivamente aun poder público y debilitando la institucionalidad de otro poder; de un poder deliberante comprometido (congreso); de un sistema de partidos políticos estables; y del deber-obligación de los gobernantes en materializar el derecho fundamental a la buena administración, es decir, el Estado debe cumplir eficientemente con “todos” sus deberes-obligaciones y no “algunos” en beneficio de los “derechos de algunos”.

---

13 En la práctica la figura de los independientes no es historia reciente, léase la república aristocrática.

14 Desde hace 30 años el mapa político está dibujado por dos movimientos que concentran el fenómeno de la multiplicación de los partidos políticos en el Perú: la coexistencia del fujimorismo concentrado versus el movimiento democrático disperso (o antifujimorismo, cuyo amor y odio es comparado con el antiaprismo del siglo XX).



# La independencia del Perú: El nacimiento de una República Plurinacional

✎ HENRY CARHUATOCTO SANDOVAL\*

**“La identidad histórica del Perú.-** ¿Qué tenían de común en 1824 un labriego de Piura y un labriego del Cuzco, por ejemplo? Muy poco, evidentemente. Pero ambos y otros como ellos y sus antepasados vivían dentro del mismo ámbito político-administrativo y no únicamente desde el siglo XVI sino desde muchos siglos antes de los Incas”<sup>1</sup>.

265

## 1. Introducción

Flores Galindo en “República sin ciudadanos” decía: *“El ciclo anti-indigenista iniciado en 1780 se interrumpe con las guerras de la independencia. Los patriotas admiten que su victoria ha sido posible gracias a tropas indígenas. Surge la idea de integrar al indio en la República como un ciudadano. Es paradójicamente, uno de los argumentos para suprimir jurídicamente a las comunidades indígenas. Los vencedores, además, se sienten continuadores de los Incas. “He llegado ayer al país clásico del Sol, de los Incas, de la fábula y de la historia” escribiría Bolívar a Olmedo”*<sup>2</sup>. El comentario se debe a que el libertador mediante un decreto

---

\* Presidente de Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible IDLADS. Doctor en Derecho y CC.PP, Magister en Derecho Civil y Comercial y Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos grados académicos todos obtenidos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

1 BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú 1822-1933. Séptima Edición. Editorial Universitaria. Lima-Perú. 1983, p. IX.

2 FLORES GALINDO, Alberto. Obras completas III (I). Concytec. Lima-Perú. 2008, p. 241.

estableció que las tierras de las comunidades indígenas se debían repartir entre todos los indios, vendiendo el Estado las restantes y desconociendo, con ello, la naturaleza colectiva del territorio indígena<sup>3</sup>.

## 2. El derecho de ciudadanía y al sufragio de los indígenas en el Perú

¿Cuál era el camino, se preguntaba el Solitario de Sayán, para un desarrollo completo de la república que involucrara la perfección civil de los indios? El problema podía resolverse reconociendo “el genio” del poblador de la sierra, la fecundidad de su imaginación, junto a su “perspicacia y comprensión” para enfrentar problemas difíciles. El Perú contaba con los elementos materiales para mejorar las condiciones de vida de todos los peruanos porque, si bien la respuesta a “la cuestión indígena”, como la denominaron más adelante los liberales, es poco clara en la primera generación de republicanos, existe un compromiso con el “Perú profundo”, que muchos de ellos conocen muy bien. De ello da cuenta la “Carta a los indios de las provincias interiores”, firmada por los miembros del Primer Congreso Constituyente, presidido por Sánchez Carrión: “Nobles hijos del sol, amados hermanos, a vosotros virtuosos indios, os dirigimos la palabra, y no os asombre que os llamemos hermanos; lo somos en verdad, descendemos de unos mismos padres; formamos una sola familia y con el suelo que nos pertenece, hemos recuperado también nuestra dignidad y nuestros derechos”.<sup>4</sup>

Un derecho fundamental para un ciudadano de una nación naciente es poder elegir sus autoridades, especialmente, sus parlamentarios y presidente pues son estos quienes recogerán sus peticiones y demandas que deben ser satisfechas por el Estado por lo que resulta gravitante

---

3 Dirección General de Asuntos Indígenas de la República del Perú. Legislación indigenista del Perú. Talleres Gráficos de la Penitencia Central. Lima-Perú. 1948. p. 10.

4 MC EVOY CARRERAS, Carmen. De la república imaginada a la república en armas: José Faustino Sánchez Carrión y la forja del republicanismo-liberal en el Perú, 1804-1824. En: CONTRERAS Carlos / GLAVE Luis Miguel (editores). La Independencia del Perú ¿Concedida, conseguida, concebida? Instituto de Estudios Peruanos. Lima-Perú. 2017, pp. 363-364.

conocer cómo se integraron los indígenas como ciudadanos peruanos. En ese sentido, recordemos que el 8 de octubre de 1821, José de San Martín, Juan García del Río, Bernardo Monteagudo e Hipólito Unanue aprobaron el Estatuto Provisional del Perú que en su artículo 1 de la sección novena estableció que “*son ciudadanos del Perú los que hayan nacido o nacieran en cualquiera de los Estados de América que hayan jurado la independencia de España*”, lo que significa que los indígenas, los afrodescendientes, los mulatos y los mestizos que poblaban el ex virreinato del Perú se convertían en ciudadanos de la naciente República en igualdad de condiciones que los españoles nacidos en el país teniendo todos derecho a voto para elegir a sus autoridades políticas. Esto lamentablemente cambiaría en las Constituciones de 1823 y 1826 cuando se establece que para ser ciudadano se requiere saber y escribir, así como no estar en sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero, lo que significaba privar de derecho a voto a los indígenas y a los marginados en la economía nacional. Las constituciones siguientes establecieron que para ser ciudadano solo se exigía ser peruano y esto rigió hasta la llegada de la Constitución de Huancayo de 1839, donde se estableció que para ser ciudadano en ejercicio se requería saber leer y escribir, excepto los indígenas y mestizos, hasta el año 1844, en las poblaciones donde no hubiera escuelas de instrucción primaria.<sup>5</sup> En otras palabras, se exigía al indígena que aprendiera a leer y escribir una lengua española pese a que no se le brindaba educación y sin considerar su derecho a expresarse en su lengua tradicional.<sup>6</sup>

Las Constituciones de 1856 y 1860 establecieron que son ciudadanos que podían ejercer el derecho de sufragio los peruanos varones mayores de edad que sabían leer y escribir, o eran jefes de taller, o tenían una propiedad. Así, nuevamente, se marginaba al otro (el indígena) del derecho al voto. Posteriormente, la Constitución de 1867 restableció el sufragio popular para todos los ciudadanos, sin embargo, los artículos

---

5 Cfr, FERNÁNDEZ VALDIVIESO, Joffré. Nuestras constituciones. Papeles básicos para una historia institucional del Perú. Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú. Lima-Perú, 2009.

6 Cfr, COTLER, Julio. Clases, Estado y Nación en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos. Lima-Perú, 2005.

62 y 66 de la Constitución de 1920 establecieron que solo gozaban del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que sabían leer y escribir español lo que era nefasto para las culturas indígenas que tenían y tienen una ancestral tradición oral en su propio idioma.

La Constitución de 1933, mantuvo el mismo estado de cosas, en su artículo 84, así pues los ciudadanos eran los peruanos varones mayores de edad, posteriormente, en virtud de la Ley N° 12391, promulgada el 7 de septiembre de 1955, se modificó este artículo, consagrándose la ciudadanía de la mujer y su derecho al sufragio, aunque esta se limitaba cuando se exigía que para ejercer el derecho de sufragio era necesario saber leer y escribir, por ende, los analfabetos indígenas y muchas mujeres seguirían quedando marginados en los procesos electorales. Esto cambió definitivamente con el artículo 65 de la Constitución de 1979 cuando se consagró el derecho a votar de todos los ciudadanos y se estableció el voto como libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años con lo cual todos los peruanos sin distinción tenían el deber de votar sepan o no leer o escribir,<sup>7</sup> derecho que se mantuvo en el artículo 31 de la Constitución de 1993. La consolidación de la república del Perú como una democracia en términos modernos se produce cuando se incorpora a la masa electoral a los indígenas analfabetos y las mujeres, y terminando así con décadas de discriminación y marginación, legitimando a los representantes de los gobiernos posteriores que debían atender a las demandas de sus electores, entre ellos, los pueblos indígenas.<sup>8</sup>

268

### **3. Los pueblos indígenas como sujeto de derecho en las Constituciones del Perú**

Los pueblos indígenas en la historia de la República del Perú no solo se vieron privados del derecho a sufragar durante un largo tiempo, sino además no tuvieron una participación significativa en las diferentes

---

7 Cfr, RUBIO, Marcial / BERNALES, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores. Lima-Perú. 1988

8 Cfr, KLARÉN, Peter. Nación y la sociedad en la historia del Perú. Instituto de Estudios Peruanos. Lima-Perú.2008.

entidades del Estado lo que impidió que pudiera desarrollarse políticas públicas con su intervención y de esta forma puedan salvaguardar sus derechos colectivos especialmente durante el siglo XIX en que eran objeto de despojo de sus territorios ancestrales, pago de tributo indígena y objeto de explotación laboral.<sup>9</sup>

La Constitución de 1920<sup>10</sup>, si bien reconoció por primera vez en una Constitución a las comunidades indígenas, no les dotó de derechos territoriales por lo que fue caldo de cultivo para la formación de movimientos indígenas que buscaban reivindicar sus territorios.<sup>11</sup> No sorprende que la Constitución de 1933 haya intentado promover una legislación especial para las comunidades indígenas como una forma de calmar los ánimos sin que esto significara cambios estructurales reales.<sup>12</sup> El punto de quiebre más significativo en el reconocimiento de derechos territoriales ancestrales indígenas se daría con la reforma agraria de 1969-1975 que adjudicaría territorios a los indígenas andinos y amazónicos mediante la figura de las comunidades campesinas y nativas.<sup>13</sup> Posteriormente, la Constitución de 1979 le otorgó a las comunidades autonomía en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo.<sup>14</sup> Finalmente, la Constitución de 1993 tiene la virtud de reconocer, entre los derechos constitucionales, el derecho a la identidad étnica y cultural que permite el avance de los derechos indígenas territoriales a los relacionados a su condición histórica, social y cultural.<sup>15</sup> De este derecho se desprenderían la libre autodeterminación, el derecho a la consulta previa, el derecho al consentimiento libre e informado y el

---

9 Cfr, CONTRERAS Carlos / CUETO Marcos. Historia del Perú contemporáneo. Desde las luchas por la independencia hasta el presente. Instituto de Estudios Peruanos/Fondo Editorial PUCP. Lima-Perú, ,2007.

10 Artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1920.

11 Cfr, KAPSOLI, Wilfredo. Los movimientos campesinos en el Perú. Ediciones Atusparia. Lima-Perú.1987

12 Artículo 212 de la Constitución Política del Perú de 1933.

13 Cfr, AGUIRRE Carlos / PAULO Drinot (editores). La revolución peculiar, repensando el gobierno militar de Velasco. Instituto de Estudios Peruanos. Lima-Perú.2018

14 Artículo 161 de la Constitución Política del Perú de 1979.

15 Numeral 19 Artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

derecho a un ambiente adecuado, entre otros. Posteriormente, el 2 de febrero de 1995 entraría en vigencia el Convenio 169 de la OIT que básicamente consolidaría los derechos de los pueblos indígenas de manera definitiva en la República.<sup>16</sup>

#### 4. El diálogo intercultural del Estado bicentenario y los pueblos indígenas

Desde 1980 hasta 1993 los principales afectados por movimientos subversivos que querían destruir el Estado peruano fueron los pueblos indígenas que sufrieron genocidios sistemáticos, pero que también se organizaron en rondas campesinas para derrotarlos<sup>17</sup> sentando las bases para el Estado moderno. Luego hubo un largo silencio que se rompería un 5 de junio de 2009 cuando el “Baguazo” nos recordaría la necesidad de implementar el derecho a la consulta previa que se aplica antes de adoptar una medida legislativa o administrativa que va afectar a los pueblos indígenas teniendo por propósito promover un diálogo intercultural de buena fe entre el Estado y los pueblos indígenas a fin de arribar a consensos y al consentimiento previo libre e informado de conformidad con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Posteriormente, se publicó, un 7 de setiembre del 2011, la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el 3 de abril del 2012, se publicó su reglamento, el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que sientan un marco jurídico mínimo para poder llegar a consensos con las poblaciones indígenas.

El Tribunal Constitucional no había sido indiferente a la problemática y el 9 de febrero del 2009 a través del caso del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, fundamento 35 de la **Sentencia N° 03343-2007-PA/TC**, se pronunció por primera vez sobre la consulta

---

16 Ver: OIT. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm.169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra-Suiza. 2013.

17 Cfr, RÉNIQUE, Gerardo/ POOLE, Deborah. Perú: Tiempo del miedo. Punto cardinal. Lima-Perú. 2018.



previa señalando que “*debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindarse la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. (...)*” Posteriormente, el 9 de junio del 2010, el Tribunal Constitucional avanzó en el desarrollo del derecho a la Consulta Previa mediante la **Sentencia N° 0022-2009-PI/TC** referida a la Acción de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, donde desarrolla el contenido del derecho a la consulta previa y sus principios partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, tiene entre sus debilidades el no considerar a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas vinculante<sup>18</sup> y además desconoce el derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas afectados por una medida administrativa o legislativa.<sup>19</sup> Más adelante se expidió la sentencia de la acción de cumplimiento de Asociación Interétnica del Desarrollo de la Selva Peruana – Aidesep interpuesta contra el Ministerio de Energía y Minas, **STC N.º 05427-2009-PC/TC**, que resultó siendo declarada fundada y **ORDENÓ** al demandado a que, dentro del marco de sus competencias, emitiera un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT, lo que daría lugar a la aprobación del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, el 12 de mayo del 2011.

El Tribunal Constitucional se pudo pronunciar sobre la falta de consulta previa de las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas en el periodo 1995-2011 por parte del Ministerio de Energía y Minas, pero declaró improcedente la demanda de cumplimiento interpuesta por IDLADS mediante **Auto del Tribunal Constitucional 02420-2012-AC**; sin embargo, dejó abierta la puerta de la justicia constitucional cuando

---

18 Fundamentos 6 al 8 de la Sentencia No 0022-2009-PI/TC.

19 Fundamentos 24 y 25 de la Sentencia No 0022-2009-PI/TC.

indicó que mediante un proceso de amparo se dejen sin efecto medidas administrativas o legislativas inconsultas como las concesiones mineras.<sup>20</sup> Cumpliendo su promesa, el 5 de diciembre del 2018, el Colegiado admitió el amparo de la Comunidad Campesina de Arboleda, **Auto del Tribunal Constitucional N° 01129-2012-PA/TC**, que busca dejar sin efecto concesiones mineras inconsultas que afectan territorios indígenas ancestrales, caso que puede sentar un precedente importante.

No debemos olvidar la emblemática Sentencia del Expediente N° 01126-2011-HC/TC donde el Tribunal consolida la autonomía de las comunidades nativas y campesinas cuando establece que la construcción de la caseta y del cerco de madera para combatir la depredación del ambiente es una decisión legítima reconocida por el artículo 89° de la Constitución.<sup>21</sup> A ella se suman el Pleno Sentencia 154/2021 que defiende *“la autonomía jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas, esto significa, de un lado, que el constituyente ha reconocido una situación de hecho preexistente a la instauración del Estado peruano como una república democrática, la cual es que en el seno de las comunidades campesinas y nativas se imparta justicia aplicando el derecho consuetudinario; (...).”*<sup>22</sup> y la Sentencia de Acción Popular N° 29126-2018-Lima que consagra 14 estándares para la consulta previa entre los cuales se resalta que *“debe garantizarse la participación de los pueblos interesados en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de la comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo; (...).”*<sup>23</sup> Podemos aseverar que el Perú es una república plurinacional que ha debatido a lo largo de su historia su identidad histórica y cultural hasta terminar por reconocer que sus pueblos indígenas tienen derecho a su libre autodeterminación y a mantener su cultura así como su relación espiritual con la naturaleza, especialmente, con su territorio ancestral, bosques, ríos, cerros, animales, cielo y tierra.

---

20 Fundamento 39 del Auto del Tribunal Constitucional No 02420-2012-AC.

21 Cfr, Fundamento 44 de la Sentencia No 01126-2011-HC/TC.

22 Fundamento 59 de la Pleno Sentencia 154/2021.

23 Considerando 4.5. Estándares internacionales de la consulta previa. Sentencia A.P. N° 29126-2018. Lima.

## **5. Conclusión**

El Estado peruano ha avanzado en la protección de las minorías étnicas sin embargo todavía la tarea republicana está incompleta<sup>24</sup> pues falta implementar la consulta previa legislativa y darles la oportunidad de acceder a cargos de dirección en instituciones que velan por sus derechos tales como el Viceministerio de Interculturalidad, la Defensoría del Pueblo, el Congreso o los Consejos Directivos de los organismos técnicos especializados vinculados a la protección del ambiente. En nuestra Constitución es importante reconocer la condición de Estado Plurinacional así como la relación espiritual y cultural de los pueblos indígenas con la naturaleza como ha ocurrido en la Constitución de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

---

<sup>24</sup> Cfr, Castro, Augusto. El desafío de las diferencias. Reflexiones sobre el Estado moderno en el Perú. Centro de Estudios y Publicaciones, Fondo Editorial de Ruiz de Montoya, Instituto Bartolomé de las Casas. Lima-Perú. 2008.



# Propuesta de Bases para una reforma constitucional del Poder Judicial

✎ HENRY ANTONINO HUERTA SÁENZ\*

## 1. A modo de introducción

Desde los inicios de nuestra República, Don José de San Martín, vislumbró con claridad la necesidad de preservar la independencia judicial, al señalar en forma expresa en el Preámbulo del Estatuto Provisional de 1821: “(...) *me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciarias, porque su independencia es la única y verdadera salvaguarda de la libertad del pueblo; y nada importa que se ostenten máximas exquisitamente filantrópicas, cuando el que hace la ley ó el que la ejecuta, es también el que la aplica.*”<sup>1</sup>

275

Próximos a cumplir doscientos años de la declaración formal de nuestra independencia nacional, una reforma constitucional del régimen del sistema de justicia es necesaria para dotar al texto constitucional de una mayor organicidad en la materia, en aras de fortalecer la independencia judicial como garantía del derecho ciudadano de ser juzgado por jueces imparciales y especializados.

Una primera modificación posible se relaciona con la referencia a la existencia de órganos “jerárquicos” en el Poder Judicial, como señala el artículo 138 de la Constitución, ello por cuanto, cualquier forma

\* Juez Superior Titular. Ex Juez Especializado en lo Civil y Constitucional.

1 Estatuto Provisional de 1821, suscrito el 8 de octubre de 1821 por José de San Martín, Juan García del Río, Bernardo Monteagudo e Hipólito Unanue. En: Las Constituciones del Perú. Ministerio de Justicia. 1993. p. 75.

de subordinación judicial, sólo debe estar referida respecto de la propia Constitución y de las leyes.

Si bien el artículo 16 del Texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Decreto Supremo Nro. 017-93-JUS establece mecanismos para preservar la garantía de la independencia judicial “*bajo responsabilidad*” y faculta dirigirse al Ministerio Público en caso de existir algún intento de interferencia en la actuación jurisdiccional<sup>2</sup>; la Constitución debe precisar que la garantía de la independencia prevista en el numeral 1) del artículo 146 de la Constitución para los magistrados judiciales, está referida a un derecho de los ciudadanos y a un deber de los jueces, quienes deben evitar el riesgo de la autarquía y la pretensión de imponer sus propias preferencias ideológicas, lo que exige a todo juez el deber de ser independiente incluso de sí mismo<sup>3</sup>.

Por otra parte, en la medida que la potestad de administrar justicia no es exclusiva del Poder Judicial, como pudiera desprenderse del primer párrafo del artículo 138 de la Constitución; es necesario esclarecer que existe un Sistema de Justicia<sup>4</sup> y reconocer al Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, aprobado mediante la Ley 30942, como un espacio institucional de coordinación.

Si bien actualmente el Poder Judicial ejerce su función a través de “9 Salas Supremas, 230 Salas Superiores, 1718 Juzgados Especializados o Mixtos, 726 Juzgados de Paz Letrado, y 5,913 Juzgados de Paz”<sup>5</sup>; la trascendente

---

2 Artículo 16.- Los Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley.

3 DOÑATE. Antonio. El Perfil del Juez Constitucional. En: Hechos de la Justicia Nro. 07. <http://www.jusdem.org.pe/articulos/perfildejuezconstitucional.pdf>

4 Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso  
La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. (...).

5 Poder Judicial. Proyecto de Presupuesto 2021. En: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/Presupuesto/files/sectores/poder\\_judicial/presentaci%C3%B3n\\_poder\\_judicial.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/Presupuesto/files/sectores/poder_judicial/presentaci%C3%B3n_poder_judicial.pdf)

función de otros organismos constitucionales<sup>6</sup>, y en particular de las comunidades campesinas y nativas así como de las Rondas Campesinas, debe ser reivindicada, más cuando éstos últimos, en algunos lugares del país, son los únicos entes a los que la población reconoce como autoridades.

Por otra parte, la existencia de autoridades administrativas que ejercen funciones resolutorias es una realidad que es posible de ser reconocida a nivel constitucional, y extender la exigencia de independencia e imparcialidad.

En cuanto a la infraestructura judicial, si bien no es un tema propio de un texto constitucional, en muchos lugares del país, han sido los gobiernos regionales y municipales los que han proporcionado la infraestructura para el desarrollo de la función judicial, por lo que es posible reconocer dicha realidad para garantizar las condiciones materiales para el acceso a la justicia de cualquier persona.

En cuanto a la elección popular de los jueces se estima necesario superar la imprecisión constitucional contenida en el artículo 152 que faculta a la ley establecer la elección de “*los jueces de primera instancia*”, sin haber tenido presente que los jueces de “*primera instancia*” pueden ser tanto los Jueces de Paz Letrados, como los Jueces Especializados o Mixtos.

277

En cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, a la vez de completar la normativa constitucional a partir del mayor desarrollo logrado por el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se propone consolidar el carácter del Tribunal Constitucional como órgano final de control de la Constitución siguiendo en parte a los reglas previstas en los artículos 123.1 y 163 de la Constitución española.

En cuanto a función casatoria prevista en el artículo 141 de la Constitución, se propone su reforma no sólo como fórmula de reducción de la elevada carga procesal, conformada en su inmensa mayoría por casos

---

6 Como establece la norma básica del artículo 116 de la Constitución de Colombia.

en los que se declara improcedente el recurso, sino por la necesidad que las Salas de la Corte Suprema de la República se orienten a fijar líneas de interpretación jurisprudencial y a resolver casos de trascendencia nacional.

El Gobierno Judicial es un tema apenas mencionado en el artículo 143 de la Constitución, desidia normativa que resulta imperativo superar en la regulación de la estructura del Estado. Se propone superar la práctica actual contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y recurrir a la experiencia de la Comisión Especial conformada para la elección de los actuales miembros de la Junta Nacional de Justicia, que permitió superar la crisis institucional provocada por el descubrimiento de los actos de corrupción del caso “Cuellos Blancos”. Se propone una selección sobre la base de la meritocracia para integrar un órgano de gobierno especializado, siguiendo en parte el modelo del Consejo General del Poder Judicial, previsto en el artículo 122 de la Constitución Española.

278

En cuanto al Estatuto Judicial se estima necesario desterrar el modelo de la ratificación periódica sin desconocer la posibilidad del control permanente. También se busca necesidad mejorar la regulación de la garantía de inamovilidad del juez, en relación a los casos a los que se hubiere avocado y no respecto de una genérica referencia a los “traslados”, que, en ocasiones ha permitido que jueces que obtuvieron plazas en un distrito judicial con menor número de postulantes, luego, vía traslado, obtengan plazas en otros distritos judiciales que suelen tener un mayor número de interesados, sin la exigencia del concurso público.

Al contrario de la prohibición establecida en el artículo 153 de la Constitución, como se admite la posibilidad de elección popular de jueces, se estima preferible permitir la afiliación transparente de los jueces a las organizaciones políticas.

En cuanto a la Academia de la Magistratura prevista en el artículo 151 de la Constitución, sin perjuicio del fortalecimiento de la Escuela del Ministerio Público que pudiera corresponder, se propone establecer una escuela orientada al servicio del Poder Judicial, con la misión de capacitar y especializar a los jueces, trabajadores jurisdiccionales y administrativos



del Poder Judicial, cuyos estudios permitan obtener grados universitarios en la forma que establezca la ley.

## **2. Propuesta de modificación constitucional**

### **2.1. Del Sistema de Justicia**

La potestad de administrar justicia emana del pueblo, se ejerce por el Tribunal Constitucional, la Junta Nacional de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, la jurisdicción militar y arbitral, las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas y las Rondas Campesinas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La ley establece las formas de coordinación.

La Contraloría General de la República, los Tribunales y autoridades administrativas ejercen funciones resolutorias en las materias asignadas por ley.

La justicia comunal se ejerce dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

279

El Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y Locales en el ámbito de sus competencias garantizan los recursos materiales y personales para el sistema judicial y para el acceso a la justicia de toda persona.

El Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia coordina la ejecución de las políticas a cargo de las entidades integrantes del sistema de justicia.

La independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional es un derecho de todos los peruanos y un deber de todos los jueces. El Estado lo garantiza. Son exigibles en todo ámbito público o privado donde se ejerzan funciones jurisdiccionales o resolutorias.

### **2.2. Poder Judicial**

El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y control.

Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica. Al impartir Justicia cada Juez representa a la Nación, sólo está sometido a la Constitución y la ley.

La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación jurisdiccional del Poder Judicial. Resuelve en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación los casos en los que estime necesario fijar principios jurisprudenciales, y, siempre, en caso de resoluciones del Fuero Militar que impongan la pena de muerte.

Los Jueces de Paz provienen de elección popular. La ley establece su nombramiento y revocación. La ley puede establecer la elección de los Jueces de Paz Letrados y de los Jueces Especializados o Mixtos. Los Jueces Supremos y los Jueces Superiores son elegidos sólo por la Junta Nacional de Justicia.

280

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal de cuya validez dependa la decisión y no sea posible su adecuación al ordenamiento constitucional, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. El control judicial de constitucionalidad de las leyes y de otras normas de rango de ley se ejerce sin afectar la separación de poderes, ni el derecho a la doble instancia. La decisión se eleva en consulta al Tribunal Constitucional, con efecto suspensivo.

### **2.3. El Presidente del Poder Judicial**

El Presidente de la Corte Suprema es elegido por la Sala Plena de la Corte Suprema de la República, en la forma que determine la ley; preside el Consejo de Gobierno del Poder Judicial y representa al Poder Judicial ante el Consejo de Estado.

### **2.4. El Consejo de Gobierno del Poder Judicial**

El Consejo de Gobierno del Poder Judicial tiene a cargo la dirección y gestión del Poder Judicial. Se integra por diez miembros nombrados

por un periodo de cuatro años. Sus integrantes no pueden ser menores de cuarenta y cinco años ni mayores de setenta y cinco años. Salvo el presidente, son elegidos por la Comisión Especial prevista en el artículo 155 de la Constitución, entre Jueces de todos los niveles con más de quince años en la carrera judicial, o, entre otros profesionales de reconocida competencia en el ejercicio de su profesión. Pueden ser reelegidos. La ley orgánica del Poder Judicial establece su organización y funciones. Los jueces, al fin del periodo para el cual fueron electos, retornan a sus puestos judiciales de origen.

Los miembros del Consejo de Gobierno del Poder Judicial gozan de los mismos beneficios, derechos y están sujetos a las mismas obligaciones e incompatibilidades que los jueces supremos. Su función no debe incurrir en conflicto de intereses y es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada fuera del horario de trabajo, salvo la docencia.

La ley puede establecer Consejos de Gobierno Descentralizados sobre la base de dos o más distritos judiciales, fijar su composición, organización y funciones.

281

## **2.5. Jueces Supremos**

Artículo 147.- Requisitos Generales para ser Juez de la Corte Suprema

Para ser Juez de la Corte Suprema se requiere:

1. Ser peruano de nacimiento;
2. Ser ciudadano en ejercicio;
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años;
4. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la labor de investigador en materia jurídica por más de quince (15) años, o ejercido la docencia universitaria o la abogacía por no menos de veinticinco (25) años.

## **2.6. Estatuto judicial**

Los jueces una vez nombrados, permanecen en el servicio hasta los 70 años, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función. Una vez avocados a un proceso, los jueces son inamovibles, salvo su conformidad. Percibirán una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.

Por las decisiones jurisdiccionales que adopten en el ejercicio de sus funciones, los jueces no son responsables ante órgano político alguno. Los jueces están sujetos al control permanente del Consejo de Gobierno del Poder Judicial, la Junta Nacional de Justicia, la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial y el Ministerio Público en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los Jueces están prohibidos de pertenecer a sindicatos y de declararse en huelga. Su participación en asociaciones civiles u organizaciones políticas será obligatoriamente comunicada al Consejo de Gobierno del Poder Judicial y a la Junta Nacional de Justicia.

282

La función jurisdiccional es incompatible con el desempeño de otra función pública o privada, salvo la docencia fuera del horario de trabajo; pueden ser destacados para ejercer funciones en el Jurado Nacional de Elecciones u otras instituciones públicas, con derecho de retornar a sus puestos de origen al final del cumplimiento de sus funciones.

Sin perjuicio del régimen de incompatibilidades que establezca la ley, los jueces deben evitar situaciones que pudieran afectar su imagen de imparcialidad e independencia por causa de interés personal, familiar, social, económico o de cualquier otra índole.

## **2.7. Escuela Judicial**

La Escuela Judicial se encarga de la capacitación y especialización de jueces, trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial. Depende del Consejo de Gobierno del Poder Judicial. La docencia está a cargo de Jueces y otros profesionales con respeto de la libertad de cátedra. La aprobación de sus estudios especiales es requisito para el

ascenso en la carrera judicial y permiten su convalidación para la obtención de grados universitarios en la forma que establece la ley.

**3. A modo de conclusión:**

La presente propuesta propone sustituir los artículos siguientes de la constitución de 1993.

138: Función jurisdiccional.

141: Fallo de la Corte Suprema: Casación o en última instancia.

143: Órganos jurisdiccionales.

144: Presidente del Poder Judicial.

146: Derechos de los Magistrados Judiciales.

147: Requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema.

149: Vigencia del Derecho Consuetudinario.

151: Academia de la Magistratura.

152: Elección de juez de paz.

153: Prohibiciones de los jueces y fiscales.



# La exigibilidad de los derechos sociales como normas programáticas en un Estado Constitucional, retos pendientes de la Justicia Constitucional

✉ HUGO FERNANDO DELGADO ALVIZURI\*

## 1. Resumen

El presente artículo versa sobre los retos actuales de la justicia constitucional en torno a la exigibilidad de los derechos económico sociales (DESC), su correspondiente tratamiento en la constitución y en la jurisprudencia constitucional.

285

## 2. Introducción al problema

Uno de los temas pendientes en la agenda de los estados constitucionales que a pesar de haber sido ampliamente reconocidos en nuestras cartas constitucionales es la materialización y posterior justiciabilidad de los derechos sociales, también conocidos como los DESC, lo cual supone y preocupa, además las condiciones de exigibilidad, ello en la perspectiva actual en la cual confluyen tres situaciones que consideramos oportunas e importantes de acotar; en primer término la necesaria reflexión comunitaria y académica sobre un acontecimiento trascendental en nuestro país como es la celebración de nuestro bicentenario, motivo para la reflexión, el segundo; el rol de los tribunales constitucionales en su efectiva protección de los derechos sociales y guardián de la constitución y de manera especial de nuestro órgano de control, y en tercer lugar; la especial y compleja situación de pandemia y emergencia sanitaria que atraviesa nuestro

---

\* Máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de San Marcos, ex Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

país como consecuencia del COVID 19, Esta confluencia de situaciones impactan severamente a todos los derechos fundamentales especialmente a derechos tan sensibles como son; salud, educación y trabajo, los cuales por su trascendencia y naturaleza deben acentuar los estándares y márgenes de cumplimiento y observancia. lo cual implica del estado una obligada y reforzada protección en su cumplimiento, la aspiración ecuménica del estado social y sus cláusulas, el tránsito al estado bienestar cuyo fin es la protección social, resultan siendo en esta difícil coyuntura un tema pendiente, no solo de desarrollo sino también de análisis .

Ello motiva esta breve reflexión en el sentido siguiente; de que manera las normas de carácter programáticos constituyen cláusulas de exigibilidad en torno a los derechos sociales, en el entendido que estos como derechos fundamentales resultan siendo imperativos éticos de cumplimiento obligatorio, más allá y oponible a una carencia económica presupuestal, característica propia de nuestros estados que constituyen a nuestro modo de ver en un tema pendiente de nuestro estado constitucional.

### **3. Antecedentes de su reconocimiento**

Hoy resulta indudable que en nuestros ordenamientos constitucionales la consolidación del constitucionalismo social ha impregnado fuertemente de manera progresiva, permanente e irreversible todos los contenidos de los derechos fundamentales, garantizando con ello que estas categorías complejas resulten siendo irrenunciables e inviolables, lo cual se ve complementado que en nuestros estatutos constitucionales la regulación y posterior positivización de los derechos sociales aluda a una serie de derechos subjetivos o de prestaciones públicas por parte del estado y resulten plenamente vinculantes. Ya desde la carta constitucional de 1993, que su Cuarta Disposición Final<sup>1</sup> fijó la obligación de interpretar a los derechos y libertades de conformidad la Declaración Universal de Derechos Humanos.

---

1 La Cuarta Disposición Final de la Constitución de 1993 establece: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.



Dicha declaración hace referencia a la vinculación con la satisfacción de los derechos económicos sociales indispensables a su dignidad comprendida en el artículo 22 de la citada declaración<sup>2</sup>.

Encontramos también otras precisiones generales en torno al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales y sin ánimo de entrar a su correspondiente tratamiento jurisprudencial en el Capítulo I Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, reconoce al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales, esto releyendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A mayor abundamiento, la undécima disposición final y transitoria de la Constitución establece que “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente” dicha cláusula considera pues que los derechos sociales denominados también derechos prestacionales constituyen fines sociales del estado que permita que el individuo pueda alcanzar la plena realización.

287

No es nuestra intención desarrollar en este breve ensayo un detallado, ni sesudo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al desarrollo de los derechos sociales y su exigibilidad, sino fijar una particular posición al respecto a modo de reflexiones sobre las tareas pendientes de los DESC.

#### **4. Breves reflexiones en torno a la exigibilidad; dilemas y perspectivas en tanto a su cumplimiento**

Una primera reflexión en relación a la exigibilidad como concepto nos lleva a afirmar lo siguiente; si la enunciación de un derecho social está determinado por su carácter de exigible, significa ello entonces que el contenido o prestación de ese derecho no se ha venido cumpliendo, ni mucho

---

2 Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

menos se ha satisfecho, entendemos entonces que puede existir una suerte de omisión o una falta de previsión económica, al respecto lo que debe quedar claro que los derechos sociales resultan siendo normas de carácter programático de cumplimiento obligatorio y que su sola enunciación o positivización incorpora una hacer o realizar en el cumplimiento e implementación del derecho, en ese sentido la satisfacción mínima del derecho o en lenguaje de ese estándar mínimo puede considerarse como una garantía para la satisfacción de necesidades de la ciudadanía por parte del estado y que su sola enunciación debería entenderse entonces como imperativos ético jurídicos de cumplimiento obligatorio, por ello debe entenderse que estas normas a diferencia de los derechos civiles y políticos; que los derechos sociales representan normas de eficacia inmediata mientras que los derechos civiles y políticos representan normas de eficacia mediata.

El Tribunal Constitucional en su reiterada jurisprudencia al respecto precisa en la sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC: fundamento jurídico 10, que la exigencia debe entenderse como al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución.

288

De lo que se desprende la presencia de exigencias de carácter positivo de realización de parte del estado al ciudadano, ¿Que ocurre frente a escenarios en los cuales la falta de recursos económicos no permita atender de manera satisfactoria el requerimiento del derecho?, al respecto debemos precisar que lo que en puridad hay que evaluar es la posición e intención del estado, no solo en programar una política de atención, sino también de regulación y legislación al respecto del derecho.

## **5. Sobre los retos pendientes de la justicia constitucional en relación a los derechos sociales**

Resultaría una labor muy sencilla interpretar teorizar y comentar la abundante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a los derechos sociales y su exigibilidad, en el sentido de concebir que los derechos sociales representa normas de carácter programáticas

que contienen obligaciones del estado a favor del ciudadano y que su sola enunciación implica la obligación de su parte, sin embargo, el momento actual nos exige de acuerdo al formato solicitado identificar los temas pendientes de la justicia constitucional en relación a los derechos sociales, en una coyuntura política económica y social sumamente complicada, no se trata pues de una cuestión que se limite al todo o nada, o un tema que no está sujeto al estándar mínimo vital, de garantías negativas o positivas o clausulas vedadas al prorroateo del parlamento, se trata de dar cumplimiento a una serie de necesidades básicas indispensables expresadas también en principios que garanticen el bienestar general que en suma resulta siendo el fin del estado.

Por tanto ensayaremos algunas líneas pendientes para aportar al mejor desarrollo en el cumplimiento de los derechos sociales.

## **6. Sobre la posibilidad que el juez pueda llenar vacíos de la norma**

En materia y lenguaje de los derechos sociales el papel de los tribunales constitucionales resulta sumamente importante en la labor de concretizar los contenidos de los derechos para su eventual judicialización y en su rol de interpretarlos además, sin embargo cuando la constitución establece un derecho social o económico o de cualquier otra naturaleza y que este no ha sido especificado por el legislador, cabe la discusión si el juez ordinario pueda corregir o subsanar el vacío creado, al respecto Cesar Landa Arroyo en el artículo “Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina” refiere -la pretensión constitucional de los derechos sociales es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vía de la interpretación judicial; sino más bien, se dirigen a la aplicación inmediata del legislador y subsecuentemente de la administración pública<sup>3</sup>.

---

3 Cesar Landa Arroyo en el artículo “Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina”; BÖCKENFÖRDE”, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993; pp. 76-78.

Un interesante caso que nos permita entender mejor lo reseñado lo constituye lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp N° 6546-2006-PA/TC, Lambayeque Cesar Augusto López Zúñiga<sup>4</sup>, en el que pretende la restitución de sus derechos constitucionales a la salud y a la propiedad afectados indebidamente al habersele privado del servicio de agua potable por parte de la emplazada. En el presente caso el derecho al agua potable no estuvo legislado en la carta política, siendo entonces incorporado en una cláusula de derechos no enumerados contenidos en el artículo 3 de la constitución, su constitucionalización a partir de la exposición de la sentencia refleja pues la facultad que este sea judicializado en la medida de ser considerado como un derecho, además fundamental social y programático derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización por parte del estado corresponde promover.

## 7. **Como superamos la concepción positivista formal de los derechos sociales**

290

Los derechos sociales están caracterizados por una especial tesitura constituidas por un conjunto de principios y derechos que no poseen una regla de derecho específica, sino una obligación que debe ser cumplida y que posteriormente debe ser objeto de interpretación, en tal sentido ¿Cómo se determina el contenido de su enunciación?, ¿Cómo se resuelve estas controversias que no pueden ser consideradas específicas concretas, cuando ellas estas expresadas en principios? que como sabemos implican criterios de optimización indeterminados y complejos por ejemplo; el derecho a la salud en lo que concierne a su progresividad en una concepción hipotética ¿Cuánto sería el grado de implementación económica para

---

4 Exp. N° 6546-2006-PA/TC, Lambayeque, César Augusto Zúñiga López, conviene recordar que aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentre diferida. En efecto como ha sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no solo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva puesto que en la medida en que el ordenamiento jurídico, no crea estricto sensu los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización puede operar no solo a partir de una opción valorativa o principista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú.

asegurar su ejercicio y cobertura? o en todo caso como determinamos ese mínimo vital que desarrolla la doctrina, al respecto más allá de líricas y principistas enunciados expresados en verbos como; fomentar, garantizar o asegurar que están presentes en nuestra carta política, ello resulta una agenda pendiente de los órganos que administran justicia en nuestro país.

En principio en lo que compete a la justicia constitucional es dotar a los derechos de contenidos, como que efectivamente lo ha hecho en su jurisprudencia, muestra de ello lo encontramos en la sentencia Azanca Alhelí Meza García, Expte. N.º 2945-2003-AA/TC y José Luis Correa Condori Expte. N.º 2016-2004-AA/TC, que son sendos procesos de amparo de pacientes afectados por el SIDA, en esta labor no diría pendiente, sino permanente debo relieves el aporte del derecho internacional de los derechos humanos que aún incipiente ha logrado consolidar una línea jurisprudencial tutelar y subsidiaria en relación a las obligaciones estatales.

## **8. Sobre los efectos y consecuencias de los pronunciamientos en torno a los derechos sociales**

291

Finalmente, hablar de los derechos sociales programáticos en un estado constitucional, implica el abordaje de posibilidades económicas presupuestarias en un estado caracterizado por la carestía como los actuales, en las cuales se encuentran desbordados por las exigencias en el cumplimiento de sus funciones como tal, educación, salud y trabajo han sido severamente afectados, frente a ese escenario los retos de la justicia constitucional debe precisar el rol no solo de garante de la constitución, sino también de protector de los derechos fundamentales, es por ello que resulta necesario que se establezca vía jurisprudencial criterios que permitan cuantificar y prever los efectos *a posteriori* en la resolución de conflictos de este orden que involucren decisiones económicas sociales y políticas en esta materia, más aún cuando la interpretación constitucional tiende a pacificar conflictos y prevenir situaciones y conductas que puedan alterar el orden constitucional, la coyuntura resulta más que compleja para los órganos que administran justicia en nuestros países frente a colapsos y crisis económica en donde queda claro que los derechos fundamentales constituyen exigencias ineludibles ante el poder público.



# El Estado peruano *ad portas* del Bicentenario

Un breve análisis sobre su evolución  
y los desafíos a enfrentar en las relaciones laborales  
a partir de la Covid-19

✉ JIMENA ZOILA RODRÍGUEZ MOSCOSO\*

## 1. Introducción

A partir de su independencia en el año 1821, el desarrollo del “Estado”<sup>1</sup> peruano se ha visto enmarcado dentro de la estructura de lo que se podría denominar un Estado neoliberal-paternalista<sup>2</sup>, el mismo que hasta nuestros días, da (o quiere dar) la impresión de ser la autoridad que domina sobre un determinado conjunto de personas, lo que se ha visto de manifiesto en la actualidad a partir de las medidas preventivas restrictivas impuestas en razón a la declaración de “pandemia” por parte de la Organización Mundial de la Salud<sup>3</sup>. Partiendo de esta premisa, el presente ensayo desarrollará la hipótesis de la evolución tanto

293

---

\* Abogada por la Universidad Católica de Santa María, Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, y Magister en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, ejerce labores como Directora del Instituto de Derechos Humanos y Humanitario y docente en la Universidad La Salle. Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, y miembro fundador de la Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de Derechos Humanos y Humanitario.

1 Entendiendo el término “Estado” como la más alta forma de autoridad Hobbiana.

2 La doctrina considera a un Estado paternalista cuando este limita la libertad individual de sus integrantes en base a ciertos valores que fundamentan la imposición estatal. (referencia: ALEMANY, M.(2005) El concepto y la justificación del paternalismo. Tesis. Madrid.)

3 Organización Mundial de la Salud. En: <https://www.who.int/es>. Consulta: 11 de abril de 2021

del Estado como del gobierno peruano teniendo como premisa las Cartas Magnas que han regido el Perú desde su emancipación hasta nuestros días, haciendo mención de como la pandemia ha afectado las dimensiones de las relaciones laborales en el Estado, y concluyendo con algunas sugerencias en razón a ello.

## 2. Desarrollo

En primer término, podemos referirnos al Estado de las Constituciones de 1823, 1826, y 1828. En este primer grupo se pueden distinguir dos rasgos específicos: en las dos primeras un carácter conservador y “cuasi” monárquico, y en la tercera un carácter liberal. Del primer grupo -y en especial en la Constitución de 1826- se establecía un gobierno “cuasi” monárquico, tal es así que hasta nuestros días esta ley fundamental ha pasado a la historia como la Constitución Vitalicia de Bolívar (en clara alusión a la figura de Simón Bolívar). En ella se adoptaba la figura de un presidente vitalicio, a la par que sólo se reconocía a la religión católica, y se excluía del culto público a cualquier otra religión. Como se puede deducir, esta figura de presidente vitalicio se asemeja en demasía al Estado monárquico, en donde la soberanía estaba concentrada en la figura del monarca (en este caso del Presidente). Asimismo, es pertinente resaltar la influencia de la Iglesia católica en este periodo, lo que se tradujo en lograr ser reconocida como el único culto permitido a profesarse en público. Luego, de la Constitución de 1828 se rescata el hecho de haber sido la que plantó los cimientos de la estructura orgánica del Estado peruano<sup>4</sup>. En esta ley fundamental se definía a la forma del gobierno como “popular representativa, fundada en la unidad”. Aquí observamos un esbozo de lo que podríamos denominar la “nación” peruana.

Luego, las Constituciones de 1834, 1837 y 1839 no tuvieron mayores aportes para la evolución del concepto de “Estado” propiamente dicho; más si podemos destacar de ellas que a través de los principios y derechos que ostentaban, se traducían una *lealtad* de los ciudadanos hacia

---

4 BASADRE, J. (2005). *Historia de la República del Perú. 1822-1933*. Octava Edición, corregida y aumentada. Tomo 1.



el Estado (lealtad que antes de la independencia, se encontraba dirigida a la figura del Rey de España).

Ya con la Constitución de 1856 y con la abolición de la esclavitud, el Estado empieza por adherirse a la estructura de los Estados europeos occidentales<sup>5</sup>. La economía del Estado peruano entonces, atraviesa por un cambio radical, dado que sin la institución de la esclavitud, la fuerza económica debió buscar otro asidero. Tomando como referencia la comparación realizada por el profesor Sinesio López, de la esclavitud se mutó a la servidumbre feudal<sup>6</sup>, la que se traducía en el trabajo de los campesinos en las grandes haciendas ubicadas en el territorio nacional. Las Constituciones de 1860 y 1867 no hicieron mayores cambios al respecto.

Esta situación perduro hasta el gobierno de Juan Velasco Alvarado, quién al amparo de la Constitución de 1933 dispuso una reforma agraria, con el fin de terminar con la oligarquía terrateniente<sup>7</sup>. Ya luego con la Constitución de 1979 y en especial con la 1993, podemos hablar de un Estado neoliberal, a virtud del cual se han firmado Tratados de Libre Comercio, limitándose la intervención estatal, y promovándose el incremento de la influencia del sector privado. Un claro ejemplo de este último punto es la aparición cada vez más fluida de administradoras de fondos de pensiones, con lo que se buscaría desaparecer paulatinamente el sistema nacional de pensiones, por ejemplo.

295

Es en este contexto, y a consecuencia de la declaratoria de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud a causa de la COVID-19, que a nivel internacional se vienen dando situaciones que ponen en peligro el rol otorgado al Estado como garante de diversos derechos fundamentales relativos a las relaciones laborales. De acuerdo a un informe realizado por la OIT, estas situaciones podrían resumirse en<sup>8</sup>:

---

5 LÓPEZ, S. (2013). Teoría del Estado. PUCP Lima. pp. 21 y 22.

6 Idem, pp. 22 y 23

7 CHIRINOS SOTO, E. (1985): Historia de la República. 1930-1985. Tomo II. Desde Sánchez Cerro hasta Alan García. Lima, AFA Editores.

8 Datos extraídos del Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Tercera edición Estimaciones actualizadas y análisis (2020). 29 de abril de 2020. Consulta:

- a) **Cierre de los lugares de trabajo y de las empresas:** el porcentaje de trabajadores en países donde el Estado ha recomendado el cierre de centros de labores ha disminuido en un 81% al 68% en los últimos meses, lo que ha ocasionado que el incremento de personas desempleadas vaya en un ascenso realmente preocupante, siendo que el empleo informal (dada esta situación) vaya en ascenso, incrementando a su vez los problemas que este tipo de actividad trae consigo, tales como el no reconocimiento de un sueldo mínimo para el trabajador, por ejemplo.
- b) **Pérdida de horas de trabajo:** de acuerdo a cálculos y estudios realizados por la misma OIT, se estima que en América un 12,4% de horas de trabajo se han perdido, seguido este continente por Asia Central y Europa, ambos con un aproximado de 11,8% por ciento, lo que ha traído como detrimento una baja considerable en la producción de bienes y servicios, teniendo este porcentaje una tendencia al alta en los próximos meses.
- c) **Empresas por cuenta propia en situación de riesgo:** se calcula que un aproximado de 436 millones de empresas de los sectores más afectados en todo el mundo enfrentan un alto riesgo de experimentar graves perturbaciones, tales como la pérdida de capital, desempleo, situación de extrema pobreza, etc.
- d) **Economía informal:** como mencionábamos en los puntos precedentes, la pérdida de horas de trabajo a nivel mundial puede ahondar a que el problema de la economía informal se incremente, o en el peor de los casos, los 1.600 millones de trabajadores que actualmente se encuentran en esta situación (casi la mitad de la población mundial activa) corra el peligro de ver desaparecer su sustento.

En razón de lo expuesto los Estados se han visto en la necesidad de plantear salidas a estos problemas, a fin de intentar mitigar un poco esta

situación, siendo que el Estado peruano no ha sido ajeno a ello. Para ello la misma Organización Internacional del Trabajo ha brindado una serie de propuestas resumidas en cuatro pilares fundamentales de acción<sup>9</sup>:

### **3. Estimular la economía y el empleo**

Este pilar consistiría en que los Estados puedan aplicar una política fiscal activa, a la par de una política monetaria flexible, ello para reactivar el sector económico a la vez del empleo, con las condiciones necesarias y justas para el desarrollo del mismo. Estas acciones podrían incluir ayuda financiera a sectores específicos, así como préstamos donde estarían comprendidos todos los sectores, en especial el sector salud y de la producción.

### **4. Apoyar a las empresas, los empleos y los ingresos**

Para lograr este pilar, la OIT plantea extender la protección social<sup>10</sup> a toda la sociedad, y una forma de materializarlo sería a través de la dación de medidas para el mantenimiento del empleo, evitando los despidos masivos, lo que no sólo afectaría a los propios trabajadores y trabajadoras, sino a las familias de las que son parte. Para ello, se insta a los Estados para que puedan -a través de los sistemas financieros- ofrecer ayuda a las empresas, amén de otros medios alternativos de alivio.

### **5. Proteger a los trabajadores y trabajadoras en el lugar de trabajo**

En este punto, la OIT se explaya un poco más en relación a las alternativas que plantea a los Estados y menciona que sería necesario reforzar las medidas de seguridad y salud en el trabajo, sobre todo para evitar los contagios de la COVID 19, pudiendo los empleadores permitir nuevas modalidades para realizar el trabajo encomendado, tales

---

9 La COVID-19 y el mundo del trabajo. Respuestas políticas nacionales (2020). Consulta: 11 de abril de 2021. En: <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/country-responses/lang-es/index.htm>

10 Entendida esta la serie de acciones y políticas que se deben de adoptar para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a todos sin ningún tipo de distinción.

como el trabajo remoto. Así también, advierte que se deberá prevenir toda forma de discriminación y/o exclusión de cualquier trabajador o trabajadora que presentara signos de la enfermedad, o que deseara volver a reintegrarse después de haber pasado el aislamiento social al haber sido diagnosticado/a con la misma; por ende, los Estados deben promover el acceso a los servicios de sanidad por parte de todos/as.

Dentro de este pilar también se considera que se debe ampliar el derecho a una licencia remunerada a las personas que sean consideradas como población de riesgo, o que se encuentren recuperándose de la enfermedad.

## **6. Buscar soluciones mediante el diálogo social**

Para ello, se sugiere fortalecer la capacidad de los Gobiernos, así como de las organizaciones de trabajadores y empleadores de superar circunstancias inesperadas como lo ha sido el cambio de costumbres repentino a causa de la COVID 19 (la marcación usual de entrada y salida, por ejemplo, se ha visto forzada a ser reemplazada por el sistema de teletrabajo, en el cual el trabajador, envía su trabajo dentro del rango del horario en que debería estar en la oficina, con lo que el empleador lleva un control de la asistencia del mismo).

No olvidemos que cuando hablamos de la OIT, hablamos de un organismo con una constitución tripartita: los Estados, los empleadores y los trabajadores; por ello se propone fortalecer el dialogo entre éstos, además de otros mecanismos que ayuden a afianzar las relaciones laborales, sin olvidar la negociación colectiva.

Por lo que antecede, podemos afirmar que las reformas que pueda plantear el Estado peruano sobre relaciones laborales -en razón de la recomendaciones dadas por dicho organismo internacional- deberán de contar con el seguimiento respectivo, a fin de que puedan ser verdaderamente eficaces y eficientes, y que factibilicen lo que tanto se anhela de cara al bicentenario como república independiente: un Estado democrático y de derecho en todos los aspectos.

## 7. Conclusiones

- a) **PRIMERA:** Del análisis realizado respecto de la formación del Estado peruano en base a su historia constitucional podemos concluir que, desde su independencia, ha pasado por varias etapas, entre las cuales podemos distinguir la “cuasi monárquica”, la popular representativa, el esbozo del Estado “autónomo-individualizado”, hasta llegar al estado neoliberal de nuestros días.
- b) **SEGUNDA:** A raíz de la pandemia del COVID 19, se vienen dando hechos que están afectando tanto a las empresas como a los trabajadores, a través de situaciones tales como disminución de horas de trabajo, informalidad laboral, etc., de acuerdo a información proporcionada por la OIT.
- c) **TERCERA:** Es por ello que la misma OIT ha brindado lineamientos para que tanto los Estados (entre ellos el peruano en esta etapa neoliberal) como las empresas y los trabajadores puedan mantener el diálogo tripartito y llegar a acuerdos que permitan la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, y con ello garantizar un Estado democrático y de derecho de cara al bicentenario como república independiente.



### **Bibliografía e Infomatigrafía:**

1. ALEMANY, Macario (2005) El concepto y la justificación del paternalismo. Tesis. Madrid
2. BASADRE, Jorge (2005): Historia de la República del Perú. 1822 - 1933, Octava Edición, corregida y aumentada. Tomo 1.
3. LOPEZ, Sinesio (2013). Teoría del Estado. PUCP Lima
4. CHIRINOS SOTO, Enrique (1985): Historia de la República / 1930 -1985. Tomo II. Desde Sánchez Cerro hasta Alan García. Lima, AFA Editores.

5. El COVID-19 y el mundo del trabajo. Tercera edición Estimaciones actualizadas y análisis (2020). En: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_743154.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf)
6. La COVID-19 y el mundo del trabajo. Respuestas políticas nacionales (2020). En: <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/country-responses/lang--es/index.htm>

# La Crisis Constitucional Republicana, qué no debe imitarse

✍ JORGE LUIS CÁCERES ARCE\*

**E**stamos por cumplir el bicentenario de la emancipación de nuestra Patria, lo ocurrido en este régimen y/o período presidencial por culminar el próximo 28 de julio, no encuentra precedente en el legajo de la historia republicana.

Se inició el 28 de julio del 2016, con la asunción al mando presidencial del Sr. Pedro Pablo Kuczynski Godard, conforme a lo contemplado en el numeral 116 de la Constitución Política.

301

## 1. Elementos Constitucionales - Constituyentes: 1821 - 1860

El sistema de Gobierno peruano se encuentra enmarcado producto del devenir histórico que se inició en la carta de 1823, debatida y aprobada por el Congreso Constituyente instalado el 20 de setiembre de 1822, en la ciudad de los reyes y liderado por el ilustre clérigo y tribuno arequipeño, Francisco Javier de Luna Pizarro y Pacheco.

El numeral 27 estableció que “El Gobierno del Perú es popular y representativo”<sup>1</sup> su Gobierno debió expresar la voluntad ciudadana que el Parlamento Unicameral estaba obligado a garantizar.

---

\* Doctor en Derecho. Ejerció el cargo de Decano en el Colegio de Abogados de Arequipa y de Consejero de la Academia de la Magistratura. Es Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Vicerrector Académico de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

1 La Constitución del Perú. Tribunal Constitucional-UCSM, Ed. Antares. Fondo Editorial UCSM, Arequipa-2018).

La forma del ejercicio de la administración era a través de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Los constituyentes del 22 recogieron con acierto la sólida aplicación del principio de separación de poderes, herramienta útil y eficaz para la salud de la naciente democracia del aún infante Estado peruano. En el artículo 29 de la citada carta se reservó: “Ninguno de los poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos.”<sup>2</sup>

Recordemos que el Congreso que se instaló fue Unicameral, (el Senado conservador no funcionó) asumió las principales funciones y responsabilidades políticas de la naciente República y entre ellas elegir al Presidente y Vicepresidente (numeral 60 inciso 24, entre individuos que le proponga el Senado).

El Parlamento eligió a José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete, en marzo de 1823 respaldado por el Ejército; empero “Los constituyentes lo acusaron de tener acuerdos con los realistas y planes con la monarquía española. El Parlamento lo destituyó, lo vacó en el cargo; por supuesta traición a la Nación. Riva Agüero, no aceptó la decisión del Legislativo y partió a Trujillo y dispuso la disolución del Congreso”<sup>3</sup>

302

Posterior a este acontecimiento el Congreso se reinstaló y nombró como Presidente de la República en noviembre de 1823 a José Bernardo de Torre Tagle.

La carta vitalicia de 1826, de efímera vivencia que se quedó en la historia y que no trascendió (rigió no más de 50 días), pretendió incorporar al constitucionalismo peruano una serie de instituciones no amoldables al sistema político como: la Tricameralidad, la Presidencia vitalicia (con un Ejecutivo interminable, con un personaje con derecho a nombrar a su sucesor y un Vicepresidente sometido políticamente al gobernante vitalicio).

---

2 Las Constituciones del Perú. Ob. cit., p. 201.

3 CÁCERES ARCE, Jorge Luis. En: La vacancia por incapacidad moral. Ed. Antares. Fondo Editorial UCSM. Arequipa-2018.



El modelo de Gobierno federal, estructurado con un Presidente vitalicio (dotado de inmunidad y que no respondía a nadie de sus actos gubernamentales y el Parlamento se encontraba impedido de juzgarlo) y un Vicepresidente (en quien recaía toda la responsabilidad política, en sí sería un Primer Ministro) y la propuesta contaba con 4 secretarios de Estado.

Planteó un cuarto poder, el electoral desarrollado en su título IV entre los numerales 20 al 23. Lo destacable del aporte constitucional radicó en que reservaron la necesidad de dictar una norma especial de elecciones (reglamento; hoy mentado como una disposición sistematizada, codificada, bajo la denominación: Código Electoral; que unifique, uniformice y organice según el ente rector los procesos electorales, en sus distintas instancias).

La forma de Gobierno quedó sellada en su capítulo I, donde hace referencia a que la soberanía emana del Pueblo; (ejercicio ciudadano que no se efectivizó, por la no aplicación de los extremos políticos de la ley de corte napoleónico y distante a las necesidades patrias, que generó el descontento ciudadano y creció el nacionalismo que condujo a la derogatoria de la carta bolivariana de pretensiones perpetuas, federales y románticas).

303

Reiteró la postura de un Gobierno popular y representativo, recogido del texto de 1823; que en sí, fue expresión lírica y distante a la voluntad de quienes pretendieron ejercer el poder político, bajo las reglas de esta norma constitucional consular de espíritu bonapartista.

La denominada “Madre de nuestras constituciones”, así la llamó el jurista talentoso Manuel Vicente Villarán y Godoy, a la Constitución de 1828, liberal y cuyo ideólogo fue Luna Pizarro inspirador a su vez de los textos supremos de 1823 y 1834.

El maestro José Pareja dijo de ella “Liberal por esencia, contenido y ambiente”<sup>4</sup>. Sin duda “Fue un texto para el Perú y del Perú, a modo ori-

---

4 PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979). Fondo Editorial PUCP. Lima-2005.

ginal la más importante del primer centenario de nuestra independencia, trascendente como las cartas castillistas de 1856 y 1860”<sup>5</sup>. Marcó las vigas rectoras del constitucionalismo peruano.

El texto del 28 fue moderado, conciliador, peruanista y diseñó la estructura del Estado y su forma de Gobierno: unitaria, democrática, descentralizadora, social y representativa que se ha venido consolidando en estas casi dos centurias de vida emancipadora.

La Constitución de 1828, se constituyó en el elemento histórico e ideológico que inspiraron y guiaron a los constituyentes que dictaron las leyes fundamentales que la precedieron; las cartas de: 1834 (su segunda edición), la de Huancayo de 1839, las normas supremas castillistas de 1856 y 1860 (esta última la de mayor vigencia; casi 60 años de vida política). La liberal de 1867 (que no entró en vigor y se restituyó los alcances jurídicos y políticos de la más veterana de las cartas, la otra semi-liberal de 1860) y la primera ley magna de inicios del bicentenario, la denomina Constitución “De la Patria Nueva”, de 1920, la que incorporó los conocidos derechos socializantes (recogidos de la ley de Querétaro de 1917), empero no los garantizó y qué recién la carta de 1979, ella no solo las enumeró, lo trascendente de ella los reconoció y los garantizó.

304

El maestro Villarán dijo de la carta emblemática del 28, en relación con las leyes que la precedieron “son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas en un libro original”<sup>6</sup>.

Luego se dictó la ley de 1834, que contó como ideólogo al tribuno Luna Pizarro; de ella otro connotado jurista Toribio Pacheco escribió “La Constitución sancionada el 10 de junio de 1834, es casi la misma que la del año 28, con algunas modificaciones. Los artículos reformados no pasan de dos...”<sup>7</sup>.

---

5 CÁCERES JORGE, Luis Ob. cit., p. 109.

6 VILLARÁN y GODOY, Manuel Vicente. Lecciones de Derecho Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1998.

7 PACHECO Y RIVERO, Toribio. Cuestiones Constitucionales. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima. 2015.

En si fue la segunda edición del texto del 28, lo promulgó Luis José Orbegoso, encargado de la presidencia de la República, benemérito de la Patria otro caudillo militar. La Nación peruana adopta como Gobierno, la forma popular representativa consolidada en la unidad; apartan la propuesta federativa desarrollada por Sánchez Carrión y se va cimentando, la forma unitaria que hoy prevalece y que contó como mentor al clérigo arequipeño Luna Pizarro.

Ratifica la norma del 34, la valoración estadual al ecuánime y sensato equilibrio del ejercicio de poderes, precisando en su numeral 9 “Ninguno de los tres poderes puede salir de los límites prescritos de esta Constitución”<sup>8</sup>.

Nuestra historia republicana registra el frágil episodio de la confederación: “Peruana-bolivariana”; el proyecto de construir un Estado nor-peruano, cuyo inspirador fue el Mariscal Don Andrés de Santa Cruz, generó espacios de intranquilidad política cuando en agosto de 1839 eligieron al General Agustín Gamarra, como Presidente provisorio y Ramón Castilla ocupa la cartera de Guerra; ante los constantes enfrentamientos militares de los generales, Francisco Vidal en contra de Santa Cruz y Domingo Nieto, que se adhiere a la postura del primero por respaldar la paz con Chile (impulsada por Santa Cruz; es necesario recordar que el Congreso chileno declaró la Guerra a la confederación y convenció al tirano argentino, Juan Manuel Rosas a respaldar tan infame hazaña militar).

305

En estos instantes de los anales históricos de la naciente Patria, es que se registra como lo relata con acierto el maestro Jorge Basadre; siete personajes se disputan la jefatura del Gobierno peruano. Los actores políticos en escena fueron: el Mariscal Santa Cruz, el proclamado Presidente provisional por el Parlamento General Gamarra, el otro General Luis José Orbegoso, quién se encontraba al mando del Estado nor-peruano, el Mariscal José de la Riva Agüero (destituído en 1823 por el Congreso como Jefe de Estado), Don Pío Tristán responsable de la jefatura del Estado

---

8 Las Constituciones del Perú Ob. cit., p. 289.

Sur-peruano, el General Domingo Nieto, con despacho castrense en el sur chico y el oficial Francisco Vidal, con presencia militar en el norte (Huaraz).

Como bien lo apuntó Don Enrique Chirinos Soto “Ante la historia Santa Cruz es el personero del gran Perú. El que, en vano convocó al Perú y Bolivia a un destino común y superior”<sup>9</sup>.

El Perú como territorio es y será la audiencia de Lima y la de Cusco, menos después de 1879 (de la Guerra del Pacífico).

Se instala en Huancayo el 15 de agosto de 1839, el Congreso Constituyente que debate y aprueba la nueva Constitución, Lima aún estaba sitiada por tropas chilenas (aportas de repatriarse).

La carta de 1839 crea el Consejo de Estado, órgano recogido del sistema francés (Estatuto de Bayona) y que los españoles lo incorporaron con acierto en la Constitución de Cádiz de 1812. Se amplía el período presidencial por 6 años, excluye las vicepresidencias de la República (el Presidente del Consejo sucede al Jefe del Estado) ignora a los ayuntamientos y los reemplaza por las intendencias.

306

El General Agustín Gamarra, es declarado Presidente constitucional y ejerce el mando supremo de una Nación plural, representativa y consolidada en la fortaleza de la unidad y de la alternancia del ejercicio del poder estadual, que recae en la soberanía de los órganos autónomos.

Como todo militar (Gamarra) no cesa en sus afanes expansivos y se libra la batalla de Ingavi (territorio boliviano) donde el General Gamarra cae muerto y Ramón Castilla prisionero, el 18 de noviembre de 1841. El Perú de invasor se convierte en invadido, nuestro Ejército fue derrotado por las tropas del General Ballivian, que penetran en el sur del territorio peruano (Puno, Tacna, Moquegua, Arica y Tarapacá).

---

9 CHIRINOS SOTO, Enrique. Historia de la República. Tomo I. Editorial Panamericana. Bogotá Colombia 1991.

Ante el fallecimiento del General Agustín Gamarra, asumió la jefatura el Presidente del Consejo de Estado Manuel Menéndez, empero se produce el denominado proceso de la “Anarquía Militar”.

Se constituye una Junta de Gobierno integrada por: Manuel Menéndez, Juan Crisóstomo Torrico, Francisco Vidal y Justo Figuerola: 1841-1843.

El llamado período de la “Anarquía Militar”, es relatado con detalle y precisión objetiva por el constitucionalista Chirinos Soto; donde la disputa del poder político se alternó entre militares y civiles (noviembre de 1841 a julio de 1844) y que lo resumimos: “Menéndez por Torrico, Torrico por Vidal, Vidal por Vivanco, Vivanco por Castilla.”<sup>10</sup>

A esta sucesión de mando estadual de Gobierno entre 1841 a 1844, no podemos dejar de incluir a Don Justo Figuerola, quien ocupó la Primera Vicepresidencia del Consejo de Estado y que producto de la presión de la multitud entregó las insignias de mando a las huestes vivanquistas a través de los balcones de su domicilio (marzo de 1843) y a Don Domingo Elías, quien asumió las riendas del Estado el 30 de noviembre de 1843, a lo que la historia registra como la “Semana Magna”, como lo anotó el letrado Enrique Chirinos, frente al rechazo a las fuerzas vivanquistas.

307

No podemos olvidar los constantes enfrentamientos castrenses y políticos entre los ilustres militares: Manuel Ignacio Vivanco y Ramón Castilla que concluyó en la batalla de Carmen Alto, en julio de 1844 en Arequipa, con la derrota de las tropas vivanquistas. El General Vivanco, huyó a Mollendo; con este episodio se cerró una de las etapas más sangrientas de nuestra historia republicana.

En junio de 1852 se publicó el primer Código Civil Peruano (Gobierno de José Rufino Echenique), presidió la comisión redactora el Senador y luego Ministro de Justicia Don Andrés Martínez, arequipeño formado en las escuelas francesas que recogió las instituciones romanas y españolas incorporándolas en el texto codificado de corte napoleónico.

---

10 CHIRINOS, Enrique. Ob. cit., p. 142.

Se instaló el segundo Gobierno de Ramón Castilla, (1855-1862), período no tan lucido como el primer mandato (1845-1851), se instala la convención nacional de tendencia liberal, que aprueba al carta de 1856 que sustituye a la Constitución presidencialista de 1839; la nueva ley suprema desarrolla la libertad de culto, la subordinación del poder cástrese a la civilidad y la plena independencia de la Iglesia frente al Gobierno. Esta nueva norma es promulgada por Ramón Castilla.

La forma de Gobierno de la Constitución de 1856 está reservada a los numerales 41 y 42 que reiteró el modelo republicano democrático, representativo que encontró como aliado imprescindible a la unidad tanto de orden político y geográfico.

En relación a los niveles de control y de responsabilidad política los constituyentes del 56 desarrollaron la vieja figura española del “Juicio de Residencia”. Aquel funcionario que aspiraba a ocupar cargo público, conocía que al término de su mandato debía ser sometido al proceso constitucional de origen hispano y no asumiría otra función estadual, mientras no sea absuelto de la investigación preliminar.

308

Esta figura ibérica de textura moralizadora, fue apartada de nuestra normatividad constitucional ya que fue incómoda para aquellos caudillos que no toleraban controles políticos, ni legales.

Como lo hemos relatado la historia peruana registra en sus legajos, que en agosto de 1823 el Parlamento constituyente lo declaró “Reo de alta traición y sujeto al rigor de las leyes”<sup>11</sup>, a Don José de la Riva-Agüero y Sánchez Boquete, quién fue sometido ya en el destierro al “Juicio de Residencia”, supuestamente por negociar con las tropas reales, conspirar y poner en riesgo la unidad del Estado y la independencia Patria.

A Ramón Castilla se le pretendió residentar al término de su primer mandato (1851), por exceso en la administración de los caudales

---

11 VALLE-RIESTRA GONZÁLES OLAECHEA, Javier. La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado. Editorial H. Benites-Rivas. Lima 1987

públicos; el encargado de la acusación fue Don Francisco Javier Mariátegui entonces Fiscal de la Corte Suprema; el proceso no prosperó.

Otro ensayo se entabló en contra de José Rufino Echenique y sus ministros; quienes fueron acusados por el descalabro de la economía nacional. Echenique fue el primer interesado desde el exilio, para que se le someta al “Juicio de Residencia”, el proceso constitucional no se cristalizó (noviembre de 1855) por falta de pruebas y de acuerdos políticos en el Senado.

No se puede dejar de resaltar que bajo la vigencia de 1856, por primera vez se practicó en nuestra Patria el sufragio directo y universal. Esta norma suprema contó con destacadas virtudes doctrinarias como lo menciona el académico Raúl Chanamé, “Contra todo el idealismo de la Constitución la carta que propugnaba el cambio zumbido ante el conservadurismo, que le hizo frente desde el pulpito para luego zaherirla en la plaza pública.”<sup>12</sup>

La presión del clero, liderado por el Obispo arequipeño Bartolomé Herrera y respaldado por el Ejército condujeron a la caída de la carta del 56 y el Congreso que fue convocado para plantear reformas, se arrogó facultades constituyentes y terminó por derogar la Constitución de 1856 y aprueba la norma magna de 1860 de mayor vigencia (más de 59 años).

## **2. Evolución del Constitucionalismo Peruano: 1860-1930**

La carta del 60 fue producto de concesos, del diálogo entre conservadores y liberales, como lo resumió en una frase Don Jorge Guillermo Leguía “El abrazo del manquiwayo”.

En 1862 se produce la elección del primer Presidente de origen puneño, el General Miguel de San Román. Instala su período el 24 de octubre de 1862, los vicepresidentes que lo acompañaron fueron los generales Juan Antonio Pezet y Pedro Díez –Canseco.

---

12 CHANAMÉ ORBE, Raúl. Comentarios de la Constitución Política. Editorial Jurista Editores. Lima. 2020.

Hombre con cualidades y virtudes resaltantes como estrategia militar y político, prudente y tolerante. Lamentablemente enferma y fallece a los 5 meses de asumir el mando. El Primer Vicepresidente el oficial Pezet, se encontraba de viaje en Europa.

Asumió en marzo de 1863 el Segundo Vicepresidente, General Díez-Canseco (quien luego cumplió dichas tareas en dos oportunidades posteriores como Presidente interino, en el Gobierno de Mariano Ignacio Prado 1865-1868).

El General Díez-Canseco, como buen militar republicano entrega el mando al Primer Vicepresidente el General Pezet en agosto de 1863, quien concluye el período en 1865.

Si hablamos de revoluciones, Arequipa ha sido recinto inigualable de ellas quien las relata con detalle cronológico y con certeza histórica, fue uno de los más preclaros intelectuales liberales, el talentoso Juan Gualberto Valdivia, el famoso “Deán Valdivia”.

La tendencia revolucionaria va calando en los rincones patrios del norte y del sur. En el norte el entonces Coronel José Balta la lidera y en el sur su colega Mariano Ignacio Prado. La inevitable rivalidad entre los coroneles mencionados y la participación en el desencuentro del Vicepresidente Díez-Canseco; le dio un aire de “Aureola constitucional” al conflicto civil, como bien lo registra don Enrique Chirinos.

Producida la Revolución, y por ende generada la intranquilidad gubernamental asume provisionalmente la jefatura, el General arequipeño Pedro Díez-Canseco por escasos días.

Manuel Ignacio Prado, conduce en su condición de dictador legal el país a partir de noviembre de 1865, luego se instala uno de los más notables gabinetes, el llamado “Gabinete de los talentos”, (en alusión al recordado Gabinete inglés). Este cuerpo de ilustres personajes participó con suma destreza al enfrentar a las tropas españolas en el combate del 2 de mayo de 1866, donde el Ministro de Guerra José Gálvez, fue el notable conductor militar que lideró a nuestros bravos marinos al triunfo definitivo que selló nuestra independencia. Acompañaron a Gálvez; los



arequipeños: Toribio Pacheco, José Simeón Tejeda y José María Quimper y a ellos Manuel Pardo.

Se convoca a otro Congreso Constituyente en febrero de 1867 de tendencia liberal, este texto sin duda es la segunda edición de la carta de 1856.

Rigió entre agosto de 1867 al 6 enero de 1868 (día del aniversario de la Provincia de Islay- Mollendo, en conmemoración al 6 de enero de 1871, en que se inauguró el ferrocarril que unió las ciudades de Arequipa y Mollendo, durante el Gobierno de José Balta).

La forma de Gobierno está reservada a la tendencia republicana, democrática, fundada en la unidad, como fortaleza de la integridad y la solidez del Estado peruano.(Carta de 1867)

El ejercicio de las funciones públicas se encontraba reservado a los titulares de los órganos constitucionales; esta carta del 67 pretendió consagrar un régimen más acentuadamente parlamentario que presidencial, que la Constitución de 1856.

311

Fue un texto más radical que la del 56, en el contexto religioso. (Intolerancia religiosa) y profesó la libertad de enseñanza de credo. La vida humana volvía a ser inviolable.

El Gobierno de José Balta se apertura el 2 de agosto de 1868, su gestión contó con tres variables destacables: déficit fiscal, construcción de ferrocarriles y la crisis política (el levantamiento de los hermanos, los coroneles Gutiérrez) como lo anota con precisión don Enrique Chirinos.

Los militares oriundos de la zona de Majes, Marceliano, Tomás, Silvestre y Marcelino Gutiérrez protagonizaron “el cuartelazo de los Gutiérrez”, quienes pretendieron impedir que Don Manuel Pardo y Lavalle, el primer Presidente civil asumiera funciones en 1872 (fundador del primer partido político el civil, denominación contraria al imperante militarismo de la época).

Los hechos son relatados con certeza por el célebre historiador Jorge Basadre, Tomás Gutiérrez se desempeñaba como Ministro de Guerra del

Presidente José Balta, los otros hermanos también oficiales del Ejército ocupaban cargos estratégicos en regimientos de Lima y de Arequipa “el 22 de julio en la Plaza de Armas de Lima, Marceliano Gutiérrez proclama Jefe Supremo de la República a Tomás. El cuartelazo carece de pretexto. Por lo tanto carece de bandera”.<sup>13</sup>

Los oficiales y hermanos Gutiérrez pretendieron tomar el poder político por la fuerza y arrestan al Presidente Balta y lo conducen al Cuartel de San Francisco, donde es asesinado salvajemente en su lecho (la noche del 26 julio de 1872 por orden de Marceliano, custodio del mandatario).

La población civil no tolera ni admite el levantamiento militar de los Gutiérrez y los aprende, la turba los enfrenta por el horror de los crímenes cometidos y la muerte sin piedad del mandatario Balta.

La ciudadanía actuó con alta responsabilidad cívica e hizo respetar la voluntad democrática de la elección de Don Manuel Pardo. Ejercieron con valentía sus libertades políticas y no cedieron a la presión mediática del poder militar.

312

Los hermanos Gutiérrez terminaron acribillados por la población civil, que los ejecutó y sus cadáveres fueron colgados en las torres de la Catedral de Lima (Los cuerpos de Tomás y Silvestre) y el cadáver de Marceliano apareció en el Callao. El único que no es asesinado es Marcelino, quien es resguardado por sus colegas militares; la colectividad civil garantizó su derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.

El Presidente electo Pardo y Lavalle, recibe la banda presidencial de Presidente del Senado Don José Simeón Tejeda (2 de agosto del 1872), a la muerte del Presidente José Balta asumió provisionalmente la jefatura del Estado, el Primer Vicepresidente Don Mariano Herencia, con el pleno respaldo político del otro Vicepresidente el General Francisco Díez- Canseco (hechos sucedidos entre el 26 de julio al 2 de agosto de 1872).

---

13 CHIRINOS ENRIQUE. Ob. cit., p. 231.

El Congreso chileno declara la Guerra al Perú el 2 de abril de 1879; el 18 de diciembre los diarios limeños anuncian la deserción nada elegante del entonces mandatario Mariano Ignacio Prado, informan que el General Luis de la Puerta está a cargo de Palacio.

El decano de la prensa nacional publica “El viaje del General Prado, no significa otra cosa que una vergonzosa deserción. Si no ha perdido el juicio, Prado es un monstruo de perfidia, de egoísmo y de degradación”<sup>14</sup>

Para otros ilustres y acuciosos investigadores de nuestro pasado, como Don Enrique Chirinos, el señor Prado contó con la autorización del Senado para viajar a Paris y el Gabinete respaldó esa decisión a excepción del Ministro mistiano José María Quimper; el Jefe del Estado no llevó joyas ni alhajas al extranjero; como sí lo afirma categóricamente otro evaluador de nuestros archivos políticos, Don Víctor Andrés García en el libro “El Expediente Prado”, quien a través de una investigación documentada y debidamente sustentada, considera que Prado se enriqueció ilícitamente y huyó de sus responsabilidades constitucionales conferidas por la Nación.

313

El veterano General La Puerta, se encarga de la presidencia; empero la protesta popular es incontenible y lo aparta del poder.

El califa arequipeño se abre paso ante la ausencia de Prado y el 23 de diciembre asume con el título de Jefe Supremo de la República, Don Nicolás de Piérola Villena.

La Guerra con Chile, nos destrozó no solo militarmente sino políticamente y sin duda en el orden económico, social y moral; duró de 1879 a 1884.

Piérola gobierna hasta 1881, Lima es tomada por tropas chilenas y tiene que marchar a Canta, los vecinos capitalinos reunidos eligen como Presidente al jurista arequipeño Francisco García- Calderón, quien asume

---

14 SANTILLANA CANTELA, Tomás. Historia de una Traición Impune. Mid SAC. Lima. 2011.

con hidalguía la defensa y dignidad de la Patria y su territorio y se rehúsa a firmar el tratado de paz con Chile, a cambio de ceder las ciudades de: Tacna, Tarapacá, Arica y otras.

Entre tanto Piérola ejerce cierta autoridad al interior del país, la cual adquiere respaldo por parte del Almirante Don Lizardo Montero en el Norte, de Don Alejandro del Solar en el sur y en el centro del entonces Coronel Andrés Avelino Cáceres.

En el período penoso y fatídico de la Guerra del Pacífico, se alternaron en la jefatura del Estado una serie de personajes de formación castrense y civil entre quienes encontramos a: Prado, La Puerta, Piérola, García-Calderón, Montero, Cáceres e Iglesias.

Para los chilenos les era incomodo la presencia de García-Calderón, debido a que no firmaría el acuerdo de paz con cesión de territorio y aún más el jurista venía recibiendo el respaldo de aquellas zonas no ocupadas por el Ejército sureño. Producto de la presión política interna (seguidores de Piérola) y de los invasores; el Presidente provisional García-Calderón, fue apresado y desaterrado en noviembre de 1881 junto a su Ministro Manuel Gálvez.

314

El ascendido Coronel Andrés Avelino Cáceres (luego a Mariscal), producto de la campaña de la Breña y de las batallas de: Tarapacá, del Alto de la Alianza, San Juan de Miraflores y Pisagua con las tropas chilenas; se convirtió sin duda en el protagonista político de la época y asume la presidencia de la República en agosto de 1882.

El General Miguel Iglesias quien se enfrentó al “Brujo de los Andes”; empero condujeron batallas efectivas (Cáceres e Iglesias) para mermar el poderío bélico chileno, fue un militar embestido de patriotismo e identidad cívica que cauteló con valor el “Morro Solar”.

No cabe duda que las contiendas internas entre Cáceres e Iglesias, en plena Guerra con Chile (noviembre de 1884) nos afectaron significativamente y desestabilizaron aún más a la precaria gobernabilidad. Empero ambos oficiales aportaron con sus hombres, sus tropas, sus fusiles y sus destrezas para derrotar en su momento al regimiento invasor.

Los primeros partidos políticos que surgieron durante y después de la cruel Guerra con el país sureño, encontramos al civil, cuyo ideólogo y líder fundador fue Manuel Pardo y Lavalle, que llegó a Palacio en agosto de 1872 y cuyos ideales reposaron en el respeto de la ley, la búsqueda del orden, la paz social, el progreso y la estabilidad económica; esta colectividad política no toleró el desorden militar y la anarquía política; introducida por los caudillos castrenses, su ideario fue relanzar la “Utopía republicana”, como lo anota Doña Carmen Mc Evoy, soñaron con la construcción de una colectividad nacional de patriotas con ideales inspirados en la Nación, en el Estado y no en las personas.

En 1888, Don Nicolás de Piérola Villena nacido en Camaná, redacta la declaración de principios del segundo partido político peruano “El Demócrata”.

La colectividad política lo comienza a llamar “El Califica”, en alusión a su mágico personaje, de perfil de costumbres orientales y religiosas y con dones proféticos y con el manejo versátil del lenguaje criollo.

315

Posterior a los movimientos mencionados; se constituyen el partido constitucional cuyo mentor fue el Mariscal Andrés Avelino Cáceres y el partido liberal inspirado y liderado por Augusto Durand (este partido no llegó al Palacio de Pizarro).

Los montoneros se organizaron y promueven la coalición nacional que converge a los adversarios de ayer (civilistas y demócratas) y arriban a un pacto relevante y aplaudible; se reconcilian y acuerdan respaldar la candidatura de Piérola; caudillo natural e innegable, que se enfrenta a la candidatura del Mariscal Cáceres, a quien lo derrota en las ánforas.

Antes de este episodio electoral en abril de 1890, fallece el Presidente Remigio Morales Bermúdez, debió ser remplazado por su Primer Vicepresidente Don Alejandro del Solar, empero los seguidores del cacerismo se encargaron que el Segundo Vicepresidente Justiniano Borgoño, asuma las riendas presidenciales e impidieron que el señor del Solar, conduzca la jefatura del Gobierno.

El Presidente de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX fue el ciudadano Eduardo López de Romaña (1899-1903) de las filas demócratas, que recibió el respaldo político de los civiles; hubieron otros dos precandidatos, los diligentes líderes Don Guillermo Billinghurst (ex-Alcalde de Lima) y Manuel Pablo Olaechea (quien fue Presidente del Senado).

Un episodio que registro nuestro legajo político aparece en 1904, cuando el connotado civilista Manuel Cándamo; Presidente en ejercicio fallece. El Primer Vicepresidente Lino Alarco muere antes, permanece en funciones el otro Vicepresidente el profesor cusqueño Serapio Calderón, quien conforme al mandato constitucional de la carta del 1860, convoca a elecciones y estas fueron logradas por el hijo del fundador del partido civil, Don José Pardo y Barreda (1904-1908).

Era febrero de 1914 Don Guillermo Billinghurst Angulo, es vacado del cargo de la presidencia de la República por pretender disolver el Parlamento y gobernar a través de plebiscitos.

316

Diputados y Senadores redactaron el famoso manifiesto que se constituyó en una herramienta eficaz que se adelantó a las intenciones nada democráticas, sanas, saludables y transparentes de Billinghurst, de quebrar el orden constitucional y por ello el Congreso lo vacó por incapacidad moral. Lo destituyó el Parlamento que lo ungió en 1912, con el respaldo del partido demócrata y el movimiento liberal.

“Queda vacado a la presidencia de la República porque Don Guillermo Billinghurst, está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912, del cual cesa en este momento”<sup>15</sup>

El Congreso acordó encargar la jefatura del Estado a una Junta de representantes liderada por el Diputado liberal Augusto Durand, posterior a esta decisión el Ejército aliado a un sector del Parlamento embistió como Presidente provisional al entonces Coronel Oscar R. Benavides,

---

15 PLANAS SILVA, Pedro. Democracia y Tradición Constitucional en el Perú. Editorial San Marcos. Lima. 1998.

que gobernó con un equipo de ciudadanos con pericia política como: José Matías Manzanilla, Arturo Osores, Benjamín Boza y otros.

En 1919 se convocaron a elecciones presidenciales y es elegido por segunda vez como Presidente el ciudadano chiclayano Augusto Bernardino Leguía y Salcedo, que derrotó al candidato civilista Antero Aspíllaga.

“Leguía electo para un período de cuatro años (artículo 85 de la Constitución de 1860) se adelantó al acto de juramentación y con el respaldo de un sector del Ejército insurgió en Palacio de Gobierno el 4 de julio de 1919 y expulsó al Presidente en funciones Don José Pardo. Se produjo un golpe de Estado del Presidente electo al Presidente constitucional en funciones. Con este acto se expidió la partida de defunción de la República aristocrática (1895-1919) así denominada por Jorge Basadre<sup>16</sup>.

Instalado en Palacio el señor Leguía, 24 días antes de la fecha programada y establecida para la transmisión del mando presidencial (28 de julio). Anunció la convocatoria de un Plebiscito para aprobar una nueva Constitución, debatida por la asamblea constituyente, donde participaron con acierto Javier Prado Ugarteche (luego Rector de la Universidad de San Marcos), Mariano Hilario Cornejo, Enrique Basadre, Alfonso Delgado Vivanco, Pedro José Rada y Gamio entre otros.

317

Leguía perpetuó el golpe de orden civil, no solo para asegurar su elección; sino para sacudirse de los Diputados civilistas que le generaron impases políticos en su primer mandato (1908-1912) y sin duda tener lejos del poder y de Lima al líder del civilismo José Pardo (dos veces Presidente de la Nación. 1904-1908 y 1915-1919).

El régimen que duró 11 años y que se denominó “Patria Nueva” (nombre del movimiento político con el que triunfó Leguía para este segundo periodo; ya que en su primer Gobierno fue respaldado por el partido civil); efectuó una serie de actos contrarios al orden constitucional que obligó a Víctor Andrés Belaunde a renunciar a la Embajada en

---

16 CÁCERES, Jorge Luis. Ob. cit., p. 128.

Montevideo y a Riva Agüero a publicar un solitario manifiesto que exigía el sumo e indiscutible respeto al sistema constitucional que fue quebrado por el señor Leguía el 4 de julio de 1919. Asume funciones de Presidente provisional y convoca a elecciones parlamentarias, interviene la Corte Suprema y otros órganos autónomos.

Los 19 planteamientos de reforma que fueron sometidos a opinión de la ciudadanía se aprobaron (25 de agosto) destacando los denominados derechos sociales y laborales recogidos del constitucionalismo mexicano, la ampliación del período presidencial a cinco años, el voto femenino en las elecciones municipales (que no efectivizó) y el retorno a la institución del Consejo de Estado.

La carta de 1920, fue aprobada por la colectividad vía plebiscito y fue promulgada en enero de 1920; la silueta del texto encerró caracteres de orden: liberal, futurista y garantista. Los derechos fundamentales solo estuvieron enumerados, empero no reconocidos ni menos garantizados.

318

Los alcances de este texto lamentablemente no llegaron a concretarse por el excesivo personalismo del señor Leguía, la imperante corrupción y la mediocridad política que imperó en el llamado oncenio de los desaciertos; que se dedicó a perseguir a jóvenes universitarios entre ellos a Haya de la Torre.

El señor Leguía terminó gobernando hasta agosto de 1930, gracias a dos reformas constitucionales que le permitieron reelegirse (Ley N°4687 de 1923 y Ley N°5857 de 1927).

Era inevitable la caída del régimen del oncenio. La guarnición de Arequipa se levanta el 22 de agosto de 1930, a órdenes del entonces Comandante Luis Miguel Sánchez Cerro; la población civil y el estudiantado universitario respalda al movimiento cívico.

Se redacta un elocuente y sesudo “Manifiesto de Arequipa”, cuya mentoría correspondió al entonces diligente José Luis Bustamante y Rivero que en resumen expresó la voluntad espontánea, motivada y genuina de un Pueblo que ya no toleraba más actos de corrupción y de abusos del tirano ocupante de la casa de Pizarro.



Leguía pretende poner paños fríos al levantamiento militar y a las protestas civiles y organiza un nuevo Gabinete liderado por el General Fernando Sarmiento y Soriano, la decisión no recibe el respaldo de los altos mandos militares y se constituye una nueva Junta Militar liderada por otro General Don Manuel María Ponce, esta Junta invita a Sánchez Cerro a incorporarse, este rechaza la propuesta y desconoce la Junta.

Augusto Leguía el 25 de agosto acepta su derrota política y declina al mando, ante la Junta que preside el oficial Ponce.

Ante la dimisión, la presión militar y el pleno rechazo social sale de Palacio de Pizarro, acompañado de sus hijos Juan y Augusto, sus edecanes, el jefe de la casa militar y el chofer asignado. Se embarca en el crucero “Almirante Grau”, el capitán del mismo recibe órdenes de retornar al puerto del Callao. Leguía desembarca y lo conducen a la penitenciaría de Lima, donde es recluido y fallece el 7 de febrero de 1931 en compañía de su hijo Juan; luego que fue sometido a un riguroso proceso inquisitorio ante un tribunal político, integrado por sus adversarios y dirigido por Sánchez Cerro. Debió ser juzgado por los actos lesivos y corruptos cometido durante su largo mandato de dos reelecciones; empero respetándose el debido proceso y sus sagrados derechos constitucionales.

### **3. Crisis Política y Constitucional: 1930-1980**

Luego de la caída de Leguía la sucesión presidencial es caótica y de anarquía.

Don Enrique Chirinos, nos alcanza el detalle cronológico del caso: después de la dimisión de Leguía, asume transitoriamente el General Manuel María Ponce (25 de agosto de 1831). El comandante Sánchez Cerro sucede al General Ponce el 27 de agosto.

El 20 de marzo de 1931, Sánchez Cerro debe renunciar ante la presión militar de la guarnición de Arequipa. Se convoca a una asamblea de notables. El comandante en Palacio entrega simbólicamente las insignias del mando (así lo comenta Don Jorge Basadre) al Obispo de Arequipa y recientemente designado administrador apostólico de la Arquidiócesis de Lima Monseñor Mariano Holguín (quien reemplazó al Obispo Emilio

Lissón, que fue retirado del cargo por presión del Gobierno provisional en setiembre de 1930).

El Obispo Holguín, hace entrega después de horas las insignias de mando al Doctor Ricardo Leoncio Elías, Presidente de la Corte Suprema, por disposición de la Asamblea.

El 5 de marzo de 1931 el Comandante Gustavo Jiménez (enemigo declarado del Leguismo), se presenta en la casa de Pizarro y le exige la renuncia al magistrado Elías; el letrado hace entrega formal del poder político al militar.

El oficial Jiménez queda encargado de las funciones del Ejecutivo hasta el 11 de marzo de 1931. El indicado día asume el ex pierolista David Samanez Ocampo, las riendas del Gobierno nacional y lo incorpora como Ministro de Guerra a Gustavo Jiménez.

La Junta liderada por el apurimeño Samanez, convoca a una comisión integrada por los colosos del derecho para redactar el ante proyecto de la carta de 1931, presidida por Manuel Vicente Villarán y con él Víctor Andrés Belaunde, Emilio Romero, José León Barandiarán, Jorge Basadre, Toribio Alayza, Ricardo Palma y otros connotados juristas.

En octubre de 1931, se convoca a elecciones presidenciales y es elegido el candidato Luis Miguel Sánchez Cerro de 42 años, del partido “Unión Revolucionaria -UR”, cuyo ideólogo era el abogado Luis Flores (luego candidato a la presidencia en 1936 y Ministro y Senador). El Comandante gana en la contienda al joven líder trujillano Víctor Raúl Haya de la Torre de 36 años del partido aprista.

Se presentaron 4 candidatos a la primera magistratura de la Nación: Luis Sánchez Cerro (UR) Haya de la Torre (Apra), José María de la Jara (Partido Descendralista) y Arturo Osoreo (Partido Constitucionalista-Cacerista). La diferencia de voto entre ganador y el segundo lugar fue de 46, 000 votos (según información del ente electoral).

El Presidente del Parlamento Luis Antonio Eguiguren Escobedo, le impuso la banda presidencial al General Sánchez Cerro recientemente ascendido (los 22 representantes aprista no concurrieron a la juramentación

entre ellos: Luis Alberto Sánchez, Carlos Manuel Cox, Antenor Orrego, Alcides Spelucín y otros).

El Gobierno de Sánchez Cerro comete una serie de excesos, ante ello se presentan protestas sindicales y estudiantiles que son reprimidas con dureza por las fuerzas del orden. Los Diputados opositores fueron apresados (entre ellos Pedro Muñiz). Se dictó la ley de emergencia, que restringía libertades y una serie de garantías constitucionales.

Se produjo la imperdonable Revolución de Trujillo en julio de 1932, con el derramamiento de sangre injustificada con víctimas tanto de la población civil y de las fuerzas policiales y militares, lo que pudo generar una Guerra Civil en el país.

El 30 de abril de 1933, es asesinado el Presidente Luis Sánchez Cerro, por el joven Abelardo Mendoza Leyva, ante la muerte del Presidente, le corresponde al Congreso elegir al sucesor (artículo 123 de la carta del 33).

321

El Parlamento decidió elegir inconstitucionalmente al General Oscar R. Benavides, quien ocupada el cargo del Jefe del Ejército. La Constitución establecía que ningún oficial en servicio activo podía ocupar un cargo político.

El numeral 137 de la carta mencionada normó “Son inelegibles Presidentes de la República... los miembros de la Fuerzas Armadas que se hallen en servicio.”<sup>17</sup>

El General Benavides gobernó entre abril de 1933 a julio de 1939; debió completar el período del fallecido mandatario Sánchez Cerro (1931-1936), empero desconoció los resultados electorales de 1936 que dieron como triunfador al abogado Luis Antonio Eguiguren (con el respaldo del órgano electoral) y prologó en forma ilegal su período presidencial hasta 1939, siendo sucedido por Manuel Prado Ugarteche (hijo de Mariano Ignacio Prado). El Mariscal Benavides, gobernó con poderes

---

17 Las Constituciones del Perú, p. 521.

absolutos, el Parlamento claudicó en su rol controlador y avaló el cierre del Congreso y se restringieron las libertades constitucionales; es decir fue una dictadura legal.

La forma de Gobierno preceptuada en la norma constitucional del 33, era recogida de la carta del 20, al hacer referencia que somos una República; es decir un Estado con pasado, con historia, con identidad, con personalidad, con dignidad y con profundos valores culturales y éticos.

Se reconoce a la democracia como herramienta fundante de las decisiones concebidas con tolerancia y en el pleno ejercicio de libertades y voluntades plurales; e incluye como indicador a la representatividad que expresa legitimidad y proporcionalidad frente a: mayorías de minorías, a minorías de mayorías, a mayorías de mayorías y a minorías de minorías. (Composición de grupos parlamentarios o de bancadas).

No podía estar ausente un tercer indicador que se encuentra inserto en el devenir del legajo de nuestra República, la unidad como instrumento de alianza, de unión de fusión territorial y de integración política, social, económica y cultural de la Nación mestiza.

Bajo la vigencia de la carta de 1933, los periodos presidenciales que no fueron interrumpidos por golpes militares son: el primer Gobierno de Manuel Prado (1939-1945) y el “seudo” régimen de Manuel Odría (1950-1956), digo “seudo”, ya que el señor Odría fue candidato único; el otro postulante presidencial Ernesto Montagne, fue apartado de la contienda electoral y se dispuso su arresto por el levantamiento popular de Arequipa liderado por el tribuno y último caudillo legítimo Francisco Mostajo Miranda; el General Montagne no estuvo involucrado en la llamada Revolución de junio del 50, iniciada por estudiantes del Colegio de la Independencia Americana, en contra de los abusos de su Director Don Juan Zela Koor y del Prefecto el Coronel Daniel Meza Cuadra.

Otro episodio nefasto que enfrentó el General Odría, fue el asilo político de Haya de la Torre (quien permaneció por más de 4 años en la residencia del Embajador de Colombia en Lima) perseguido por la dictadura, por sus ideas políticas.

Se constituye el Frente Democrático Nacional (1944), respaldado por el partido aprista, por sectores conservadores, por el Mariscal Benavides, por líderes arequipeños de la talla del Alcalde mistiano Julio Ernesto Portugal y del ex constituyente Manuel J. Bustamante; quienes respaldan la candidatura del jurista José Luis Bustamante y Rivero, quien cumplió funciones de Embajador en Bolivia y de Ministro en el régimen de Sánchez Cerro.

Bustamante con el respaldo popular derrota en las ánforas al Mariscal Eloy Ureta (vencedor de la campaña del 41) quien contó con el beneplácito político del Presidente Manuel Prado.

El 28 de julio de 1945, jura el arequipeño Bustamante ante el Presidente del Senado José Gálvez y la Cámara de Diputados era ocupada por el líder aprista, Fernando León de Vivero.

Bustamante y Rivero, hombre de profundos valores cristianos, tribuno y jurista; no se adaptó a las circunstancias políticas, no hubo un eficaz diálogo entre el Presidente y la bancada aprista que era mayoría en el Parlamento, no existía el adecuado enlace con los sindicatos, ni con los universitarios, ni menos el contacto con los pueblos y las municipalidades de la Patria. Don Manuel Seoane dijo de él “Nosotros creíamos haber elegido al capitán del equipo. Bustamante creyó que habíamos elegido al árbitro del juego”.<sup>18</sup>

El General de Brigada Manuel Apolinario Odría Amoretti, se desempeñó como Ministro de Gobierno (hoy del Interior), en el régimen de José Luis Bustamante, renunció en junio de 1948 al Gabinete. De ahí inicio las conspiraciones para derrocar al Gobierno constitucional, para ello contó con el pleno respaldo del Ejército y de la coalición anti-aprista formada por el influyente empresario liberal y líder político Pedro Beltrán Espantoso (propietario del diario La Prensa) y del ex militante comunista y luego convertido en un socialista dudoso, Eudocio Ravines.

---

18 En PRIETO CELI, Federico. Así se hizo el Perú. Crónica Política de 1939 a 2018. Editorial Penguin Randon House. Lima-2019.

Para Pedro Beltrán hombre inteligente, audaz y con olfato político; el Presidente Bustamante era dubitativo, carecía de intuición política, no se conectó con el Parlamento y con las clases sociales y marginales.

La inflación era incontrolable, el desempleo, las protestas sindicales y estudiantiles, el descontento de los agroexportadores y de la clase media era imparable. Un Congreso opuesto a las decisiones del Ejecutivo; la escena política nacional no era homogénea ni estable; todo era propicio para otro golpe de Estado o quiebre a la democracia adolescente.

El 27 de octubre del 1948, el General Manuel Odría, lidera el quebrantamiento al sistema constitucional, la guarnición de Arequipa se levanta y recibe el respaldo cástrense de la brigada acantonada en Lima, bajo las órdenes del General Zenón Noriega.

El Presidente Bustamante no renuncia, es embarcado rumbo a Buenos Aires, concluye la primavera democrática, el Perú retorna a su habitualidad es decir a su normalidad, a su época de dictadura, como algún día lo mencionó con suma nostalgia el poeta Martín Adán.

324

El dictador gobernó atropellando derechos y libertades persiguiendo a peruanos por sus ideas, a unos privándolos de sus libertades por su manera distinta de pensar a él, a otros deportándolos e inclusive atentando contra su integridad física como fue el caso del asesinato del líder sindical Luis Negreiros Vega.

El período presidencial según la carta del 33, era de seis años, se convocó a elecciones en 1962, para suceder en el mandato a Manuel Prado (segundo Gobierno 1956-1962).

Para este proceso electoral del 10 de junio de 1962 se presentaron personas de la política peruana con arraigo ideológico y social y con cualidades innatas de líderes dotados de idoneidad como; Haya de la Torre, Fernando Belaunde, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Ruíz Eldredge y Luciano Castillo y a ellos se sumaron Manuel Odría y el General César Pando.

Desde la perspectiva del arrastre popular eran tres los personajes con mayores opciones: Haya de la Torre, Belaunde Terry y Odría Amoretti.

Se produce el resultado de la voluntad ciudadana y el ganador es Haya de la Torre, seguido de cerca por el Arquitecto Belaunde Terry de Acción Popular.

Haya de la Torre no obtuvo la mayoría absoluta, requería de la votación del Congreso y para ello las fuerzas parlamentarias debían trazar alianzas (tercio constitucional del total de votos no alcanzados para que el Jurado Nacional de Elecciones proclame al ganador).

El país terminó dividió en tres tercios; el tradicional tercio aprista, el tercio populista y el tercio conservador. La diferencia fue de 14,357 votos entre Haya de la Torre y Belaunde. (Fuente; Jurado Nacional de Elecciones).

El resultado estaba tachado por la cúpula de las Fuerzas Armadas, no aceptarían como Presidente del país a Haya de la Torre (no se olvidaban de la profunda herida marcada el 7 de julio de 1932, con la Revolución de Trujillo, generada a la institución cástrense).

Exigían al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Dr. José Enrique Bustamante; que este órgano constitucional decrete la anulación del proceso electoral por una manifiesta voluntad de fraude, a lo que luego acceden producto de la presión mediática.

Antes de ello el Jefe de Estado Manuel Prado, cita a Palacio al candidato Haya de la Torre y le trasmite el recado abusivo, arbitrario e intolerante del Ejército y de los ministros de las Fuerzas Armadas; que no permitirían que se embista de la banda presidencial (ello sucedió el 2 de julio de 1962).

El 4 de julio el líder trujillano pronunció uno de sus más calificados mensajes al pueblo “Del Veto”, con ese discurso aceptó un veredicto irracional; empero lo admitió por la gobernabilidad; el hombre demostró su estatura intelectual con ética y de un político con plenas cualidades morales.

El 18 de julio, el “Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas”, decide derrocar al régimen constitucional de Manuel Prado (con la anuencia sumisa de los candidatos: Belaunde, Castillo y Pando).

Asumen el destino del país una Junta Militar integrada por los generales Ricardo Pérez Godoy y Nicolás Lindley López, quienes gobiernan entre el 18 de julio del 62 al 28 de julio del 63, en que entregan las riendas del poder al líder de Acción Popular, Fernando Belaunde.

El primer período de Fernando Belaunde comienza con inconvenientes de cálculo político, no contaba con mayoría en las ramas legislativas, ambas cámaras eran controladas por el Apra y por la Unión Nacional Odriista.

En forma constante los gabinetes recibieron el rechazo a las políticas sectoriales formuladas y contaron con los conocidos votos de censura y en otros casos los ministros fueron interpelados.

Los gabinetes presididos por Oscar Trelles, Fernando Schwalb, Edgardo Seoane (Primer Vicepresidente) Daniel Becerra, Raúl Ferrero, Oswaldo Herculles (quien dimite por el escándalo de la famosa página 11) y Manuel Mujica Gallo, quien jura el 2 de octubre de 1968 (último Gabinete) fueron censurados constantemente.

Denuncias vinculadas a la sobrevaloración de obras, contrabando de mercancías para los bazares militares, donde se comprometía la participación de altos oficiales de la Marina de Guerra, el escándalo de la firma del contrato de la “Brea y Pariñas”, el denominado grupo de asesores y amigos “Los Carlistas” (Carlos: Ferrero, Velarde y Muñoz). Que eran reconocidos empresarios que perseguían sus intereses particulares y no de servir al Estado (véase: Historia de la Corrupción en el Perú. De Alfonso W. Quiroz. Instituto de Estudios Peruanos. Segunda Edición. Lima 2016).

El Gobierno del Arquitecto Belaunde rigió 60 meses, concluyó abruptamente la madrugada del 3 de octubre del 68, cuando un grupo de oficiales del Ejército al mando de los Coroneles Enrique Gallegos (luego Ministro de Agricultura) y Rafael Hoyos Rubio (luego Comandante General del Ejército) irrumpieron en Palacio. La sede del Ejecutivo se encontraba cercada por oficiales “rangers”, efectivos de la PIP, de la Guardia Civil y tanques.



El Jefe de Estado, es arrestado. “Está usted detenido por orden del comando revolucionario”<sup>19</sup>. El Presidente Belaunde...”Identifíquese miserable, está usted hablando con el Presidente Constitucional de la República”<sup>20</sup>...”Soy el Coronel Enrique Gallegos...tengo orden de detenerlo”.<sup>21</sup>

El Presidente Belaunde es conducido al aeropuerto y deportado a Buenos Aires, en un avión APSA, en el espigón del terminal aéreo se encontraba Don Rafael Belaunde, padre del Arquitecto y otrora ex Primer Ministro del régimen de Bustamante y Rivero; quien, en octubre del 1948, fue expulsado a la capital argentina por el golpista Odría.

El entonces Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, General Juan Velasco Alvarado (quien participó en la noche del 2 de octubre de 1968, en el acto de juramentación del último Gabinete presidido por Mujica Gallo), es el líder la Junta Revolucionaria e impulsor del Plan Inca y de su Estatuto.

El General piurano comanda en su primera etapa el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (3 de octubre de 1968 al 28 de agosto de 1975), la segunda etapa la lideró el General Francisco Morales Bermúdez Cerruti (29 de agosto de 1975 al 28 de julio de 1980) y aplicó el Plan Túpac Amaru; que reemplazó al Plan Inca y que sepultó a SINAMOS y liquidó a la poderosa Confederación Nacional Agraria y a otras instancias velasquistas.

Producto de los reclamos sindicales del sector magisterial, de los empleados bancarios, de los jóvenes universitarios y de una huelga policial sin precedentes, el Gobierno militar emite el decreto de convocatoria de elecciones para la Asamblea Constituyente (Ley N° 21994 del 15 de noviembre de 1977) y se establecen seis reglas para el indicado proceso, donde son elegidos 100 constituyentes e intervinieron 12 agrupaciones políticas.

---

19 BAELLA TUESTA, Alfonso. *El Poder Invisible*. Editorial Andina. Lima. 1976.

20 BAELLA, Alfonso. *Ob. cit.*, p. 34.

21 BAELLA, Alfonso. *Ob. cit.*, p. 34.

Acción Popular mediante su personero legal, planteó que no participarían en los comicios y consideraron que, a la carta del 33, debían efectuarle reformas constitucionales y que no justificaba convocar a un nuevo Congreso Constituyente.

#### **4. Etapa de Consolidación Constitucional: 1980-2021**

La carta de 1979 fue un texto digno de titularse “Constitución del Estado”, por reunir las condiciones en su contenido: axiológico, ideológico, social, histórico y jurídico.

Fue producto de un gran pacto político, del consenso social y generó aportes relevantes actuantes y contemporáneos. Cumplió con certeza su rol garantizador del orden constitucional.

Nuestra vida republicana ha contado con 12 cartas políticas, unas han obedecido a interés subalternos y subjetivos para satisfacer apetitos y ambiciones personales y vanidades humanas; caudillos militares y civiles estamparon sus firmas al promulgarlas; hemos tenido textos con alcances constitucionales que se han quedado en la historia y otros han trascendido con la historia; considero que merecen llevar la nominación de “Constitución del Estado peruano”, las leyes de: 1823, 1828, 1856 y 1979.

328

El texto del 79 trajo consigo instituciones valores y principios que lo ubicaron en el altar del constitucionalismo peruano.

Al iniciar su lectura nos encontramos con un señor Preámbulo, estando a nuestra tradición constitucional sin precedentes. Otras se iniciaron con breves introductorias como la primera carta de 1823 u otras sin introducción como fue la norma fundamental del 33.

El Preámbulo de la carta de 79, ha contenido el trasfondo ideológico de los mentores de la misma y en él se encuentran los caracteres que configuran los parámetros de interpretación de esta trascendente, bien denominada Constitución Política.

El maestro Carlos Fernández Sessarego dijo: “tratándose de la Constitución, el Preámbulo adquiere una especial importancia pues

contiene el pensamiento rector... que ha inspirado a la redacción de las normas”.<sup>22</sup>

El único verdadero Preámbulo que registra nuestra historia constitucional es el que se encuentra bien estructurado y mejor motivado en la horizontal norma suprema del 79.

La Constitución de 1979, innovó en comparación de los diez restantes textos, el otorgarle la primacía a la persona humana; como fin supremo de la sociedad y el Estado y la obligación como valor social de respetarla y protegerla.

Esta carta es la que distingue doctrinariamente entre derechos fundamentales y constitucionales, como bien los desarrolló el jurista hispano Francisco Fernández Segado.

Recoge de la legislación alemana dos derechos fundantes: dignidad e identidad y les da su lugar y los ubica donde les corresponde; como derechos fundamentales de primera generación.

329

Las herramientas garantizadoras de libertades y derechos como el Hábeas Corpus y el Amparo no están ausentes. La primera adquirió rango constitucional en el texto de 1920, empero solo fue enumerada pero no garantizada; el Amparo recogido del sistema mexicano (Constitución de Yucatán de 1841) adquirió status constitucional como también los procesos de: Acción Popular y de Inconstitucionalidad (traídos de los ordenamientos: francés y español respectivamente).

En el ámbito de género se reconoció y garantizó a las damas la totalidad de todos sus derechos de carácter político y civil. A las personas jurídicas se les permitió gozar de derechos fundamentales.

Se estableció la plena protección: a la familia, al niño, a la madre y a los bienes conyugales. No se admitió discriminación alguna a los hijos extramatrimoniales.

---

22 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. En: *Gaceta Constitucional*. N° 89. El Preámbulo de la Constitución. Su significado y alcances. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2019

A la educación se le dotó de un considerable porcentaje del presupuesto del Estado (no menos del 20%) y la erradicación del analfabetismo como tarea rectora del Estado.

En el contenido orgánico se incorporó al Tribunal de Garantías Constitucionales (recogido de sistema español), al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura (instituciones con tradición en el ordenamiento francés).

A los partidos políticos y a los colegios profesionales se les reservó su sitio en la estructura constitucional.

La forma de Estado apareció descrita producto del desarrollo constitucional. La fórmula histórica: República, democrática, social, independiente y soberana; cuya fortaleza es el trabajo de sus hombres.

Su gobierno representativo (mayorías y minorías) descentralizado (anhelo inalcanzable) y unitario (su mejor aliado histórico, que nos ha permitido subsistir dos centurias).

330

La carta del 93, fue uno de los efectos políticos del auto golpe del 92, el entonces Presidente constitucional dispuso la inmediata disolución del Congreso Bicameral e intervino de forma inconstitucional el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, los Gobiernos Regionales entre otros órganos autónomos, encontró pleno respaldo en las Fuerzas Armadas en especial en el Ejército que fue su aliado político-electoral.

Producto de la presión internacional (OEA) el mandatario de facto Alberto Fujimori, convocó a elecciones para que 80 ciudadanos fueran seleccionados para cumplir dos funciones como: legisladores constituyentes y ordinarios.

El debate constituyente se efectuó entre noviembre de 1992 y agosto de 1993, la Comisión central de Constitución fue presidida por el letrado Carlos Torres y como Vicepresidente contó con el aporte innegable de Enrique Chirinos Soto.

El texto fue sometido a consulta: (referéndum de 31 de octubre de 1993) como dato histórico dos cartas fueron plebiscitadas las de: 1920 y 1993.

Este documento como así lo denomina el calificado constitucionalista Alberto Bórea, fue promulgado el 29 de diciembre de 1993 por Alberto Fujimori.

“Si la Constitución de 1993 fue un instrumento de entrada de un régimen autoritario, la Constitución de 1979 fue un mecanismo de salida, de despedida de otro Gobierno vertical”<sup>23</sup>.

Producto de la norma del 93, el señor Fujimori fue re-electo en abril de 1995, ganó al destacado diplomático y ex Secretario General de las Naciones Unidas Dr. Javier Pérez de Cuellar de la Guerra, el numeral 112 así lo permitía, una re-elección y no dos, como pretendieron aplicar en el proceso electoral del 2000, con resultados funestos para la democracia peruana.

331

La carta del 93 en su artículo 43, hace referencia a la forma de Gobierno, esta fórmula se ha construido histórica e ideológicamente en las últimas dos centurias; como bien lo afirmó Pedro Planas.

América Latina ha edificado su propia y singular forma latinoamericana de Gobierno, ha sabido recoger e incorporar los indicadores y caracteres de los regímenes políticos clásicos: del parlamentario europeo y del presidencial norteamericano a su peculiar gobernanza. El Perú no es ajeno a este proceso político, ha caminado de la mano con los regímenes latinos.

Se convocó a elecciones para renovar al Poder Ejecutivo y al Parlamento para el período 2000- 2005.

El señor Fujimori, inconstitucionalmente asumió un tercer mandato en julio del 2000, trasgredió lo normado en el numeral 112 de la ley fundamental (Ley interpretativa auténtica del artículo 112, de la

---

23 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. La letra de la ley. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima 2018.

Constitución de 1993. Ley N° 26657).

El ciudadano Fujimori fue elegido en el año 90, reelegido en el año 95 y en el año 2000 asumió un tercer período de forma ilegal, el numeral 112 permitía una reelección y no dos.

El inicio del tercer período estuvo embestido de reclamos sociales y políticos que generó una gran resistencia civil (marcha de los Cuatro Suyos).

Se difundieron los conocidos “Vladivideos”, que comprometieron al principal asesor presidencial Vladimiro Montesinos, en profundos actos de corrupción y a su vez involucraban a Congresistas, a altos mandos militares y policiales y a Magistrados supremos.

El Ingeniero Fujimori públicamente anunció que convocaría a elecciones generales y que no se presentaría a las mismas. Posterior a ello solicita permiso para viajar al extranjero para participar en un evento oficial en representación del Estado peruano. Engaña a los legisladores y viaja al Japón y desde ahí vía fax presenta su renuncia a la presidencia de la República, el 19 de noviembre del 2000, decisión carente de moral política y de ética.

332

El 21 de noviembre el Parlamento toma un acuerdo motivado de civismo y sustentado en principios y valores constitucionales, la representación nacional no aceptó la renuncia formulada y aprobaron declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral del ciudadano Alberto Fujimori y lo inhabilitó para la función pública por 10 años (Resolución Legislativa N°009-2000-CR) y luego mediante la Ley N°27600 del 16 de diciembre del 2001, se retiró la firma del señor Fujimori del acto de promulgación de la carta del 93.

Ante la vacancia de la jefatura del Estado, correspondía asumir al Primer Vicepresidente Don Francisco Tudela o en su defecto al Segundo Vicepresidente Ricardo Márquez, ambos ciudadanos renunciaron ante el Parlamento, las mismas cartas que fueron aceptadas en 21 de noviembre del 2000.

Con las renuncias admitidas de los vicepresidentes de la Nación, se activó lo dispuesto en el numeral 115 de la Constitución, le correspondía dirigir provisionalmente los destinos de la Patria al Presidente del Congreso de la República, a Don Valentín Paniagua, experimentado político y profesor universitario, quien gobernó entre el 21 de noviembre del 2000 al 28 de julio del 2001.

El Gobierno transitorio convocó a elecciones generales y parlamentarias y la ciudadanía eligió como Presidente a Don Alejandro Toledo Manrique, en segunda contienda (período 2001-2006).

Luego los gobiernos constitucionales que sucedieron al Economista Toledo, estuvieron marcados de dos indicadores: elegidos en segunda vuelta electoral e involucrados en profundas crisis políticas de orden moral vinculados a la carencia en la transparencia de los actos en la administración pública (contratos y vínculos con los miembros del llamado “Club de la Construcción”, integrado por las empresas Odebrecht, Graña y Montero, OAS, entre otras). El período del señor Toledo, no estuvo ausente de estos profundos actos de corrupción.

333

Los periodos gubernamentales entre el 2001 al 2021, (Alejandro Toledo, Alan García, Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra), se han encontrado enfrascados en constantes conformaciones entre los poderes del Estado clásicos, no contando con mayoría en el Congreso; ello conllevó a crisis ministeriales, interpelaciones, censuras y votos de desconfianza en forma constante, cuyo resultado generó inestabilidad gubernamental.

No podemos dejar de reconocer que en la fase gubernamental (2006-2011) en materia económica se alcanzó los mejores indicadores de crecimiento financiero (entre el 7 y 8% anual), los niveles de exportación se incrementaron, nuestro mercado nacional se conectó al mundo a través de los Tratados de Libre Comercio, el mercado bursátil se mantuvo estable y atractivo a las grandes inversiones extranjeras. El poder adquisitivo se incrementó ponderadamente, nuestra moneda no se devaluó ante el dólar americano, el crecimiento económico estuvo bien estructurado y sostenible en el tiempo, para una económica saludable.

En julio del 2016 el economista, empresario, ex- Primer Ministro y reconocido tecnócrata Pedro Pablo Kuczynski, juró ante el Congreso nacional defender los intereses patrios y superiores de la República.

El Parlamento era controlado por el movimiento liderado por Doña Keiko Fujimori (73 congresistas de los 130) y desde el inicio del período presidencial, se presentaron constantes debates y confrontaciones que generaron interpelaciones y censuras ministeriales que causaron inestabilidad del Gobierno y del país.

El Presidente no es responsable por los actos de Gobierno lo son los Ministros, toda acción presidencial requiere del refrendo ministerial. Los Ministros son responsables políticos y administrativos de la gestión del Gabinete.

De no contarse con el refrendo ministerial el acto es nulo, de pleno derecho, es ineficaz, no es válido jurídicamente. (El Tribunal Constitucional se pronunció mediante el Expediente N°008-2003-AI-TC respecto al refrendo ministerial de los Decretos de Urgencia).

334

Recordemos que a los Ministros los tenemos desde la carta de 1823 y con ello la figura del refrendó recogido del sistema francés, la carta liberal de 1856 incorporó al Consejo de Ministros, figura heredada del Gabinete inglés y en el Gobierno de Ramón Castilla, se dictó su primera ley de desarrollo (Ley de Ministros de 1856). La actual norma es la Ley N°29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que data de diciembre del 2007.

En la línea de responsabilidades del Gabinete y de sus integrantes en marzo del 2018, se abrió el debate político vinculado a dos figuras de control constitucional; la “Cuestión de Confianza” y el “Voto de Confianza” (voto de censura o desconfianza). Este asunto fue resuelto por el Tribunal Constitucional, ante la demanda interpuesta por un grupo de parlamentarios en contra de la Resolución Legislativa N°007-2017-CR, que modificó el numeral 86 del Reglamento del Congreso de la República.

El órgano de control declaró fundada la demanda (Exp. N°006-2018-AI/TC) y por ende la “Cuestión de Confianza”, no puede ser



planteada cuando se pretende detener procesos de control político (Censura a un Ministro), el Parlamento solo se disuelve cuando existe crisis total de dos Gabinetes y entre otros alcances jurídicos y/o políticos.

Para los parlamentarios y algunos líderes políticos, existe una confusión entre ambas figuras. Para la doctrina constitucional y los entendidos en la materia, consideramos que las diferencias son notorias.

La “Cuestión de Confianza”, es un atributo del Poder Ejecutivo, lo encontramos en la carta española de 1978, en su numeral 112 “El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de Diputados la “Cuestión de Confianza”, sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma, la mayoría simple de los Diputados.”<sup>24</sup>

El maestro Domingo García Belaunde, con soltura intelectual explica una y la otra figura “Son dos instituciones, con fin y orígenes distintos, que no se han distinguido precisamente por nuestra falta de experiencia y en cierto sentido tampoco ha sido feliz, ni uniforme la redacción constitucional en este punto, que ha creado más de una confusión. No creo que era necesario modificar la Constitución, pero si se hubiera hecho por ley expresa de desarrollo constitucional hubiera sido mejor. Es Decir: la cesura “Voto de Confianza” o no confianza o desconfianza, son armas de control parlamentario, que si se excede, puede llevar a la disolución del Congreso. La “Cuestión de Confianza”, es un instrumento de defensa del Ejecutivo que puede provocar una crisis ministerial, pero nada más. El Ejecutivo en nuestro sistema no se disuelve y tampoco lo que plantea sirve de cómputo para nada.”<sup>25</sup>

Ante lo mencionado “La Cuestión de Confianza”, es una herramienta política de defensa que le corresponde al Poder Ejecutivo solicitarla

---

24 MONTERO DÍAZ, Julio. (Editor). *Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808-1978*. Editorial Ariel Practicum. Barcelona 2008.

25 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. En: *Ponencias de VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Adrus. Arequipa-2018.

ante el Parlamento, para que este último órgano autónomo exprese o no su respaldo, su confianza al Gabinete o aún Ministro. El rechazo a la “Cuestión de la Confianza”, no puede ser considerada para el cómputo de la facultad presidencial de disolver el Congreso.

El cómputo (dos gabinetes censurados), se produce en la otra figura con el “Voto de Confianza”, cuyo titular es el Parlamento (nace en el sistema inglés) se genera cuando el Congreso le niega la confianza a dos Gabinetes o Consejos de Ministros en forma consecutiva (voto de desconfianza o de censura) lo antes comentado se encuentra debidamente normado en los numerales 132, 133 y 134 de la carta del 93 respectivamente.

El Presidente de la República se encuentra facultado constitucionalmente, para disolver el Parlamento Unicameral en el escenario que el pleno del Congreso haya censurado a dos Consejos de Ministros (artículo 134) en forma consecutiva ante la materialización política del “Voto de Confianza denegado”, es decir que se haya producido el voto de desconfianza, de rechazo, de censura al Gabinete en su conjunto.

336

La “Cuestión de Confianza”, es potestad que fluye del Ejecutivo, del Primer Ministro, quien solicita se le otorgue la confianza, de ser rehusada se produce la crisis total del Gabinete, no por ello el Presidente está facultado para disolver el Congreso (artículo 133).<sup>26</sup>

“La Cuestión de Confianza”, ha sido importada de los sistemas parlamentarios europeos de España y Francia. En nuestra legislación se incorpora a través de la carta del 93, como elemento de cautela del Ejecutivo. El jurista García Belaunde anota de ella “Era precisamente la antípoda de la moción o voto de censura.”<sup>27</sup>

“Ambas figuras (voto de confianza o desconfianza) y la cuestión de confianza que cuenta con orígenes normativos distintos no deben ser utilizados con exceso, ni para disolver el Congreso, ni para generar crisis total del Gabinete. Son herramientas legítimas de autodefensa de los

---

26 CÁCERES, Jorge Luis. Ob. cit., p. 153.

27 GARCÍA, Domingo. Ob. cit., p. 22.

poderes, tanto del Legislativo como el Ejecutivo. Son instrumentos políticos de control que permiten equilibrar el ejercicio del poder estadual, es decir la adecuada ponderación de la tesis de: Pesos y contrapesos”.<sup>28</sup>

En la línea de esta confusión lamentable, la cronología se inicia con el caso de la ex Ministra de Educación Marilú Martens, integrante del Gabinete que presidió Fernando Zavala. Los hechos ocurrieron el 17 de setiembre del año 2017 y culminaron con la crisis total del Gabinete. La solicitud de confianza se relacionó a la no censura a la Ministra indicada, frente a una huelga nacional del magisterio (Sutep).

El pleno del Congreso rechazó la solicitud formulada por el Ejecutivo y el Gabinete liderado por el economista Zavala renunció en su conjunto. El Gobierno consideró esta decisión política como la primera negación de confianza o censura a un Consejo de Ministros, en aplicación del numeral 134 a la carta del 93. Es decir, se aperturó la puerta para disolver el Parlamento; interpretación equivocada. El Ejecutivo presidido por Pedro Pablo Kuczynski solicitó “Cuestión de Confianza”, estando a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución y no el Congreso de la República. (Artículo 132-Responsabilidad Política del Consejo de Ministros).

337

Posterior a esta errada, desatinada e inadecuada aplicación del numeral 134 de la carta del 93, en el extremo de confundir las figuras de control político de “Cuestión de Confianza”, con el “Voto de Confianza” que cuentan con fuentes históricas doctrinarias y constitucionales distantes (la primera en España y la segunda Inglaterra), nos avocamos a evaluar los sucesivos acontecimientos políticos y jurídicos desarrollados entre diciembre del 2017 a abril del 2021.

El 22 de diciembre del 2017 el Parlamento Nacional, rechazó la solicitud de vacancia por su permanente incapacidad moral del ciudadano Presidente Pedro Pablo Kuczynski; el sustento se centró en los supuestos vínculos de contratos de asesoramiento con las empresas consultoras

---

28 CÁCERES, Jorge Luis. Ob. cit., p. 154.

del señor Kuczynski y la constructora Odebrecht; cuando se desempeñó como Primer Ministro durante la gestión de Alejandro Toledo.

La votación no alcanzó el número requerido (el sector de Kenji Fujimori y otros del Apra no respaldaron la solicitud de vacancia) el grupo parlamentario liderado Maritza Glave abandonó el hemiciclo y no registró votación. Estando al Reglamento del Parlamento, se exige 87 votos y se obtuvo 79 votos a favor de la vacancia presidencial.

La defensa de ex mandatario la asumió el calificado profesor universitario Alberto Borea, el debate se prolongó por más de 20 horas.

Posterior a este pedido de vacancia en marzo del 2018, el entonces Congresista César Villanueva (luego Primer Ministro del régimen de Martín Vizcarra) presentó una segunda solicitud de vacancia presidencial, estando a las denuncias políticas y a los actos carentes de transparencia vinculados al indulto concedido al ex Presidente Alberto Fujimori el 24 de diciembre del 2017, a cargo del entonces Jefe del Estado señor Pedro Pablo Kuczynski y a las constantes denuncias vinculados a los supuestos negocios incompatibles entre las empresas consultoras del señor Pedro Pablo Kuczynski y las constructoras lideradas por el grupo Odebrecht.

338

Esta segunda solicitud de vacancia presidencial recibió el respaldo de la bancada oficialista y de la mayoría de grupos parlamentarios, se presentó el 16 de marzo del 2018 y se amparó en los videos y audios que se difundieron como antesala del indulto concedido a Alberto Fujimori y que comprometieron a Congresistas y Ministros de Estado.

La crisis política era incontrolable y el ex mandatario presentó su renuncia el 21 de marzo ante el pleno del Parlamento, la misma que fue aceptada.

El Primer Vicepresidente Martín Vizcarra Cornejo (entonces Embajador en Canadá) asumió el mando supremo y juramentó el 23 de marzo del 2018 ante el pleno del Congreso como lo dispone el numeral 116 de la Constitución.

La tercera solicitud de vacancia presidencial (en el mismo período gubernamental) se presentó el 11 de setiembre de 2020 en contra del ex

mandatario Martín Vizcarra, por la causal establecida en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución (incapacidad moral permanente).

Los más de 30 congresistas acusadores alegaron (entre ellos: Edgar Alarcón ex Contralor General de la República) que el señor Vizcarra contaba con vínculos amicales y que recibió en Palacio de Gobierno al señor Richard Cisneros (Swing), quien tenía contratos nada transparentes con el Ministerio de Cultura y el Jefe del Estado habría negado haber conocido al mencionado ciudadano y por ende habría incurrido en el delito de encubrimiento, al haber negado los hechos y más aún cuando dispuso supuestamente que personal administrativo a su cargo de la sede del Ejecutivo, eliminarán los registros de visita del señor Cisneros al indicado recinto y luego se alcanzó un audio no editado que corroboraba lo indicado.

Se efectuó la votación ante el pleno del Parlamento Nacional, la misma no prosperó el 18 de setiembre del 2020, alegando que no se había respetado el debido proceso y se obtuvo el siguiente resultado. 32 Congresistas a favor, 78 en contra y 15 abstenciones (fuente: Oficialía Mayor del Congreso).

339

El cuarto proceso de vacancia presidencial, por la misma causal inciso 2 artículo 113 de la carta del 93, se admitió en contra del ingeniero Martín Vizcarra el 2 de noviembre del 2020; por las razones de negar reiteradamente vínculos de cercanía con el señor Richard Cisneros quien contrató con el Estado, recibiendo privilegios y a su vez por los testimonios de un colaborador eficaz por el caso del “Club de la Construcción”.

El Congreso de la República el 9 de noviembre recibió los descargos del señor Vizcarra y su abogad Ángel Ugaz Zegarra y aprobó por mayoría calificada la vacancia por incapacidad moral permanente con 105 votos a favor, 19 votos en contra y 4 abstenciones (fuente: Oficialía Mayor del Congreso).

Es oportuno aclarar que el Tribunal Constitucional (Exp. N°006-2003.AI/TC, caso: para que proceda una acusación constitucional), resolvió precisar que la votación requerida para que prospere la vacancia presidencial es el de dos tercios del número de Congresistas.

A su vez el Tribunal Constitucional (Exp.N°002-2020-CC/TC) consideramos que debió establecer los parámetros y lineamientos para enmarcar los alcances jurídicos de la causal constitucional de vacancia por incapacidad moral permanente de la Presidencia de la República y no encontrar justificación en la figura de la sustracción de la materia.

Sin precedentes en un período gubernamental se produjeron cuatro procesos de vacancia presidencial por la misma causal, (incapacidad moral permanente). En dos estuvieron involucrados el señor Pedro Pablo Kuczynski y en los otros dos el señor Martín Vizcarra. Tres de ellos se votaron en el hemiciclo del Congreso, dos no prosperaron y uno sí (que vacó al señor Vizcarra el 9 de noviembre del 2020). La cuarta solicitud no se sometió a votación ya que el señor Pedro Pablo Kuczynski, renunció a la presidencia de la República el 21 de marzo del 2018 y fue sucedido en la jefatura del Estado por el Vicepresidente Martín Vizcarra, quien gobernó entre el 23 de marzo del 2018 y el 9 de noviembre del 2020.

340

Hemos contado con cinco ciudadanos que han estado embestidos de la primera magistratura entre el 28 de julio del 2016 a abril del 2021.

El economista Pedro Pablo Kuczynski, quien asumió el 28 de julio del 2016 y renunció el 21 de marzo del 2018.

El ingeniero Martín Vizcarra Cornejo (Primer Vicepresidente) juramentó ante el Parlamento el 23 de marzo del 2018 y el mismo órgano autónomo lo apartó del cargo, por incapacidad moral el 9 de noviembre del 2020.

La economista Mercedes Araoz Fernández, (Segunda Vicepresidenta) jura la noche del 30 de setiembre del 2019, ante el Presidente del Congreso Pedro Olaechea, día de la disolución del Parlamento, decretada por Martín Vizcarra (Decreto Supremo N° 165-2019-PC).

Manuel Merino de Lama, entonces Presidente del Congreso, asume la jefatura del Estado ante la vacancia decretada al señor Vizcarra, gobernó en un escaso e inestable período de apenas cinco días entre el 10 al 15 de noviembre del 2020 y renunció a la presidencia de la República y por ende a la Presidencia del Parlamento, la cual fue aceptada el 15 de noviembre.

Luego de la renuncia aceptada por el Congreso de la República; este poder estadual eligió como titular al ingeniero Francisco Sagasti Hochhausler, quien juró el 16 de noviembre del 2020 como Presidente del Legislativo y luego el 17 del mismo mes, como Jefe de Estado transitorio y quien debe entregar las insignias del mando presidencial el próximo 28 de julio a quien sea elegido el 6 de junio. (El Señor Pedro Castillo o la Señora Keiko Fujimori).

Entre ocho y diez días (del 9 al 17 de noviembre del 2020) el país contó con tres mandatarios: Martín Vizcarra, Manuel Merino y Francisco Sagasti. En un mismo período gubernamental dos jefes de Gobierno formularon sus renunciaciones que fueron aceptadas por el Poder Legislativo; el señor Pedro Pablo Kuczynski en marzo del 2018 y el señor Manuel Merino de Lama en noviembre del 2020.

Dos presidentes de la Nación juraron respetar la Ley Magna en ocho días (entre el 10 al 17 de noviembre del 2020) el 10 de noviembre el señor Manuel Merino y el 17 de noviembre el señor Francisco Sagasti.

341

En un período del Ejecutivo, se contó con dos Gabinetes en menos de ocho días. El 11 de noviembre juramentó el que presidió Antero Flórez Araoz. Este Gabinete no concurrió al Congreso a exponer su plan de Gobierno y por ende no recibió el “Voto de Confianza” ni de censura. El otro Gabinete lo preside la letrada Violeta Bermúdez, que asumió funciones el 18 de noviembre y el Congreso de la República, le otorgó el “Voto de Confianza” el pasado 3 de diciembre del 2020.

En un solo período gubernamental en el Ministerio del Interior se ha contado con 11 Ministros desde el 28 de julio del 2016 ha abril del 2021; el primero de ellos Carlos Basombrío Iglesias y el actual José Elice Navarro. (30 de abril).

En el Poder Legislativo, se ha contado con dos periodos legislativos. El que se instaló el 27 de julio del 2016 y feneció en sus funciones el 30 de setiembre del 2019, cuando fue disuelto el Parlamento y cuyo último Presidente fue Pedro Olaechea Álvarez-Calderón y en un segundo período el que se instaló el 17 de marzo del 2020 y que presidió Manuel Merino de Lama hasta el 9 de noviembre del 2020 y que luego

lo sucedieron los presidentes encargados Luis Valdez Farías, Rocío Silva-Santisteban Manrique y la actual encargada Mirtha Vásquez Chuquilín, entre el 10 de noviembre del 2020 y abril del 2021, (precisando que el actual titular de este Poder del Estado es Francisco Sagasti).

El hecho de mayor trascendencia, está referido a la disolución del Congreso de la República decretada inconstitucionalmente por el ex mandatario Martín Vizcarra Cornejo el 30 de setiembre del 2019, mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM.

No es aceptable una negación fáctica frente al requerimiento de la “Cuestión de Confianza”, que exige una decisión expresa, reflejada en un decreto, en un acto formal y no fáctico. (Acto invisible). Considerando que el Ejecutivo activó el numeral 133 del texto constitucional, planteando una iniciativa legislativa de reforma parcial de la carta, específicamente en relación a la forma de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

342

Este asunto fue de conocimiento del Tribunal Constitucional (Exp. N°006-2019-CC/TC) concluimos que la disolución del Congreso, fue a causa de una interpretación errónea sobre los efectos de la denegatoria fáctica de la “Cuestión de Confianza”.

Finalmente el 16 de abril último el pleno del Parlamento Nacional, por 86 votos a favor aprobó inhabilitar por 10 años del ejercicio del cargo público al ex Presidente Martín Vizcarra Cornejo, por ocho años a la ex Ministra de Salud Pilar Mazzetti Soler y a Doña Elizabeth Astete Rodríguez ex Canciller por un año; involucrados en la irregular vacunación de la Covid-19.

Esta crisis constitucional y política; esperemos no se vuelva a producir en un país con una democracia adolescente.





## **Bibliografía**

1. Baella Tuesta Alfonso. *El Poder Invisible*. Editorial Andina. Lima 1976
2. Cáceres Arce Jorge Luis. En: *Vacancia por incapacidad moral*. Editorial Antares. Fondo Editorial UCSM. Arequipa. 2018.
3. Chanamé Orbe Raúl. *Comentarios de la Constitución Política*. Editorial Jurista Editores. Lima. 2020.
4. Chirinos Soto Enrique. *Historia de la República Tomos: I, II y III*. Editorial Panamericana. Bogotá Colombia. 1991.
5. Fernández Sessarego Carlos. En *Gaceta Constitucional N°89. El Preámbulo de la Constitución*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2019.
6. García Belaunde Domingo. En *Ponencias de VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Adrus. Arequipa-2018.
7. *Las Constituciones del Perú*. Tribunal Constitucional. Editorial Antares. Fondo Editorial UCSM. Arequipa. 2018.
8. Montero Díaz Julio. (Editor). *Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808-1978*. Editorial Ariel-Practicum. Barcelona 2008.
9. Pacheco y Rivero Toribio. *Cuestiones Constitucionales*. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima 2015.
10. Pareja Paz-Soldán José. *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)*. Fondo Editorial PUCP. Lima-2005.
11. Planas Silva Pedro. *Democracia y Tradición Constitucional en el Perú*. Editorial San Marcos. Lima 1998.
12. Prieto Celi Federico. *Así se Hizo el Perú. Crónica Política de 1939 a 2018*. Editorial Penguin Random House. Lima-2019.
13. Ramos Núñez Carlos. *La letra de la ley*. C.E.C Tribunal Constitucional. Lima 2018.
14. Santillana Cantela Tomás. *Historia de una Traición Impune* Mid SAC. Lima 2011.
15. Valle-Riestra Gonzáles Olaechea Javier. *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*. Editorial H. Benites-Rivas. Lima 1987.
16. Villarán y Godoy Manuel Vicente. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Fondo Editorial PUCP. Lima 1998.



# Génesis de la Constitución del Perú

✍ JORGE LUIS RIOJA VALLEJOS\*

## 1. Presentación

**R**eflexionar sobre el bicentenario de la independencia de nuestro país en el marco de una disciplina sabrosa como es el derecho constitucional, implica; un gran desafío que asumimos con humildad, atendiendo la honrosa invitación que me hace el tribunal Constitucional, a participar de la obra colectiva que se han propuesto construir, bregando entre las dificultades que la realidad de la naturaleza nos ha impuesto, como es el convivir en este bicentenario con la opción de sobrevivir a la pandemia para cuyo ataque mortal la ciencia no estuvo preparada.

345

## 2. Génesis de la Constitución

Ahora bien, analizar el desarrollo del derecho constitucional peruano implica advertir que nos otorga la responsabilidad de constituir respuesta a todos los desafíos sociales, que igualmente impone el desarrollo de la ciencia, producto del pensamiento humano.

Debemos destacar la construcción de los primeros eslabones que sirvieron de soporte para construir el país que ahora tenemos y que estamos obligados a defender en cualquier fuero la soberanía territorial y jurídica constitucional.

---

\* Profesional en Derecho y Ciencias de la Comunicación, Doctor en Derecho y Ciencias Políticas; Maestro en Derecho Constitucional; Abogado-Fedatario Juramentado con Especialización en Informática, estudios concluidos de Maestría en Realidad Nacional Defensa y Desarrollo (CAEN); con más de 20 años de experiencia docente a nivel superior (pre y postgrado) en Universidades privadas y públicas.

Es el Reglamento Provisional, por muchos ignorado para acreditar el desarrollo de la disciplina, sin embargo, tiene vigencia real en el ordenamiento constitucional de nuestro país, ya que resulta ser la primera norma constitutiva del Estado (Perú), que fuera expedida por el General José de San Martín, en su condición es Protector del Perú.

Es la Constitución que da nacimiento a la República del Perú desde el 12 de febrero de 1821, promulgada en Huaura; dando inicio a lo que será luego la proclamación de la independencia que este año celebramos los 200 años del nacimiento de nuestra patria, dicha norma primigenia reconocía la posición y dominio de la jurisdicción territorial de Trujillo, Huaylas y Tarma; territorios que estaban bajo el dominio del ejército patriota, que dirigía el general José de San Martín.

Considero y reconozco que es el primer hito constitutivo de nuestro Perú, consta de 4 párrafos de presentación dogmática, cuenta con 20 numerales, siendo la primera constitución otorgada para el Perú por su protector; norma que respondía a su tiempo y visión del inicio del proceso de independencia de que lo ahora es nuestro país, que en el devenir del tiempo con mucha pena admito hemos tenido muy mala gestión pública, el hecho es que 200 años después de la proclamación de la independencia, encontramos que nuestro país ha perdido 730,048 kilómetros de su territorio, producto de las diversas cesiones que hicieron quienes ejercían el poder político como queda expresado en el siguiente cuadro.

346

Ahora bien, es relevante la norma constitucional primigenia de la constitución dentro de los diversos actos pre constitutivos de nuestro país, tiene gran trascendencia por el contenido expresado en su texto, que considero es pertinente destacar, me refiero a que el Reglamento Provisional; establece en el numeral 1, el ámbito jurisdiccional que forma parte de lo que hoy es nuestro país.

(...)

Sobre estos principios, y a fin de atender los diversos objetos que en el nuevo orden de cosas hacen inevitable el cambio de la administración, para no dejar en la incertidumbre y sin sistema las autoridades, y expuestos los derechos particulares á

los riesgos de una jurisdicción indefinida, o a la falta absoluta de recursos que suplan las formas suprimidas por la necesidad: he resuelto establecer el siguiente Reglamento, usando de las facultades que en mi residen, y consultando el derecho que tienen los pueblos al establecimiento de aquellas reglas de que penden el orden y la seguridad general, el cual debe emanar en todas circunstancias de la suprema autoridad que existe de hecho, aun prescindiendo del derecho en que se funde: por tanto, y con la expresa calidad de provisorio, movido del interés público, y autorizado por esa imperiosa ley, que solo deja elección en los medios, y *no en su objeto, declaro y establezco lo siguiente*<sup>1</sup>:

(...)

Igualmente resulta relevante lo referido en el numeral:

18. Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de Setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente<sup>2</sup>.

347

En el enunciado precedente se constata, un expreso reconocimiento a los derechos fundamentales de la persona humana, indicando que tendrán vigencia en tanto no sean derogados.

Posteriormente este enunciado, expresado en la primera constitución otorgada, encontró eco y permitió impulsar el desarrollo del proceso de independencia del poder español. De otro lado en el enunciado del numeral en análisis encontramos que tiene criterio inclusivo como corresponde a una constitución, no hay segmentación social y menos abolición de derechos fundamentales, así mismo es relevante la decisión

---

1 Reglamento Provisional, obtenido de <http://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821a.htm> (acceso el 28 de abril 2021 a las 19hrs.)

2 Reglamento Provisional, obtenido de <http://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821a.htm> (acceso el 28 de abril 2021 a las 19hrs.)

del colegiado representado por José de San Martín. - Bernardo Monteagudo, secretario de Guerra y Marina. - Juan García del Río, secretario de Gobierno y Hacienda, suscriptores del Reglamento Provisional, eslabón que a nuestro entender generó la inspiración, adhesión y compromiso del pueblo para conseguir su independencia, que se concretó el 28 de julio 1821, con la siguiente afirmación:

(...)

... Dijo así, y sus palabras resuenan todavía: “El Perú es desde este momento, libre e independiente por la voluntad general de los pueblos y por la justicia de su causa que Dios defiende”. En la iniciación de su frase, al hablar de “El Perú”, se refirió específicamente a un país de rica solera histórica que hasta entonces había existido ...

...las palabras que siguieron “es libre e Independiente”, simbolizaron la nueva forma que desde ese instante revestía, el salto audaz que emprendía “desde este momento”.<sup>3</sup>

348

(....)

La norma en comento establecía en el numeral 19, el juicio de residencia a los funcionarios públicos, ahora reclamado por la sociedad desde diferentes foros, sin embargo pareciera hay un acuerdo para no construir país, esto es como que se ponen de acuerdo los funcionarios públicos, respecto a determinar la responsabilidad funcional, es el hecho que los representantes de las instituciones tutelares consideramos hacen todo lo necesario para que los procesos sean resuelto por el tiempo y no por el juzgador, es hora de iniciar un proceso involutivo para recuperar el legado axiológico del potencial antropológico social y empecemos a poner las cosas en su verdadera dimensión.

Es lamentable que en 200 años muy poco hemos avanzado en restituir el escenario axiológico social, la constitución; construida sobre la base del Reglamento Provisional, norma que considero sistemáticamente

---

3 BASADRE, Jorge (1983). Historia de la República del Perú. 1822-1933; Séptima edición; editorial universitaria - Lima. 1983. Cap. I, p. 1.

ha sido ignorada por lo que debo significarles que si no estaría este primer intento de darle partida de nacimiento a nuestro país las consecuencias jurídicas son impredecibles.

El bicentenario de proclamada independencia, resulta en este tiempo el mejor momento para repensar lo hecho y lo que estamos haciendo por construir un país con igualdad real y no solo declarativa en la norma legal, pues la realidad nos indica que la crisis axiológica no es casualidad, sino consecuencia del desprecio a nuestra patria, se ha sostenido que la crisis social es producto de la crisis económica, sin embargo considero que toda la crisis incluyendo la política es producto de la pérdida de identidad de los sujetos, que con una pequeña cuota de poder se avocan a resolver sus problemas y olvidaron el interés nacional.

En el devenir de los 200 años muy poco o casi nada hemos hecho por nosotros mismos, pues vemos en los últimos 40 años andamos en un peregrinaje en busca de encontrar el rumbo en cuanto a definir qué país queremos, sin embargo, considero eso aún no será posible en tanto la clase dirigente política que toma sucesivamente el poder no conoce qué país tenemos, como tal no hay un horizonte predeterminado al cual vayamos como pueblo.

349

Lo real es que los diversos actores políticos que han gobernado, lo han hecho y siguen haciéndolo con una mirada hacia el piso, no entienden que tenemos un país depositario de recursos naturales que son deseados por muchos, sin embargo la idiosincrasia del dirigente disque políticos asumen cargos sin conocer el espacio ni para quien hacen gestión pública, y de los otros la indiferencia, entrando en un proceso en pro de su propio interés que terminan apropiándose de los recursos públicos para beneficio propio y de su grupo.

En este intento de reflexionar sobre la constitución y nuestro país ad portas del bicentenario de proclamada independencia destaca lo que refiere el maestro Juan Vicente Ugarte del Pino<sup>4</sup>.

---

4 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente (2012), *Historia de las Constituciones del Perú*, Talleres Gráficos Inversiones Yahaira SAC; Lima, pp. 55, 56 y 17.

(...)

En primer lugar, expresar nuestro reconocimiento por el primer hito de desarrollo del derecho constitucional del Perú, dejado por los Diputados que fueron protagonistas en las Cortes de Cádiz, D. Vicente Morales Duárez, quien fue Presidente de las Cortes elegido el 24 de marzo de 1812, D. Ramón Olaguer Feliu, D. Dionisio Inca Yupanqui, D. Antonio Suazo D. Blas Ostolaza, D. José lorenzo Bermúdez, D. Pedro García Coronel, D. José Joaquín de Olmedo y D. José Antonio Navarrete, secretario de las Cortes.

(...)

Como hemos comprobado a lo largo de estos años, los mejores intérpretes del “pensamiento revolucionario” no perdieron la oportunidad de señalar, según ellos, el carácter obsoleto de la constitución, sin proporcionar, a cambio de su críticas destructiva, otra cosa que la partida de defunción de la democracia formal.

El desarrollo constitucional de nuestro país, es frondoso ya tenemos en 200 años 18 textos que en nuestra opinión contienen jerarquía normativa de constitución siendo dos otorgadas (Reglamento Provisional y el Estatuto Provisional), sumándose los 16 pactos socio políticos, constituyéndose en los eslabones que permitieron instituir el país que ahora tenemos y en el cual la vida nos permite convivir con el legado ancestral de nuestros antecesores, lamentando sí que no se practiquen.

### **3. Incidencia del Reglamento Provisional en el mosaico étnico nacional**

En el mosaico étnico nacional, el efecto jurídico concreto es que encontramos una respuesta constitucional pro independencia de todas las sangres, es el hecho que sin lugar a dudas las consecuencias del desarrollo normativo conllevaron a la búsqueda de la independencia de España, a pesar del tiempo transcurrido aun carecemos de un ambiente de convivencia reconociendo que somos diversos y a la fecha nadie ha hecho nada



por nuestra integración, siendo un tema crítico que la constitución aún no ha dado respuesta, quizá será porque no nos entendemos, no somos solidarios, el legado ancestral ha sido relegado en el olvido, no tenemos objetivos nacionales a los cuales aspirar como nación, sumado a ello que no se ha consolidado un acuerdo político que nos una, siendo ahora un país de anécdotas como las siguientes:

- a. En nombre de la democracia se ha proclamado una institución denominada Acuerdo nacional.
- b. Dado el desorden organizado, hasta el Presidente de la República convoca a reuniones a una institución que no existen, como el Consejo de Estado.
- c. Dada la pandemia se ha incurrido en un legicidio, como es el hecho de que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante resoluciones administrativas ha suspendido los plazos procesales aprobados por Ley, entre otros.

Siendo la Constitución la ley producto de acuerdo político con efectos jurídicos, desde su concepción debe propender a que se haga realidad lo referido a que todos somos iguales en la ley y ante la ley conexo al debido proceso; en este contexto la brecha es inmensa pues la Ley solo se produce y publica en castellano o español, conllevando la obligación legal de buscar el mecanismo inclusivo al menos en el ámbito justicia, como es el hecho que está habilitado el procedimiento para que el justiciable que no comprende el español sea asistido por un traductor o interprete, en mi opinión debe ser convocado solo y tan solo un traductor para asistir al justiciable que no habla español.

En nuestro país a la fecha se reconoce de manera oficial, a 76 etnias, que comparten nuestra identidad como país, sin embargo se consideran excluidas de los procesos de gestión pública, siendo un problema sustantivo por resolver en tanto si bien es verdad que ahora la constitución vigente declara reconocerlos incluso mediante el artículo 149 se les ha delegado facultad limitada para impartir justicia, ahora su problema mayor es la eficacia del convenio 169 con la OIT, norma de derecho positivo, que antes de integrarnos sus efectos jurídicos considero resulta

pernicioso ya que dificulta la integración y con ello la unidad nacional de todas las etnias, bajo el mismo sentimiento Perú.

#### 4. Conclusiones:

- a) Se hace urgente hacer un estudio hermenéutico de la antropología nacional con pensamiento inclusivo a fin de construir la constitución del estado, declarando y habilitando la opción de que todos los nacidos en este prodigioso país tengamos la opción de conseguir nuestro desarrollo integral.
- b) El texto de la constitución debe estar adecuado a la realidad con la que convivimos privilegiando el respeto irrestricto de los derechos fundamentales sin exclusiones.
- c) Analizar en prospectiva la incidencia geopolítica y sus efectos en nuestro país, a fin de generar las reformas que permitan proteger nuestra soberanía territorial, soberanía jurídica y la libertad de todos, en el contexto de la globalización y el desarrollo de las Tics.



#### Bibliografía

1. Reglamento Provisional, obtenido de <http://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821a.htm> (acceso el 28 de abril 2021 a las 19hrs.)
2. Reglamento Provisional, obtenido de; <http://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821a.htm> (acceso el 28 de abril 2021 a las 19hrs.)
3. Basadre, Jorge (1983), Historia de la Republica del Perú 1822-1933; Sétima edición; editorial universitaria - Lima 1983.
4. Ugarte del Pino, Juan Vicente (2012), Historia de las Constituciones del Perú, Talleres Gráficos Inversiones Yahaira SAC; Lima.

# Reflexiones constitucionales sobre el bicentenario

Significado, importancia y retos  
en la forja del Estado Constitucional de Derecho

✍ JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO\*

**A**l iniciar estas líneas, agradezco a la distinguida magistrada, Presidenta del Tribunal Constitucional del Perú, Dra. Marianella Ledezma Narváez y al Dr. Ernesto Blume Fortini, Director General del Centro de Estudios Constitucionales, por su invitación para realizar estas Reflexiones sobre el Bicentenario, significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional de Derecho.

353

## 1. Significado del Bicentenario

El 28 de julio del 2021, el Perú cumplirá 200 años de independencia política. Es una fecha muy importante para nosotros, los peruanos, pues conmemoramos un hecho trascendente que consagró el fin del colonialismo. Ruptura resultante de un proceso histórico que significó la movilización y rebeldía de todas las colonias europeas en Sudamérica, proceso que se inicia con la independencia de Haití en 1804 y concluye en el Perú, en 1821-1824. Al haber sido nuestro país el más importante centro del poder colonial español, su independencia y la posterior derrota definitiva de las tropas realista en Ayacucho y Junín, marcó el término de tres siglos del coloniaje español y europeo en América del Sur.

---

\* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, Magister en Derecho por la Universidad de Bruselas, Bélgica. Estudios doctorales por la Universidad Carlos III, Madrid, Doctor en Derecho por la UPAO. Docente de principal de pre y posgrado de la UNC, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca. Autor de diversos libros de Derecho, Historia y Literatura.

Conmemorar el Bicentenario significa recordar, valorar y agradecer el esfuerzo de hombres y mujeres, campesinos, intelectuales, militares, milicianos, eclesiásticos, artistas y poetas, quechuas, aimaras, pueblos amazónicos y afro descendientes que tomaron parte y contribuyeron en este proceso. Muchos de ellos sacrificaron sus vidas por nuestra independencia. Cómo no recordar a Santos Atahualpa con su irreductible bastión en la Amazonía, a Tupac Amaru con sus huestes en Cuzco, a los hermanos Angulo Torres y Mateo Pumacahua, a Micaela Bastidas, al médico Hipólito Unanue, al poeta Mariano Melgar, (Basadre, 2007) a los caciques Astopilco marchando con cientos de campesinos por las calles de Cajamarca dando vivas a la proclamación de la independencia en enero de 1821 (Sarmiento, 2020). Cómo no mencionar y agradecer a Juana Azurduy lideresa de los movimientos independentistas en el Alto Perú, a las anónimas “raboras” aseguradoras de la logística y arsenal de las históricas batallas emancipadoras.

Conmemorar el Bicentenario de la Independencia del Perú, significa reconocernos como un país y Estado independiente, capaz de ejercer nuestra soberanía y autogobierno, asumiendo las responsabilidades internas y externas que ello representa. Comprender que son 200 años de existencia como Estado libre, con sus victorias y derrotas. Con frustraciones y lamentaciones por las oportunidades extinguidas y territorios perdidos. Con dos siglos de avances en la institucionalidad y legalidad democrática, que nos dejan 12 Constituciones aprobadas en sendas asambleas y congresos constituyentes, pero a la vez con 24 reglamentos y estatutos provisorios promulgados por golpes de estado y dictaduras (Ugarte del Pino, 1978; García Toma, 2010). Con devastadores terremotos, fenómenos climáticos y la actual pandemia que desnuda y lacera nuestras limitaciones y exclusiones como Estado y sociedad. Pero, finalmente vivos, construyendo la Patria con el esfuerzo de cada uno de nosotros, en las ciudades, en las regiones, en cada pueblo lejano, del ande y la selva amazónica.

Conmemorar el Bicentenario significa revivir el espíritu de la hermandad latinoamericana, que cimentaron los próceres y líderes de las contiendas independentistas, pues ellos (San Martín, Francisco Miranda, Bernardo Monteagudo, Simón Bolívar y Sánchez Carrión) propusieron

una visión emancipadora de las colonias, bajo el grito de la rebeldía de la patria americana unificada.

Conmemorar el Bicentenario, significa que el Perú desde 1821, como Estado, ingresa al concierto de naciones como sujeto de derechos. Que si bien, al inicio de su vida política y jurídica contó con un extendido territorio, casi comparable al de Brasil, hemos sufrido dolorosas desmembraciones por guerras e invasiones, a pesar de ello, al cumplir 200 años de independencia, hemos delineado finalmente nuestras fronteras, manteniendo el núcleo territorial histórico, espacio vital geopolítico, que incluye una de las fuentes más diversa del mundo en recursos naturales, con incomparable biodiversidad de vida silvestre y fauna, que conjuga mar, desiertos, montañas y selvas. Tal vez somos el país con el territorio más diverso del mundo, e incluso con presencia en la Antártida.

Conmemorar el Bicentenario significa que somos un Estado reconocido y respetado en el mundo, por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales previstas en los pactos y tratados internacionales que hemos firmado y ratificado, además respetuoso de sus obligaciones comerciales y financieras internacionales. Que, como Estado independiente somos fundadores de las más importantes organizaciones internacionales: ONU, OEA, OIT, Corte de la Haya, Corte de San José, Corte Penal, entre otras, y que acata las resoluciones y sentencias que emanan de estos organismos.

## **2. Importancia del Bicentenario**

Conmemorar el Bicentenario de la Independencia del Perú es de suma importancia, pues este acontecimiento permitirá:

Evaluar nuestro pasado con objetividad y realismo, ver nuestro presente con autocrítica para delinear con fe y entusiasmo nuestro futuro, precisamente remarcando esas inmensas posibilidades que tenemos como nación y república, al decir de Basadre (1992).

Conmemorar el Bicentenario del Perú fortalece nuestra identidad nacional, sustentada en una historia milenaria cimentada desde Caral, que se manifiesta en Kuelap, Chanchan, Nazca, se consolida en Machu

Picchu, y resurge con la independencia. Reconocer que en estos 200 años nos vamos construyendo como Estado nación, con una diversidad social y cultural fabulosa, que somos un país con 127 expresiones idiomáticas. Que en este territorio concurren diversas cosmovisiones y creencias religiosas, que han dado como resultado, por ejemplo, a una población que disfruta y recrea a una de las mejores culturas culinarias del mundo, con frutos y productos originarios del Perú, con expresiones artísticas y literarias reconocidas universalmente (Sabogal, Luis Montero, Vallejo, Arguedas, Vargas Llosa), que el Condor Pasa deleita en diversos continentes, que las composiciones de Chabuca Granda resuenan en el continente, que el huayno y la marinera son admiradas en diversas latitudes.

Conmemorar el Bicentenario, reafirma la unidad nacional como sustrato de la Patria y del Estado. Pues, a pesar de las dificultades, guerras internas y externas, hemos reconstruido al Perú forjando la unidad de todas las sangres (Arguedas), asimilando y aceptando las diversas ideologías y pareceres históricos (Mariátegui, Basadre, Haya de la Torre, Belaunde). Unidad nacional que promueve un país moderno e inclusivo, inmerso en las organizaciones internacionales y en los procesos de globalización de la economía y la cultura.

356

Una República que camina hacia su madurez, con deficiencias, limitaciones y males endémicos (corrupción, racismo y exclusión social) pero con gran esperanza y posibilidad. Afirmando la democracia constitucional como el mejor sistema de gobierno y de poder, la tolerancia y el diálogo para resolver las controversias ciudadanas. Un Estado que, a lo largo de estos 200 años, cimienta su historia política y jurídica con el reconocimiento permanente de los derechos constitucionales, los cuales se han expandido y reconocido en las diferentes constituciones y leyes, a raíz de la movilización ciudadana, el accionar de la magistratura, y el acatamiento de los pactos y procedimientos internacionales.

### **3. Retos del Estado Constitucional de Derecho**

El Bicentenario de la Independencia del Perú, plantea retos y desafíos para el Estado Constitucional de Derecho que, en líneas generales, significa su consolidación, lo cual supone:

Consolidar y mejorar la democracia, no solo referido al procedimiento para renovar periódicamente los cargos públicos de representación, además como el sistema político sustentado en el consenso por materializar objetivos comunes, en donde puedan tomar parte las diversas concepciones y cosmovisiones existentes en el país (democracia deliberativa), asegurando el bienestar con inclusividad, de todas las personas (democracia sustancial), y en donde el respeto a los derechos fundamentales sea la medida para valorar el ejercicio pleno de la democracia.

Reafirmar el republicanismo como el mejor modelo de formación del Estado y la sociedad peruana. Ello implica consolidar los valores de la dignidad humana y convivencia pacífica, participativa, inclusiva e igualitaria, poniendo freno a cualquier intento de hegemonía de corrientes excluyentes, nacionalistas y chauvinistas. Que las estructuras del Estado, el ciudadano y la empresa asuman plenamente que el Perú es una república en donde la población puede expresarse y participar libremente, donde el Estado reconoce y protege la diversidad cultural, incluso las formas jurídicas consuetudinarias, que amalgaman su historia.

357

La consolidación de la institucionalidad del Estado democrático, basado en el principio de la separación y control de poderes, pero también en el correcto ejercicio de sus competencias establecidas en la Constitución y la ley. En la utilización eficiente y transparente del gasto público, alejado de la corrupción y el clientelaje. Con una estructura burocrática sustentada en la meritocracia y en la evaluación de la calidad del servicio público, priorizando el servicio de salud, educación y justicia.

En ese sentido, es un reto impostergable evaluar la descentralización para que sea mejorada, pues si bien se planteó como estrategia democratizadora del Estado, para que la población participe de la gestión del servicio público y de la estructura administrativa estatal, los 30 años de su existencia no están dando los resultados esperados. Probablemente, no llegaremos a plantear otras formas de organización política-administrativa estatal (federalismo, autonomías, etc.) para asegurar el bienestar y participación popular (Urrelo, 1956), pero si a corregir el diseño institucional de los gobiernos sub nacionales. (gobiernos regionales y gobiernos locales).

Formación de la ciudadanía como elemento central de la república moderna, partícipe del bien común, forjador de su proyecto particular de vida, pero preocupado por la solidaridad con los demás. El ciudadano que participa en la vida política, económica y cultural, que cumple sus deberes tributarios y ejercita con responsabilidad sus derechos constitucionales, que disfruta de la iniciativa y riqueza privada, pero se preocupa del bien común y se aleja de los vocingleros de la muerte. Pues el mejor ejercicio de la ciudadanía contribuye al mejoramiento de la representación política, en los diversos niveles del Estado, y por consiguiente al mejoramiento de los partidos políticos actores decisivos en el debate y conducción democrática del Estado.

Un Estado Constitucional de Derecho fundado en una constitución formal, pero a la vez histórica, cuyos componentes de gobierno y poder, no temen en realizar una evaluación permanente, política, legislativa o judicial, del sistema político y económico, justamente para introducir los cambios, las enmiendas y rectificaciones constitucionales, necesarias para asegurar el bienestar común.

358

Un republica moderna con un Estado democrático y constitucional promotor de la ciencia y tecnología como motores del desarrollo innovador y de la utilización adecuada de sus recursos naturales sin alterar o afectar el equilibrio ambiental. Que, el desarrollo y ejercicio de la constitución ambiental sea el eje de cualquier política pública que promueva la ciencia, la tecnología y la empresa.

Consolidar y asegurar la presencia del Estado en el ámbito internacional. Que el Perú reimpulse su presencia y liderazgo internacional que tuvo con Pérez de Cuellar, en los temas de integración latinoamericana y la paz mundial. Pero también, sea promotor y participe de un nuevo orden público mundial basado en el respeto a los derechos fundamentales, al desarrollo y la protección ambiental (Ferrajoli).

Finalmente, pero no menos importante, el gran reto para el Estado Constitucional de Derecho es la asunción practica del sentimiento constitucional (Lucas Verdu, 1985), donde la Constitución, además de ser la norma fundamental del sistema jurídico, penetre como valor ético y moral en la vida cotidiana de la población, ejerciendo y promoviendo los



derechos, eligiendo y respetando a la autoridad, utilizando con cuidado y optimizando los recursos públicos para lograr buenos resultados, convirtiendo a la Constitución y a los derechos en una cultura (Haberle, 2002), en la mejor forma de vida y de convivencia humana.

“Hay hermanos, muchísimo que hacer” (Vallejo)



## Bibliografía

1. Basadre Grohmann, Jorge (1992): *Perú Problema y Posibilidad*. Ayacucho: Edit. Biblioteca de Ayacucho.
2. Ferrajoli, Luigi: (2009) *Paradigmas de la democracia constitucional*. Argentina: Edit. Universidad Nacional del Rosario.
3. Haberle, Peter (2002) *La Constitución como cultura*. México: Edit Dabos
4. García Toma, Víctor (2010) *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3ra Edic. Lima: Editorial Adrus.
5. Lucas Verdu, Pablo (1985) *El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madrid: Edit. Reus
6. Ugarte del Pino, Juan Vicente (1978) *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina.
7. Urrelo Antonio Guillermo (1975) *Federalicemos al Perú*. Cajamarca: s/d.
8. Sarmiento Gutiérrez, Julio (2020) *El Perú y la dependencia colonial. Cajamarca: Conquista, Colonia y Emancipación*. Cajamarca: Editorial UNC
9. Varios (2008) *Historia y Derecho. El Derecho constitucional frente a la historia*. T.I, Lima: Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.



## Perú rumbo al Bicentenario

✍ JOSÉ FERNANDO BERRIOS GUTARRA\*

**E**n el 2021, Perú celebra los doscientos años la Declaración de su Independencia. Dos siglos no es poco si se compara, con el grupo de países jóvenes independizados luego de la segunda posguerra. No obstante, para el observador atento el país parece estar transitando un proceso continuo de maduración que se parece más a la etapa de la adolescencia que a la adultez. Es momento, entonces, para recorrer con una mirada retrospectiva y prospectiva su trayectoria y, así, encontrar los puntos de encuentro y desencuentro. La intención es ayudar a la construcción de un derrotero que conduzca a los peruanos a alcanzar un estado que permita vivir plenamente en este rico y variado país en los siglos venideros<sup>1</sup>.

361

La actual Constitución de 1993<sup>2</sup> no solo fue producto de un golpe de estado, sino que además careció de un proceso constituyente realmente democrático y plural. Fue producto de lo que Naomi Klein llama “la doctrina del shock” antes que de una real deliberación pública. La sociedad de comienzos de los noventa estaba destruida por la crisis económica y el conflicto interno. El Perú rural estaba estigmatizado, amedrentado y abiertamente excluido. Todas las constituciones peruanas han sido constituciones de élites que se pugnaron el poder.

---

\* Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 <https://ucema.edu.ar/6/revista-ucema/nro31/reflexiones-sobre-el-bicentenario>

2 <https://www.revistaideele.com/2020/11/17/la-constitucion-del-bicentenario/>

El 28 de julio de 1821 no es el inicio ni el cierre, es solo una convención que nos hemos dado al ir construyendo nuestra comunidad política. Durante mucho tiempo, esta fecha ha sido el emblema de que efectivamente la proclama patriótica vitoreada por San Martín hacia el futuro en aquel día hace 199 años continuaba siendo valedera. Las circunstancias actuales ponen en duda esta certeza. Ya es lugar común decir que la pandemia actual ha desnudado carencias, debilidades y todos nuestros horrores. Por tanto, y mucho más ahora, el bicentenario del 28 de julio debería “resignificarse” todo lo que nos falta construir como país.

El Estado y las clases dirigentes han de cumplir su cometido de eliminar la fragilidad política y el abismo social, parafraseando a Basadre, y deberían poner en ejecución un verdadero proyecto nacional de largo aliento y de amplio alcance que incluya a todos. El bicentenario<sup>3</sup> del 28 de julio tiene que asumir y renovar los propósitos de todos aquellos que a lo largo de estos cerca de 200 años han imaginado, teorizado e ideado nuestro país en distintos frentes. No hay duda de que se ha avanzado.

362

Pero presenciamos, incluso antes del coronavirus, el colapso de los servicios básicos, la corrupción, la violencia contra la mujer, el olvido de los requerimientos mínimos para el bienestar común. Con esta situación llegaremos al bicentenario, pero la reflexión crítica que hagamos al respecto ahora sí debería impulsar la acción para el cambio a mediano y largo plazos, como ha pasado con los grandes logros sociales de nuestra historia. Esa debería ser nuestra auténtica conmemoración.

La grandeza y vitalidad de un país se basa en la capacidad y en la productividad de su pueblo que, sistemática y periódicamente deben indicar lo manipulados y minuciosos cuadros estadísticos de producción, consumo, circulación y distribución de la riqueza que tomen en cuenta los desniveles creados por las múltiples zonas geográficas: los variados sectores sociales incluyendo, en lo que sea posible, los de la economía gris.

---

3 <http://udep.edu.pe/hoy/2020/camino-albicentenario/>

Carece de un significado histórico positivo el hecho de que se midan tan sólo la calidad o el refinamiento de las clases altas de una nación.

El micro universo que es un estado requiere comando. No en un sentido tiránico o arbitrario, ni tampoco dentro de la sensualidad de gozar de la agradable oportunidad para repartir prebendas a los amigos y marginar sistemáticamente a los enemigos. Hay que entender la política no como una aventura de gente ansiosa sólo de poder personal, o llena de un cinismo bien o mal disimulado y de una magnífica impiedad, o para entretenerse en juegos de engolada o vaga retórica.

Antes bien la política<sup>4</sup> es, en su esencia, tarea para ir al descubrimiento y la ordenación del destino nacional con la información necesaria sobre el dédalo de la vida contemporánea y otorgando su debido valor a la economía para ir venciendo, en lo que se pueda, la distancia no sólo de kilómetros geográficos sino de leguas culturales que dividen a los peruanos y para escuchar las aspiraciones y las urgencias latentes en las entrañas del pueblo.

363

Modelar un pueblo es captar sus aspiraciones en todo lo que tengan de legítimas y sus urgencias en tanto y en cuanto sean perentorias y coordinarlas como en la copa del árbol se corona el ímpetu de la savia germinal. Es lícito anhelar para ese comando una capacidad vigilante, es decir, que no navegue sumiso a los oleajes de azar, equipo formado por hombres y mujeres capaces de comprender a su tiempo, preparados para las jornadas en las que se debe atacar de modo realista nuestro atraso y desniveles, lo cual no implica negar que ha habido aquí hermosas primaveras cívicas y alborozados momentos aurales.

Para alcanzar nuestra maduración y nuestra modernización efectivas como estado y sociedad, es necesario que sean sustancialmente auténticos organismos como el del sufragio liberándolos de los vicios. Esto implica, además, la sana coexistencia de los poderes públicos sin que

---

4 Memoria y Destino del Perú - Jorge Basadre: Textos Esenciales. Ernesto Yepes del Castillo, págs. 504 a la 535.

interfieran los unos en los otros, y la independencia y la austeridad del Poder Judicial.

Y aunque la realidad venga a burlar nuestras esperanzas, alguien debe exigir la dación de un código de ética en el gobierno y un régimen especial para la sanción contra el delito de enriquecimiento ilícito a base de jurados honorables e independientes que fallen con criterio de conciencia, a todo lo cual conviene agregar un sistema de sanciones severas contra los difamadores y los calumniadores.

La búsqueda de la autenticidad habría que llevarla, en lo posible, a otras esferas, incluyendo los directorios de aquellas entidades – algunas no todas- donde suelen enquistarse, por tiempo indefinido, camarillas, incluyendo sociedades de tipo profesional, económico o gremial. La vida anómala que en un porcentaje de estas entidades lleva, tiene relación con el hecho de que los peruanos de nuestro tiempo han gozado en escasas ocasiones de lujo, de ejercer en su plenitud el derecho del sufragio; han vivido, ajenos a él, lo cual ha producido una tendencia fatalista o no votar ni aún en las entidades menores.

364

En principio, todo el enigma de una modernización efectivamente democrática debe estar resuelto a través de la intercomunicación real entre el Estado y la Nación, entre el hombre y su comunidad local, regional y nacional; y a través de la marcha gradualista hacia una autointegración que nosotros no hemos conseguido aún. Lo cual implica aceptar la tesis de una Nación oprimida porque ya, lejos en el tiempo, a comienzos del siglo XVII, el Inca Garcilazo universalizó el nombre “Perú” y lo definió al dedicar un libro inmortal “a los indios, mestizos y criollos del grande y riquísimo Imperio del Perú, su hermano, pariente y paisano”, dijo él textualmente. Por lo demás las zonas respectivas no forman hoy un todo geográfico como puede ser; por ejemplo, el país de España.

Estas afirmaciones no esconden una actitud conformista o reaccionaria. Alienta en ellas el reclamo para que surjan procesos de reflexión de práctica no con el objeto de dividir en un caldo de ideas, sino dentro de la finalidad de buscar pensamientos originales, creativos y críticos con una decisión quirúrgica frente a la problemática nacional.

Finalmente, quiero reflexionar sobre el rol de nuestras poblaciones que han padecido exclusiones, la población indígena y afroperuana, que tuvieron rol también en la gesta independentista, pero ¿qué pasó luego de instalados los gobiernos republicanos? Muchos indígenas empezaron a ver perdidos sus fueros comunales, y ya antes durante el virreinato habían pasado por el proceso de “composición de tierras” a través del cual se formaron latifundios a costa de sus predios en muchos casos. La población afroperuana vio su manumisión recién en la mitad del siglo XIX, pero sin un claro camino de inclusión a la vida nacional. Sin la intención real de formación para estos amplios grupos poblacionales quedaron prácticamente a su propia supervivencia. Siendo también usados por el populismo y nuevas redes clientelares bajo patronazgos, nuestros caudillos también jugaron así con las masas ¿hoy no intentan lo mismo los dirigentes populistas, con sus discursos altisonantes, pero, sin opciones claras de desarrollo para los hermanos en situación de pobreza y pobreza extrema? Ello también hace parte de nuestras herencias, pensando en la construcción de más ciudadanía y generación de oportunidades.

Nuestra república conmemorará 200 años<sup>5</sup>, pero no ha de olvidar sus procesos previos a aquella fecha, y sobre todo sus problemas vigentes y herencias de reforma. No con más o menos Estado, sino con mejor Estado, un Estado que impulsa ciudadanía en democracia.

Quiero cerrar este comentario con un extracto del gran Historiador de la República, Jorge Basadre:

*“Los organismos políticos fueron modificados: ya no el Virrey sino el Presidente, ya no las Audiencias sino la Corte Suprema, ya no las Intendencias sino los Prefectos, ya no los Cabildos sino las Municipalidades (salvo en las Constituciones de 1834 y 1839). No eran exactamente idénticos en sus atribuciones los funcionarios mencionados; pero eran análogos. Lo que sí quedó con ese carácter idéntico fue la superioridad jerárquica de Lima, la predominante importancia de la costa. Además como no había tradición de buena*

5 <https://liderescatolicos.cl/postdiplomado/ensayos/JorgeVallejoEnsayo2.pdf>

*administración, el desorden se hizo más fácil en la República, al perderse el control que la metrópoli y sus directos mandantes representaban. Quedaron también el expedienteo voluminoso, la tramitación larga, la morosidad burocrática. Quedaron, por último, acentuándose la empleomanía, la búsqueda de honores y sinecuras” (Basadre, Jorge. Perú: Problema y Posibilidad. Ensayo de una síntesis de la evolución histórica del Perú. Lima: Librería Francesa Científica, 1931, p. 21).*

Son parte de las tareas que aún tenemos pendientes, y que hemos de abordar con optimismo por quienes nos lo demandan.



# Los 470 años de fundación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Salamanca de América y ciudadela académica constitucional

(A propósito del Bicentenario 1821-2021)

✎ JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO\*

El bicentenario, sin duda alguna, debe ser contextualizado con el legado histórico-cultural que dejó la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en donde se formaron los ideólogos, los precursores, los próceres, los mártires y los protomártires. Por ello, este 28 de julio de 1821 la presencia de la Decana de América, luego de darse varias rebeliones coloniales, y disputas de republicanismo y monarquismo, salta a la vista.

367

## 1. La edad media: Universalismo filosófico-teórico y político

En el ámbito de la cultura, la Edad Media, básicamente entre los siglos XII y XIII, con todos sus problemas y contrastes, ha sido el punto de arranque y expansión de las universidades. Sobresalieron la de Bolonia (1088), la de Oxford (?1096?), la de Salamanca (1218) y la de París (1257), conocida luego como la Sorbona con notorio tinte aristocrático y de carácter republicano, sin olvidar, por cierto, los orígenes en las Escuelas Sacerdotales de Egipto, de la India, de los judíos, de Atenas, de Alejandría y otros centros de enseñanza denominados *Studium generale*.

---

\* Presidente de la Comisión de Celebraciones Conmemorativas del 470.º Aniversario de Fundación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Constitucional, Asesoría de Investigación y Filosofía del Derecho de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Privada Antenor Orrego.

El complemento del Medioevo, entre otras formas de manifestación del saber cultural humano, lo encontramos en la Magna Charta de 1215, y en el Código de las Siete Partidas, redactado del 23 de junio de 1256 al 28 de agosto de 1265, de Alfonso X de Castilla (1221-1284), llamado el Rey Sabio.

Cabe observar, por otra parte, que en el Viejo Continente la cultura de esa época, en el plano filosófico, se ve reflejada en hombres de talla, tales como santo Tomás de Aquino (1225-1274), máximo representante de la Escolástica y autor de *la Summa Theologiae*; Dante Alighieri (1265-1321), autor de *De Monarchia*, y Marsilio de Padua (1278-1342), autor de *Defensor pacis*, a quien le cupo el cargo de rector de la Universidad de París. He aquí, pues, algunos botones de muestra que constituyeron verdaderos núcleos culturales y fundamentales en un determinado momento histórico de la humanidad.

## 2. Nacimiento de la Universidad de San Marcos: siglo XVI

368

El siglo XV se expresa mediante la doctrina del derecho natural, y la cultura empieza a manifestarse a través de una visión clásica llamada humanismo, es decir, la reafirmación de los valores y de la persona. Se observará, de otro lado, que todo este bagaje cultural de ideas fue atezado de manera sumaria en el Nuevo Mundo, en especial durante el fluir del siglo XVI, época virreinal del humanismo y del Renacimiento, y en donde florecen los nuevos centros superiores de enseñanza. Para ser más preciso, el 12 de mayo de 1551 –efemérides que ha pasado a la posteridad– S. M. la reina madre Doña Juana I de Castilla (1479-1555), a solicitud de fray Tomás de San Martín (1482-1555), primer provincial de la Orden de Santo Domingo en el Perú, a quien se le encomendó desde Lima para lograr este trascendental objetivo, ante la ausencia de su hijo S. M. el emperador Carlos V (1500-1558), otorgó en la villa de Valladolid –el acta de natalicia– la Real Cédula de fundación de la que luego fue la Real y Pontificia Universidad de San Marcos, con los mismos privilegios, franquezas y libertades de la Universidad de Salamanca. El primer rector fue el prior dominico fray Juan Bautista de la Roca, entre los años 1553 y 1556.

Importa subrayar al respecto que, desde su fundación, la Universidad de San Marcos se estableció en el convento de Santo Domingo. El 30 de septiembre del año 1571, por Real Cédula expedida en la villa de Madrid, S. M. Felipe II (1527-1598) la secularizó, disponiendo que ocupase un lugar independiente y propio. Ese mismo año fue elegido primer rector el jurista Pedro Fernández de Valenzuela. Al año siguiente, el 2 de julio de 1572, fue elegido rector de la Universidad, Gaspar de Meneses, quien era médico de profesión; cargo que ocupó hasta 1573. Ese mismo año la Universidad de San Marcos dejó los ambientes del convento de Santo Domingo y se trasladó provisionalmente a la calle San Marcelo, en donde actualmente funciona la parroquia.

En esa línea de ideas, el 31 de diciembre de 1574, en una sesión solemne, la Universidad tomó la advocación del célebre Marcos el Evangelista. De esa fecha en adelante lleva por título “Real y Pontificia Universidad de San Marcos”. Luego, en 1576, encontrándose de rector el jurista Marcos de Lucio, la Universidad funcionó en un local situado en la plaza de la Inquisición, durante todo el virreinato y hasta los primeros años de la república. Posteriormente ocupó el antiguo local (la Casona).

### **3. Funcionamiento e ininterrumpida continuidad de la Decana de América**

Merece especial atención destacar que la Salamanca de América, como se suele denominar a San Marcos, empezó su trayectoria vital funcionando con trescientos cincuenta pesos de oro. A propósito, por ser ciudad “bien abastada de viandas e de pan”, Salamanca fue fundada y elegida en 1218 por Alfonso IX de León (1171-1230) y confirmada por Alfonso X de Castilla (1221-1284), como sede de la primera universidad de las Españas, aun cuando entre los años 1208 y 1214 nació en la península ibérica la Universidad de Palencia. Teniendo esto presente, años más tarde se le dotó a San Marcos de la suma de veinte mil trescientos doce pesos, dinero con el cual el 3 de septiembre de 1576 se asignan *prima facie* dos cátedras de Gramática, una de Lengua General Indica, a cargo de Juan de Balboa, primer catedrático peruano de quechua; tres de Filosofía, a la par, Teología, conducida por fray Miguel Adrián: Prima, Vísperas y

Escritura. Y otras tantas de leyes: Prima, Víspera e Instituta, regentadas por el jurista Jerónimo López Guarnido (1525-1596), calificado con posibilidades como el primer maestro del Derecho en América. También dos de Cánones: Prima y Vísperas, a cargo de Fernando Vásquez Faxardo, y la de Medicina, dictada por Antonio Sánchez Renedo (1518-1579). Estas cátedras, desde el plano cronológico, funcionaron de manera indistinta.

En el orden jurídico, como lo ha recordado Raúl Porras Barrenechea (1897-1960), la Universidad y los colegios no solo difundieron enseñanzas universales del derecho romano y encarnaron en nuestra legislación el noble hábito moral del derecho castellano y de las Partidas, sino que, a través de los juristas que vivieron en Lima y respiraron el aire de nuestra cultura, se hallaron y definieron, con excelsitud doctrinaria, las líneas esenciales del nuevo derecho hispano-indígena, que se plasmó en las obras de Antonio de León Pinelo (1595-1660), de Gaspar de Escalona y Agüero (1598-1659) y de Juan de Hevia Bolaño (1570-1623), y culminaron en la arquitecta vigorosa y libre de la Política Indiana, de Juan de Solórzano y Pereyra (1575-1655), escrita en Lima en días de completo absolutismo.

370

¿Y qué decir de las diversas causas patrióticas que, como consecuencia lógica, se fueron presentando a continuación? En efecto, San Marcos ocupa un alto sitio, producto de la férrea formación que brindó a los futuros padres de la independencia, empezando por los aportes en las Cortes de Cádiz de 1810. ¿Cómo olvidar a Vicente Morales y Duárez (1752-1812)? ¿Y, por cierto, el *Mercurio Peruano* (1791-1795) de cuya lectura se desprende el innegable influjo ideológico sanmarquino? También hay que significar la valerosa defensa de la patria realizada por los catedráticos y alumnos sanmarquinos durante el combate del 2 de mayo (1866) y en la guerra del Pacífico (1879-1883).

#### **4. Recibimiento a José de San Martín y Simón Bolívar en la Real Universidad de San Marcos**

No era la primera vez que la Decana de América realizaba una ceremonia de tal magnitud, de corte consuetudinario, siguiendo, de esa manera, la tradición que se daba en las universidades españolas y, como tal,

en las europeas. Se hallaba todavía en todo su frescor la arenga que había pronunciado el catedrático Manuel Villarán (1784-1859) y el discurso a cargo del sustituto de la cátedra de Prima de Medicina, Félix Devoto, con ocasión del acto literario dedicado por la Universidad de San Marcos a los ilustres militares que defendieran la plaza y puerto del Callao en las invasiones de la escuadra insurgente de Chile, en 1819.

Encontrándose como rector de la Universidad el canónigo Dr. Ignacio Mier, el protector José de San Martín (1778-1850), a través de su ministro Bernardo de Monteagudo (1789-1825), comunicó al claustro sanmarquino para el respectivo recibimiento, los días jueves 18 en la tarde y el viernes 19 de 1822 para el correspondiente sermón. El encargado del elogio al Libertador fue el catedrático de Vísperas de Leyes Justo Figuerola y Estrada (1771-1854), quien calificó a San Martín como “Genio de la Libertad”.

¡Y qué decir del imponente recibimiento y elogio que se hizo al Libertador caraqueño Simón Bolívar (1783-1830) pronunciado por el catedrático de Psicología, presbítero José Joaquín de Larriva y Ruiz (1780-1832), ocurrido el día sábado 3 de junio de 1826! En aquella época se encontraba en el sillón rectoral Miguel Tafur y Zea (1766-1833).

## **5. Acta de la jura de la independencia por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos el 30 de julio de 1821**

Como es de conocimiento público, el Acta de Independencia fue redactada por los vecinos notables el día domingo 15 de julio de 1821; en tal contexto, el Perú declaró solemne su independencia de la Corona española. La redacción del acta corrió a cargo del abogado sanmarquino y prócer Manuel Pérez de Tudela (1774-1863). Días después, el sábado 28 de julio del mismo año, don José de San Martín proclamó la independencia del Perú en la Plaza Mayor de Lima. Y con objetivo parejo, reafirmando su celo patriótico, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, justo cuando reinaba en su recinto la atmósfera intelectual del iusnaturalismo racionalista, el día 30 de julio de 1821 prestó el solemne juramento de la independencia en la capilla de la Antigua, a cargo de los docentes y alumnos, con lo cual la gran fermentación de la América morena se iba consolidando.

## 6. Reflexión final

A estas alturas, y sin más pretensiones que la de un muestrario, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por antonomasia, verdadero hogar del espíritu cultural, siguiendo una línea férrea de trabajo, se esfuerza por mantener a raya el orden y la tranquilidad, notándose en su ciudadela académica un interés científico en todas las áreas del pensamiento y empezándose a reformular sus ideas. En tal sentido, en los ojos contemporáneos, expresado en la sociedad del conocimiento, le queda al viejo claustro sanmarquino, de larga data, seguir cultivando esa rica tradición secular, democrática y libertaria.

Del mismo modo, en nuestro firme parecer, sus 470 años de existencia, yendo y viniendo días, avalan *per se* que estamos frente a la Universidad Real y Pontificia más antigua, la Decana de América. Una gota más, en análogo sentido: es la única con vida académica y administrativa ininterrumpida desde el siglo XVI hasta nuestros días, en pleno primer tercio del siglo XXI<sup>1</sup>.

---

1 La Universidad Nacional Autónoma de México se creó el 21 de septiembre de 1551, por Real Cédula emitida en la ciudad de Toro. Es decir, cuatro meses y nueve días después de la creación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La Universidad Autónoma de Santo Domingo se creó por la bula *In Apostulatus Culmine* de Paulo III el 28 de octubre de 1538.

# La legitimidad constitucional de los deberes

✍ JUAN ALBERTO CASTAÑEDA MÉNDEZ\*

## 1. Introducción

U n verano de 1787, acontecía un momento histórico en los Estados Unidos, se habían dado lugar en Filadelfia los redactores de la Constitución de Norteamérica. Aquella sede, estaba contorneada por una multitud de persona, de manera expectante e impaciente; cuando los redactores concluyeron su trabajo y al salir Benjamín Franklin del edificio, una de las personas que estaba en el conglomerado, se escabulló raudamente y de manera directa le preguntó *¿qué vais a darnos?*, la respuesta de Franklin fue “*Una República, si sabéis conservarla*” (PEREZ LUÑO A. E., 2016). La respuesta de Benjamín, nos posibilita justamente plantearnos la idea de una exigencia para una real legitimidad o necesidad de ejercer también nuestros deberes, no con la idea de reducir la atención

373

---

\* Abogado por la Universidad Cesar Vallejo - Trujillo, docente e investigador pre grado y post grado. Maestrante en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Maestrante en Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa en la Universidad Castilla de la Mancha – España. Doctorando en Gestión Pública y Gobernabilidad en la Universidad Cesar Vallejo y doctorando en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la especialidad de Constitucionalismo Latinoamericano por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación por la Universidad Castilla de La Mancha - España. Estudios de sociología del Derecho por la UBA - Argentina y UNAM -México. Ex Asesor en el Congreso de la República del Perú y procuraduría en asuntos constitucionales del Poder Judicial del Perú. Presidente del Instituto Iberoamericano de Investigación Interdisciplinaria Apex Iuris. Conferencista, articulista, autor y colaborador en diversos libros. castanedamendezjuanalberto@gmail.com jcastanedam@pucc.edu.pe

en la tutela de los derechos; todo lo contrario, la idea de tener buenos derechos y buenas instituciones pasa por estar atentos como ciudadanos y profesionales ejerciendo nuestros deberes. No hay mejor formar que ser conscientes de lo que tenemos y queremos, desde nuestras responsabilidades socio-constitucionales para mantener nuestras libertades en democracia.

## **2. La legitimidad de los deberes**

El fortalecimiento del Estado Constitucional no únicamente consiste en el hiper reconocimiento de los derechos fundamentales; también exige el reconocimiento de los deberes y la participación en la toma de decisiones institucionales de la gobernabilidad. Esto último, resulta una necesidad para una comprensión social de defensa, vigencia y tutela de los derechos, como una categoría consciente de cultura democrática comprometida por las autoridades como también por parte de los ciudadanos (as). Un asunto reivindicativo del binomio de lo público -privado y la inclusión de lo diverso.

374

Este tipo de cultura democrática y a su vez una necesidad para un lenguaje concreto de los derechos en una sociedad de venas abiertas (problemas sociales), pasa inicialmente por respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, realizar nuestras acciones ciudadanas conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Fortalecimiento que también demanda, el respeto y apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacional. Esto último que implica la urgencia de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, colaborando con el buen funcionamiento de la administración de justicia; y contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

Y aunque a veces a dichos deberes se les ha criticado de manera visceral desde la teoría por ser una suerte de cuestiones morales o meros postulados ideológicos, dichas críticas –quizás negativas– podemos asumirlas como una necesaria virtud para una real concretización de un



Estado Constitucional. Son aspectos morales e ideológicos que debemos fomentar, participar y construir.

Los derechos fundamentales necesitan al día de hoy, mecanismos concretos de realización; y nuestras autoridades en las diversas instituciones democráticas, sobre todo en los principales poderes políticos, necesitan de nuestra participación, control, fiscalización y no únicamente críticas desde un sofá a través de redes sociales o saliendo a marchar como eco de las ordenes de los medios de comunicación. Necesitamos realmente, comprender que la ciudadanía; no es una cuestión de edad, que no inicia a los 18 años y que solo nuestros derechos políticos son manifiestos cada 4 o 5 años para elegir autoridades.

### **3. El fortalecimiento del Estado Constitucional: ¿la legalidad?**

La ciudadanía como expresión de fortalecimiento de un Estado Constitucional, pasa por pensar y accionar durante el proceso democrático de nuestros derechos, a través del ejercicio de nuestros deberes frente a la persona, las instituciones democráticas, y la casa común (el medio ambiente). Deberes que de pronto queremos que sean exigidos a través de una ley y si esta sanciona la conducta, vernos obligados a cumplirlas. Cuando en realidad, los deberes con el prójimo, la sociedad, instituciones y la democracia, son cuestiones de libertad – legitimidad antes que de imposiciones legales. Uno lucha por los derechos desde los deberes, no solo desde la existencia de querer más reconocimientos de derechos; des-cuidando nuestras instituciones y el empoderamiento ciudadano.

Y en este punto de afrontar la imperiosa necesidad de legalidad, es necesario manifestar que la naturaleza del Derecho responde a una ciencia permeable y dialógica respecto de otras ciencias; sin embargo, su desarrollo como expresión judicial, normativa y de enseñanza, atiende a un lenguaje cada vez más hermético en su especialidad y mercantilista en su fomento. Factores que dificultan la posibilidad del dialogo y aptitudes entre ciencias para afrontar problemas que cada vez son complejos y necesitan enfoques integrales y sistémicos.

La posibilidad del diálogo no es posible, si se sigue pensando que el principio de legalidad es aquella válvula de cierre de todo sistema jurídico

como único enfoque y solución al problema, una situación que reduce lamentable el Derecho a una cuestión netamente legal - normativo, un anacronismo que se soporta como si fuera un dogma eterno e inexorable.

La violencia contra la mujer, la inteligencia artificial, delitos informáticos, contaminación biológica, seguridad electrónica, reglas de adjudicación internacional, corrupción sistémica, interculturalidad en zonas extracción, control de derecho por el fanatismo religioso, micro Estados privados y otros problemas complejos, que el Derecho como ciencia debe afrontar desde el constante diálogo reflexivo- práctico con las demás disciplinas, sabiendo administrar correctamente los disensos que hubiera desde los métodos de investigación socio-jurídicos.

Esta postura, no es una cuestión de moda y sin ninguna finalidad que aporte a la academia misma como a la sociedad. Todo lo contrario, es una postura que trae consigo fundamentos racionales e históricos en el marco de la necesidad por observar problemas socio-jurídicos o abordar elementos sociales desde una perspectiva dialógica entre ciencias. Asimismo, es una postura desde su trascendencia busca que el Derecho como las demás ciencias estén colmadas de humanismo. Esto último es vital en nuestros tiempos, donde la ética y valores en los profesionales se ha ausentado por supresión de la técnica o el simple hecho del querer material, ya decían los grandes maestros, ser y tener es la esperanza de servir al otro desde el conocimiento.

Ciencias como el Cine, que posibilitan hallar numerosos documentos gráficos y didácticos que contribuyen en el reconocimiento de problemas jurídicos, como los que a diario se enfrentan los jueces en el momento de resolver conflictos. ¿Cómo pensar la vida humana al margen del conflicto? Muchas veces el cine describe la naturaleza y el impacto de esas controversias y breves ante los que se enfrentan los jueces. ¿Cómo imaginar la vida sin el cine? Asimismo, la magnífica obra de Quino (Mafalda), un lúcido tratado de Justicia con mucha más claridad que la propia Teoría de la Justicia de John Rawls, por su lenguaje regional y sobre todo realmente democrático, dónde la libertad y la igualdad se entienden desde preguntas correctamente formuladas y argumentos colectivos- racionales, los cuales permite replantear postulados de vida con miras a mejor

horizonte como sociedad justa e igualitaria. O con el relato de Ante la Ley de F. Kafka, se nos advierte que si no es posible acceder a las promesas que la República ofrece a través de sus leyes e instituciones, ¿cuál es el propósito de contar con ellas? Salvo mejor parecer, cuando la Ley tiene sus “puertas abiertas”, pero a la vez estamos colmados de cancerberos cuya función es pasearnos o impedirnos el acceso, ella solo sirve como mero símbolo para aplacar el descontento y mantener el orden de cosas.

Es así que entre otras ciencias nos permite entender que estamos evolucionando técnicamente pero no humanamente. Y esto último es lo que se busca también rescatar desde el lenguaje dialógico para la legitimidad de los deberes, el humanismo como valor fundante atendiendo a la función social del Derecho Constitucional en nuestra sociedad. Una necesidad de reconocer que la Constitución no es únicamente la expresión de un texto legal; sino que, la Constitución somos nosotros, nuestros derechos como lo tutelamos y nuestros deberes cómo y en qué medida lo ejercemos.

#### **4. Apreciación final**

Es la Constitución que se consolida o debilita por nuestras acciones u omisiones, los males de nuestras instituciones o brechas socio-económicas no pasa por un nuevo texto constitucional y esperar que una nueva Constitución y las autoridades solucionen los problemas. Aquí, jugamos todos y todas, como hijo, padre o madre, funcionario o no; tenemos el deber de querer participar del asunto público, ser fiscalizadores críticos de nuestras instituciones y no permitir que nuble nuestro juicio algún programa reality show.

Si queremos un país con mejores niveles de acceso a la justicia e instituciones respetuosas de los derechos, debemos sí o sí, ejercer nuestros deberes desde casa, escuela, universidad y porque no entre amigos (as). Necesitamos sacar a la Constitución a las calles, al barro de la historia para una nueva mejor que merecemos y merecen nuestra generación venidera.



# El derecho de acceso a internet como derecho fundamental en la Constitución y los servicios públicos digitales

✉ JULIO NÚÑEZ PONCE\*

## 1. Introducción

La relación del Derecho Constitucional, Internet y Derechos Humanos se ha acrecentado en el contexto de la pandemia sanitaria del COVID-19, con el aislamiento social, el trabajo remoto, la virtualización de trámites administrativos, la mesa de partes judicial, la educación en línea, el monitoreo de la salud por medios digitales.

379

El derecho de acceso a Internet como derecho fundamental tiene una serie de principios orientadores, como son: acceso, pluralismo, no discriminación, privacidad. El acceso universal obliga al Estado a tomar las medidas para que el ciudadano sin discriminación y protegiendo sus datos personales tenga acceso a Internet.

Los servicios públicos digitales incluido el servicio de internet también van a ser analizados en el contexto del marco jurídico aplicable a los servicios públicos, que coadyuve a que el derecho constitucional de acceso a internet propuesto, se materialice.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Magister en Derecho Empresarial y Abogado por la Universidad de Lima. Profesor de Derecho de las Nuevas Tecnologías en la Universidad ESAN. Profesor de Tesis en la Maestría de Ciencias Penales en la UNMSM. Profesor de Legislación en Medios Digitales en la Escuela de Postgrado de la UPC. Profesor de Regulación de Servicios Públicos en la Facultad de Derecho de la UPC.

El objetivo de este aporte académico es reflexionar sobre la importancia y necesidad de incluir en la Constitución Política del Perú, el derecho de acceso a Internet como derecho fundamental y reflexionar sobre los servicios públicos digitales en nuestro ordenamiento constitucional en la actual realidad de transformación digital, distanciamiento social y emergencia sanitaria, en el marco del Bicentenario de nuestra independencia nacional.

## 2. Promoción y disfrute de los Derechos Humanos en Internet

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó: “que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet“ y exhorta a los Estados ”que promuevan y faciliten el acceso a Internet”<sup>1</sup>. Esta declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas ha permitido desarrollar una tendencia en el derecho constitucional de incluir como nuevo derecho fundamental al derecho de acceso a internet.

380

Los derechos de las personas deben tener una protección eficaz y adecuada en Internet, que incluye la libertad de expresión, la salud, la educación y el libre desenvolvimiento de la persona , resguardando su identidad digital , la efectiva protección de sus datos y el disfrute de los derechos humanos en Internet.

“La popularización del fenómeno de Internet, ha operado ya cambios en las formas de relación humana. Su escaso coste, junto con los entornos multimedia, que integran la información textual, con gráficos, sonidos e imágenes video, así como el placer de moverse en un ciber mundo inagotable, explican su crecimiento en proporción geométrica. No menos importantes son los servicios y transacciones que a través de ella pueden operarse...”<sup>2</sup>.

---

1 NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 20 periodo de sesiones. Tema 3 de la Agenda: Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. A/HRC/20/L13. 29 de Junio de 2012. Idioma Español. Idioma Original: ingles.

2 SUNE LLINAS, Emilio: “La Sociedad Civil en la Cultura Post contemporánea” Ed. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones. Madrid, España. 1998, p. 138.

En el contexto de la pandemia sanitaria del COVID-19 el derecho a la vida, a la salud, a la educación, entre otros, han estado directamente relacionados con el derecho de acceso a Internet. Con respecto a la educación, el Decreto Legislativo 1496<sup>3</sup> modificó la Ley Universitaria estableciendo que la modalidad a distancia o no presencial, se caracteriza por la interacción, simultánea o diferida, entre los estudiantes y los docentes, facilitada por medios tecnológicos que propician el aprendizaje autónomo. Esta modalidad admite, sin desnaturalizarla, procesos de interacción en tiempo real.

### **3. Derecho de acceso a internet como Derecho Fundamental**

Hay que tener en cuenta que el derecho de acceso a internet es un derecho habilitador que permite el ejercicio de otros derechos como el de libertad de expresión, salud, educación cultura. El derecho de acceso a internet fue objeto de un proyecto de ley de reforma constitucional<sup>4</sup> proponiéndose añadir a la Constitución Política del Perú, el artículo 14-A: “El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal a Internet. El Estado garantiza y promueve este derecho en el marco de la inclusión ciudadana a la cultura y alfabetización digital, mediante el uso de las tecnologías de información y comunicaciones”. En la exposición de motivos de este proyecto de ley se afirma: “consideramos que el acceso a internet debe ser estimado como derecho fundamental inherente a la dignidad humana, que permita a todo ciudadano ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como la irradiación a otros derechos fundamentales tales como educación, salud, información y libertad de expresión”.

---

3 Decreto Legislativo 1496, que modifica el artículo 47 de la Ley 30220, Ley Universitaria. Publicado en el Diario Oficial El Peruano. Separata de Normas Legales. Lima, 10 de Mayo de 2020, p. 32.

4 Proyecto de Ley 3156/2018-CR, Proyecto de Ley de Reforma Constitucional el Derecho de Acceso a Internet, como derecho fundamental progresivo en la Constitución Política del Perú. Recibido el 01 de Agosto de 2018, a las 12, 34 p.m. en el área de tramite documentario del Congreso de la República del Perú.

Posteriormente, en el Perú se han presentado otros proyectos de ley<sup>5</sup> para reconocer el derecho de acceso de internet como derecho fundamental, los que han sido consolidados con la propuesta aprobada por el Congreso de la Republica en una primera legislatura<sup>6</sup>, de incorporar en el artículo 14 de la Constitución el siguiente texto: “El Estado garantiza el derecho de acceso a internet. En las entidades, instituciones y espacios públicos su acceso es gratuito. Asimismo, promueve el desarrollo científico y tecnológico del país a través de la formación en las tecnologías de la información y comunicación, en especial para el sector educativo y en las zonas rurales del país”. Esta Reforma Constitucional para proceder deberá ratificada en la siguiente legislatura, previo debate en el congreso, que debiera incluir la opinión de expertos jurídico digitales así como la participación de distintos sectores como la academia, la tecnología, el gobierno y la sociedad civil.

En México con la reforma del 10 de junio del 2013, el derecho de acceso a internet es un derecho garantizado por la Constitución Política, estableciéndose que: “El Estado garantizara a la población su integración a la Sociedad de la Información y el Conocimiento , mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales” (Art.6, B: I). En otros países como Grecia y Francia se ha reconocido el derecho de participar en la Sociedad de Información, siendo el accesos de internet un derecho básico y en Costa Rica se ha reconocido el derecho de acceso a internet como derecho fundamental<sup>7</sup>.

---

5 Vid. Proyectos 3607/2018, 5600/2020/CR y 5843/2020-CR.

6 El Congreso de la Republica el 11 de Marzo de 2021, aprobó por unanimidad (104 votos) y en primera votación, la reforma constitucional que reconoce como derecho fundamental el derecho de acceso a Internet, y para ello modifica el artículo 14 de la Constitución Política del Estado. De acuerdo con el artículo 206 de la Constitución y el artículo 81 del Reglamento del Parlamento, esta reforma tendrá que ser sometida a debate y a una segunda votación en una siguiente legislatura.

7 En 2008 la Constitución de Grecia fue revisada por la Resolución del Parlamento del 27 de mayo de 2008. Incluidos en su nuevo derecho que “todas las personas tienen derecho a participar en la Sociedad de la Información”. En Francia el Consejo Constitucional Francés en la sentencia 2009-580 DC de 10 de junio de 2009, reconoció como un derecho básico el acceso a internet. Por otra parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema



Internet es una vía de acceso a la información y a la cultura que se vuelve indispensable para el desarrollo personal y social de cada ciudadano. Las Tecnologías de Información y Comunicaciones, los smartphones, las redes sociales, son elementos indispensables para la vida de las personas. En este sentido, debemos tener presente que los derechos fundamentales tienen como objetivo salvaguardar las necesidades básicas de todo ser humano en la sociedad. El acceso a Internet en la actualidad, es una necesidad básica para todo ser humano que le permiten disfrutar otros derechos humanos como la salud y la educación y por tanto debe estar normado y garantizado dentro de la Constitución Política del Perú.

Hay que tener en cuenta que “los principios y derechos constitucionales, dejan en claro que también las relaciones que ocurran en ambientes virtuales deben ser respetados los derechos previstos en la vigente Carta Magna y las demás leyes del ordenamiento nacional”<sup>8</sup>. Por tanto, el derecho de acceso a Internet como derecho fundamental garantiza el ejercicio de otros derechos fundamentales en el entorno digital y en su redacción debe tener en cuenta la problemática jurídico digital presente en nuestra sociedad actual.

#### **4. Los servicios públicos digitales, la Constitución y el acceso a internet como Derecho Fundamental**

Con respecto al derecho de acceso a internet como derecho fundamental en la Constitución y los servicios públicos digitales “es bueno recordar que la Constitución no termina en la letra que está escrita en sus artículos. La Constitución es un complejo homogéneo que además de letra, tiene espíritu y raíz histórica...Quiere decir que, implícitamente, hay muchas condiciones a respetar, que la letra de la Constitución no

---

de Justicia de Costa Rica en la sentencia 12790-2010, reconoció el acceso a Internet como derecho fundamental.

8 CASTRO MACHADO, Aline: “Princípios e Direitos Constitucionais no Direito Digital”. En Libro: *Direito Digital: Novas teses jurídicas*. Ed. Lumen Juris Ltda. Rio de Janeiro, Brasil. 2018, p. 13.

señala, pero que surgen de su espíritu”<sup>9</sup>. Para materializar este derecho es necesario que los servicios públicos relacionados a la prestación de internet sean tomados en cuenta en su real dimensión, en el contexto de la transformación digital.

“La Transformación Digital del Estado implica un cambio cultural y administrativo importante y trascendental”<sup>10</sup>, que incluye el uso intensivo de internet, como un proceso continuo, disruptivo, estratégico para generar efectos económicos, sociales y de valor para las personas. Los servicios públicos digitales complementan el entorno homogéneo que rodea al derecho de acceso a internet. En este orden de ideas, “L. Duguit definió el servicio público como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, pues dicha actividad resulta indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social...”<sup>11</sup>. En el contexto de la emergencia sanitaria del COVID 19, los servicios públicos que son prestados en el entorno digital tienen especial relevancia, para la realización de otros derechos fundamentales como salud, educación, justicia, entre otros.

384

Conforme la Ley de Gobierno Digital<sup>12</sup>: “el servicio digital es aquel provisto de forma total o parcial a través de Internet u otra red equivalente, que se caracteriza por ser automático, no presencial y utilizar de manera intensiva las tecnologías digitales, para la producción y acceso a datos y contenidos que generen valor público para los ciudadanos y personas en general”. Los servicios digitales se proveen parcial o totalmente por Internet, por lo que garantizar su acceso a nivel constitucional respalda su efectiva prestación en forma continua, idónea y con mejora continua.

---

9 BIDART CAMPOS, German J. “Diseño del Poder en la Constitución Argentina de 1865-60”. En: *Revista IUS ET PRAXIS*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, Perú. Número 7. Julio 1986, p. 49.

10 NUNEZ PONCE, Julio: “Identidad Digital, Derecho y Gobierno Inteligente: Hacia el fortalecimiento del Gobierno Digital”. En Libro “El Derecho de las TIC en Iberoamerica”. Ed. La Ley y FIADI. Montevideo, Uruguay, 2019. Pag.1217.

11 HERREROS LOPEZ, Juan Manuel: “Estado Social y Servicio Público”. En Libro: *Ética y Servicio Público*. Ed. Plaza y Valdés S.L. Madrid, España. 2010, p. 155.

12 Decreto Legislativo 1412, Ley de Gobierno Digital. Diario Oficial El Peruano, Separata de Normas Legales, Jueves, 13 de setiembre de 2018. Lima, Perú, p. 4.

Por otra parte, la Neutralidad de Red es un principio regulatorio, adoptado en el Perú<sup>13</sup>, por el cual se busca proteger el derecho a la libre elección de los usuarios del servicio de acceso a internet, es decir el derecho de acceder de manera legal, a cualquier aplicación, o protocolo, servicio o tráfico disponible en su servicio de acceso a Internet.

En concordancia con este marco regulatorio, OSIPTEL aprobó el Reglamento de Neutralidad en la Red<sup>14</sup> que tiene por objetivo determinar las medidas permitidas, y las medidas prohibidas. Como medidas permitidas tenemos las realizadas por mandato judicial y las adoptadas en situación de emergencia. Asimismo, como medidas permitidas tenemos las autorizadas de gestión de direcciones IP, duración de la sesión dinámica en la red, almacenamiento temporal de contenidos, filtro y/o bloqueo de servicios y/o aplicaciones a solicitud del abonado, filtro y/o bloqueo en cumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado o con motivo de una norma específica. Como medidas prohibidas se establecen la gestión arbitraria de tráfico, el filtro y/o bloqueo arbitrario de servicios y/o aplicaciones, diferenciación arbitraria de atributos en el servicio de acceso a Internet.

## **5. Conclusiones**

- a) Una reforma constitucional es la forma más adecuada para reconocer este derecho, de palpitante actualidad en nuestra sociedad actual. Ha habido iniciativas legislativas en este sentido y es necesario que se culminen con éxito y se incluya el derecho de acceso a internet en la Constitución Política del Perú. Dado el avance de haber sido aprobada en una primera legislatura una iniciativa de reforma constitucional, será necesario un debate donde participen expertos jurídico digitales además de los representantes de los sectores involucrados, antes que el Congreso entrante del periodo 2021 a 2026, lo trate en una segunda legislatura.

---

13 Adoptado mediante Ley 29904 y su Reglamento 014-2013-MTC.

14 Resolución 040-2005-CD/OSIPTEL, Reglamento de Neutralidad en la Red.

- b) Hay países que ya han reconocido este derecho en su ordenamiento jurídico, como México, Grecia, Costa Rica y Francia. Es momento que el Perú de un paso adelante en este sentido. La coyuntura de la pandemia sanitaria del COVID-19 ha evidenciado la importancia del ejercicio de derecho de acceso a Internet, como derecho habilitador de otros derechos como la salud, la educación, el trabajo, entre otros. La brecha digital debe ser disminuida y el acceso a internet debe ser optimizado en conectividad, velocidad y cobertura.
- c) La redacción de la reforma constitucional que reconozca el derecho de acceso a internet debe reflejar que “la intención de construir un derecho para la sociedad digital”<sup>15</sup>, partiendo de un precepto constitucional que influye en distintos sectores, no solo en educación, sino también en el teletrabajo, economía digital, cibercultura, telesalud, seguridad digital, gobierno digital y otros sectores. Con una visión integral y sistémica, debe analizarse el texto aprobado y la forma de mejorarlo, teniendo en cuenta la regulación de los servicios públicos, las normas sobre los servicios digitales en el marco legal del gobierno digital, la protección de datos personales y las disposiciones sobre la neutralidad en la red.
- d) Estas reflexiones constitucionales en el Bicentenario de la independencia nacional deben consolidar la necesidad y trascendencia de incluir como derecho fundamental el derecho de acceso a internet, considerando la experiencia comparada y los aspectos distintivos de la realidad nacional. El Derecho Digital y de las Nuevas Tecnología permite una visión holística y coherente de la realidad tecnológica, que unida a la visión constitucional puede aportar elementos, que enriquezcan el avance transitado en nuestro país.

---

15 VIVANT, Michel: “El Derecho Digital: Entre una aproximación técnica y una reflexión societal”. En Libro: *El Derecho de las TIC en Iberoamerica*. Ed. La Ley y FIADI. Montevideo, Uruguay, 2019, p. 1312.



## **Bibliografía**

1. BIDART CAMPOS, German J. “Diseño del Poder en la Constitución Argentina de 1865-60”. En: *Revista IUS ET PRAXIS*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, Perú. Numero 7. Julio 1986, p. 49.
2. BONILLA, Haideer: “El acceso a Internet como Derecho Fundamental”. En: *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 15, 2016. ISSN-1659-3707.
3. CASTRO MACHADO, Aline: “Princípios e Direitos Constitucionais no Direito Digital”. En Libro: *Direito Digital: Novas teses jurídicas*. Ed. Lumen Juris Ltda. Rio de Janeiro, Brasil. 2018, p. 13.
4. HERREROS LOPEZ, Juan Manuel: “Estado Social y Servicio Público”. En Libro: *Ética y Servicio Público*. Ed. Plaza y Valdés S.L. Madrid, España. 2010, p. 155.
5. NUNEZ PONCE, Julio: “Identidad Digital, Derecho y Gobierno Inteligente: Hacia el fortalecimiento del Gobierno Digital”. En Libro: *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*. Ed. La Ley y FIADI. Montevideo, Uruguay, 2019, p. 1217.
6. ONU: Asamblea General 20 periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda. 29 de Junio del 2012. Naciones Unidas A/HRC/20/L.13.
7. RIVERA ESCOBAR, Yulian Stefani: El acceso a Internet como Derecho Fundamental frente al Derecho a la Educación Básica Primaria en Colombia (Estudio de viabilidad de Reforma Constitucional) . Universidad Santo Tomás. Especialización en Derecho Administrativo. Bogotá D.C. 2016.
8. SUNE LLINAS, Emilio: “La Sociedad Civil en la Cultura Post contemporánea” Ed. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones. Madrid, España. 1998, p. 138.
9. VIVANT, Michel: “El Derecho Digital: Entre una aproximación técnica y una reflexión societal”. En Libro: *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*. Ed. La Ley y FIADI. Montevideo, Uruguay, 2019, p. 1312.



# Bicentenario y constitucionalismo peruano

¿El acecho de un futuro aún incierto?

✎ KATHERINEE ALVARADO TAPIA\*

“Soy un peruano más que entiende el sentido de la patria como un conjunto de derechos inalienables y al mismo tiempo, como un repertorio de deberes a través de una inmensa diversidad de actividades (...). Si hay un camino viable para el Perú, no en un futuro impreciso, sino en los días y años inmediatos, es decir si existe la factibilidad para que nuestros hijos, los hijos de todos, vivan mejor que nosotros”.

389

Jorge Basadre Grohmann.

XVIII Conferencia Anual de Ejecutivos  
(CADE). Tacna, 1979.

## 1. Introducción

**E**n este año 2021, la conmemoración del bicentenario de nuestra independencia, episodio que inaugura una república peruana colmada de sueños y esperanzas, pero innegablemente plagada de contradicciones, se da en un contexto inusual, intenso, doloroso, lleno de incertidumbre y a la vez con grandes desafíos que afectan a todos los peruanos por igual.

---

\* Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque). Maestra en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque). Master en Especialización e Investigación en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Pasante en el Área de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica (Argentina).

El bicentenario nos ofrece una oportunidad única para sopesar los avances y también las regresiones de nuestro devenir histórico-político de los últimos dos siglos, también nos ofrece la posibilidad de plantearnos una insondable reflexión acerca de qué país hemos construido y cuál queremos para el futuro.

En buena parte, los últimos gobiernos de turno, han sido los que han impedido el progreso de la nación en su conjunto, los problemas se encuentran en la base de la priorización y afianzamiento de otras dinámicas muy alejadas de la realidad de millones de peruanos, síntomas por demás evidentes de la inestabilidad y el desequilibrio en el Perú. Entre autoridades caprichosas y autoritarias y una ciudadanía indolente, se perdió mucho tiempo, tal vez demasiado, y la configuración constitucional no ha terminado de consolidarse, aunque nunca es vano el esfuerzo de luchar por la recuperación del tiempo perdido.

Si bien es cierto, la pandemia provocada por el Covid-19, ha ocurrido recientemente, y no ha hecho más que intensificar la crisis entre instituciones, organizaciones de diversa índole y por supuesto la sociedad civil. El centro de atención es analizar y concretar reformas que aparecen siempre postergadas y que ahora urgen desarrollar para enfrentar nuestro futuro con confianza y optimismo de que el cambio será real y sobre todo duradero.

A continuación, abordaremos lo que consideramos representan algunos de los grandes temas pendientes que se ubican en el centro mismo de nuestro inicio como nación libre e independiente, se relacionan con la forma en como entendemos nuestra identidad nacional, la cual históricamente aparece fracturada, conduciéndonos a conflictos permanentes y hasta aparentemente irreconciliables, urge pues la consolidación de nuestro incipiente constitucionalismo.

## **2. La Constitución y el inadvertido sentimiento constitucional**

La Constitución, se concibe como norma suprema pero también como un pacto que necesariamente debe representar la cultura, la idiosincrasia y la identidad nacional, se basa en el sentimiento de pertenencia en



relación con la diversidad de sus características, costumbres y por su puesto con su organización jurídica política y social. A través de ella la nación, no sólo se organiza jurídicamente, sino que declara en forma solemne los valores supremos en los que cree. Como afirma SÁCHICA, por su carácter político, la Constitución contiene “(...) *directrices filosóficas; su espíritu dirige la actuación de los funcionarios públicos a través de determinados juicios de valor que justifican la legitimidad del accionar político*”.<sup>1</sup>

Además, la Constitución cumple una función esencial, pues constituye la base del sistema jurídico brindándole unidad y sentido, tanto en su aspecto formal -producción de nuevas normas jurídicas-, como material -respecto de su contenido prescriptivo-. Ella cumple una función vital de todo el sistema de fuentes, todo el derecho positivo encuentra en ella su fundamento de validez y debe ajustarse en su sentido y alcance a la misma, al momento de establecer el contenido de un mandato infraconstitucional.

Una de las características propias de nuestro constitucionalismo histórico, es que las constituciones políticas se han gestado bajo la visión taumatúrgica de que ellas podrán, en sí, solucionar los grandes problemas nacionales, cuando en rigor, el trasfondo de cada Constitución ha sido fruto y resultado de singulares crisis políticas que cambiaban los rumbos del Estado al vaivén de los intermitentes caudillos que hemos tenido, incluso hasta el presente siglo. “(...) *El trasfondo de cada Constitución ha sido fruto y resultado de singulares crisis políticas que cambiaban los rumbos del Estado al vaivén de los intermitentes caudillos que hemos tenido, incluso hasta el presente siglo. Quebrada la institucionalidad jurídico-política pre-existente, había la necesidad de que los nuevos regímenes se legitimaran en función de la ficción jurídica que implicaba una nueva carta política*”.<sup>2</sup>

- 1 SÁCHICA, Luis Carlos. “Derecho Constitucional General”. Editorial Temis, Colombia, 2006. p. 23.
- 2 PALOMINO MANCHEGO, José Félix. “Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993”. En: *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*. 1ra. reimpresión. Coordinadores Diego Valadés y Miguel Carbonell. UNAM, México, 2004, p. 279.

Las raíces e influencias del conservadurismo liberal, el republicanism y la democracia en nuestra la cultura constitucional, ha experimentado constantes cambios, pocos avances y muchos retrocesos en la defensa de principios constitucionales tan importantes como el respeto y garantía de la dignidad, la libertad y la igualdad.

La Constitución, debería haberse consolidado como una herramienta en virtud de la cual la sociedad se organice a sí misma, es justamente esta dimensión la que fundamenta la actividad política a la que representa. Esa relación especial y la función de intermediación constante entre la dimensión política y la jurídica, imponen condiciones especiales a su eficacia como la capacidad de ordenar la convivencia, lo cual dependerá tanto del instrumento constitucional como de la realidad que ha de ser constitucionalizada.

Enfatiza sobre este aspecto Nogueira, *“Una Constitución solo tendrá durabilidad si ella es obra de la participación y adhesión de los diversos sectores que integran la sociedad política y el conjunto de la colectividad la hace suya, ella no permanecerá si es obra sólo de una parte del cuerpo político de la sociedad; únicamente la adhesión sustantiva del conjunto de la sociedad es garantía de eficacia de las normas constitucionales y de su perdurabilidad, asimismo otorga a los gobernantes la autoridad para exigir de modo legítimo su acatamiento”*.<sup>3</sup>

392

La ineludible solución a este desarraigo es el acercamiento ciudadano al ethos constitucional mediante una educación de la “conciencia o sentimiento constitucional” y también mediante reformas que la modernicen y que permitan la adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política-social. Se requiere una Constitución que cumpla un rol promotor de la participación ciudadana, que se relacione razonablemente con la realidad social, lo cual tan sólo sería asequible por un enorme esfuerzo político que llegue a reconocer sus desaciertos en el planteamiento e implementación de políticas públicas.

---

3 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”. Revista Cuestiones Constitucionales, Número 36, enero-junio, UNAM, 2017, p. 330.

El sentimiento o conciencia constitucional, que trasciende a toda discrepancia, y que integra a gobernantes y a gobernados en el marco de un imperativo orden comunitario, es una confirmación de que, en un país dividido, esta conciencia constitucional sólo sería posible en un ambiente o momento constituyente favorable para su realización.

Podemos inferir que el concepto de identidad nacional resulta clave para analizar y comprender algunos de los fenómenos políticos contemporáneos entre ellos el denominado sentimiento constitucional. Es imposible que cada individuo pueda conformar de forma antojadiza este sentimiento, ni pertenecer a la nación de su preferencia. Un pueblo se despliega en nación mediante un acto de conciencia de sí mismo y sobre todo de voluntad.

El sentimiento constitucional, en perspectiva constitucionalista, constituye un factor por demás relevante, y ha sido definido por Lucas Verdú como: *“la adhesión íntima a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estima (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia”*.<sup>4</sup>

393

La exaltación de esta afección en una sociedad, será siempre un criterio adecuado para medir su madurez cívica y el nivel de su cultura política. Por el contrario, su ausencia será la presencia inevitable de un resentimiento constitucional, lo cual es grave pues es producto de ciertas disfuncionalidades del sistema jurídico-político.

Lamentablemente, la más evidente disfuncionalidad, es el elevado nivel de corrupción que, según versados historiadores, en la década de 1990, superó al de todos los demás gobiernos de la historia moderna y sería comparable tal vez únicamente con el periodo actual. La corrupción no solo se ha generalizado, ha quedado ampliamente aceptada como algo intrínseco al sistema institucional cuando se ve asistida por normas

---

4 LUCAS VERDÚ, Pablo. “El sentimiento constitucional”. Reus, Madrid, 1985. p. 68.

informales, por gobiernos autoritarios, por la impunidad judicial y la falta de transparencia.<sup>5</sup>

### 3. Factores necesarios para concretar cambios en nuestro precario sistema constitucional

#### 3.1. El imperativo de una reforma constitucional

El derecho debe ser establecido desde el constitucionalismo, entendido este en su expresión contemporánea, como aquella garantía racional-normativa, centrada en una Constitución, en un documento solemne y formalmente protegido, que garantice los derechos individuales y establezca la orientación y control del poder para servir a la persona, individualmente y asociada, en los ámbitos local, nacional e internacional.

Necesitamos situarnos en el tiempo actualmente vivido, singularizado por cambios vertiginosos, profundos, generalmente efectuados dentro del ordenamiento jurídico vigente, pero con alteraciones completamente impredecibles. También es necesario realizar una aproximación prospectiva de aquellas reformas que nos ayuden a enfrentar la construcción de una renovada República, del Estado democrático y social de derecho y de una sociedad civil más plural. Considerando la especial configuración de nuestra Constitución, en cuanto a los mecanismos de reforma constitucional, no puede obviarse el elemento de la legitimidad, que implica que la reforma, y, con ello, la Constitución reformada, sean percibidas como manifestación de la voluntad política de la comunidad.

394

De acuerdo a Zúñiga, *“La Constitución adquiere como subsistema normativo iusfundamental, el carácter de un marco a distintas opciones de desarrollo-concretización, con un techo ideológico abierto, no será una Constitución “neutral” ni una Constitución “dirigente”, sino un marco cuya estabilidad-dinamicidad se juegan en el proceso político abierto (con momentos*

---

5 Cfr. QUIROZ NORRIS, Alfonso Walter. “Historia de la corrupción en el Perú”. IEP; Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, pp. 539-540.

*de conflicto e integración), con actores de la sociedad política y de la sociedad civil*<sup>6</sup>.

Debe reconocerse que las instituciones son precisamente las reglas de juego. Son normas que se cumplen, son valores sociales y culturales que aseguran una conducta leal, justa y correcta. Convierten en sostenibles el desarrollo y el bienestar en una nación. Por lo tanto, un supuesto fundamental para el funcionamiento adecuado de toda institución por más distinta que sea su naturaleza, será ostentar como mínimo, un consenso mayoritario y sólido en el servicio de sus propios fines. Si el inicio de este consenso crucial se reduce a raíz de otro fenómeno como el individualismo o el protagonismo desbordado de ciertas minorías puede desembocar peligrosamente en anarquía.

Consideramos que un proceso de reforma total de la Constitución, en el actual estado de emergencia que vive nuestro país, implicaría un mecanismo que no llegue a garantizar una plena democracia, es necesario esperar un adecuado momento constituyente. El factor de transición no puede ser un mero desiderátum circunstancial que surge erráticamente a propuesta de supuestos líderes mesiánicos, advenedizos en la política nacional.

395

No existiendo un adecuado escenario jurídico-político para concretar una reforma integral, el camino más prudente es continuar con cambios constitucionales parciales y progresivos, que aseguren avances concretos en aquellos aspectos que representen unidad y cohesión por encima de las discrepancias que signan nuestra nación.

### **3.2. La presencia de un auténtico liderazgo político**

Es necesario admitir la falta de liderazgo político en nuestro país, sabemos que el líder es el resultado de un proceso histórico y por tanto es una tarea compleja determinar la realidad dentro de la cual emergen. El

6 ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Nueva constitución: reforma y poder constituyente en Chile". Instituto de investigaciones jurídicas. Serie doctrina jurídica. Número 482, UNAM, México, 2014, pp. 91-92.

proceso del liderazgo debe ser visto como parte de la dinámica del conflicto social, de la estructura del Estado, del funcionamiento del poder, de la organización de los partidos, alianzas, movimientos políticos y sociales; y de la problemática de la gobernabilidad.

El tema en cuestión, también se vincula con el de las eficientes capacidades que podemos tener como ciudadanos y con mayor impacto en quienes anhelan influenciar en los demás. En nuestra idiosincrasia nacional se encuentra muy arraigada la idea de considerar que alguien notablemente competente en alguna o algunas materias, lo es así para todo, olvidando el extenso campo de las incompetencias propias también de la naturaleza humana. En otras palabras, los conceptos de líder o de liderazgo, para que se configuren adecuadamente deben estar unidos a una aptitud concreta, que exija cierta preparación y que logre cumplir la misión propia de quien dirige.

396

Resulta oportuno mencionar una célebre frase del novelista británico, Robert Louis Stevenson, quien afirmaba que la política es la única profesión para la que no se considera necesaria ninguna preparación. Posiblemente tenga la razón, considerando nuestro histórico pasado y caótico presente pero no es menos cierto, que la persona que pretenda convertirse en autoridad en base al principio de representación, deba hacer gala de una cualidad indispensable, liderazgo político.

Un líder político, debería estar plenamente identificado con el proceso político que impulsa y desarrolla auténticamente. Debería ser un conductor con cierto prestigio intelectual y humano, de reconocida capacidad de mando y ejecución, capaz de generar seguidores organizados democráticamente y comprometidos con su causa, para el ejercicio del poder. No puede hablarse de liderazgo político si no se refiere también a valores, ética y confianza.

Pero en el día a día, nos damos cuenta que ni siquiera comparte los mismos valores, y de pronto tampoco la misma perspectiva porque cambió de visión a la mitad de camino. Inmensos costos históricos han tenido que asumir nuestra nación, por la designación de personas que no estaban adecuadamente preparadas para el ejercicio del poder. Necesitamos un

Estado que no esté dirigido a decirnos cómo hacer las cosas, sino que proteja nuestras decisiones, las cuales deben ampararse en las disposiciones que impone la Constitución, que brinde seguridad jurídica, que no ostente conductas arbitrarias y ordene una adecuada administración de justicia, entre otros aspectos relevantes.

Si es viable formar futuros líderes, no es tarea fácil claro está. En primer lugar, debemos superar nuestras limitaciones, sobre todo institucionales y culturales. En segundo lugar, debemos confiar en nuestra generación de jóvenes peruanos, que ha demostrado sentido de responsabilidad y de grandeza. Los nuevos conductores deben responder a este complejo proceso. En tercer lugar, será decisivo el sistema educativo para la creación de espacios que favorezcan el surgimiento de nuevos liderazgos políticos e impulsen la institucionalización de una gobernabilidad democrática.

#### **4. Conclusiones:**

- a) Es trascendental que nuestro país pueda revalorar su proyecto de nación, porque le permitirá trazar objetivos, establecer prioridades, proponer planes de acción y metas a mediano y largo plazo. Esto es indispensable pues es la forma en que una sociedad logra progresar en diversos ámbitos como el económico, político, social y cultural. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad en busca de una patria honesta, justa, equitativa, inclusiva, integrada, competitiva y con valores.
- b) Un proceso de reforma total de la Constitución, implicaría un mecanismo que no llegue a garantizar una plena democracia, es necesario esperar un adecuado momento constituyente. No existiendo un conveniente escenario jurídico-político para concretar una reforma integral, el camino más prudente es continuar con cambios constitucionales parciales y progresivos, que aseguren avances concretos en aquellos aspectos que representen unidad y cohesión por encima de las discrepancias que signan nuestra nación.

- c) Una de las condiciones predeterminantes para que existan auténticos líderes políticos son las instituciones, y dentro de esas instituciones está primero el respeto a nuestro sistema constitucional, que tutela a su vez la libertad, la igualdad y la propiedad privada, que propende el respeto a las decisiones que se tomen entre las personas como a su seguridad e integridad física. Los líderes tienen que inspirar, guiar, tomar decisiones, conducir el grupo social con cierto prestigio intelectual y humano, deben ser capaces de generar seguidores organizados democráticamente y comprometidos con su causa, para el ejercicio del poder de acuerdo con lo planificado.



# La consagración constitucional de los derechos fundamentales en el Perú

Una mirada breve camino al Bicentenario

✉ KRÚPSKAYA ROSA LUZ UGARTE BOLUARTE\*

## 1. Introducción

**E**l Perú en su historia republicana tuvo doce Constituciones, y en estas se recogió y protegió al principio como libertades y garantías, y posteriormente se regularon los derechos fundamentales, según el contexto y la realidad de cada época. Es importante revisar el proceso de evolución de los derechos fundamentales reconocidos inicialmente como garantías fundamentales para las primeras Constituciones, en estos 200 años de República. Es un trabajo breve propuesto que permite revisar la historia desde dos enfoques, uno reconocer la estructura del Estado peruano a nivel de las 12 Constituciones, y en segundo lugar identificar los derechos fundamentales reconocidos.

399

---

\* Krúpskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte, es abogada por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco - UNSAAC. Doctora por la Universidad Carlos III de Madrid - España (CUM LAUDE). Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, y DEA en Derecho Internacional Público. Magister por la Universidad Carlos III de Madrid/ España, con mención en Derechos Fundamentales. Egresada de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Docente titular de la Cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en otras casas de estudio.

## **2. Los derechos y garantías fundamentales a través de las Constituciones Republicanas**

### **2.1. Constitución Política de la República Peruana de 1823 (Jurada en Lima el 20 de noviembre de 1823)**

Es la primera Constitución, fue denominada Constitución Política de la República Peruana de 1823, fue el texto constitucional elaborado por el Primer Congreso Constituyente del Perú, y era de tendencia liberal. Esta carta política constaba de 194 artículos, divididos en tres secciones, la primera sección trata sobre La Nación Peruana; la segunda, sobre Del Gobierno; y la tercera, sobre los medios de conservar el gobierno. La estructura de la Constitución de 1823<sup>1</sup>, consta de tres Secciones, en la Sección Tercera: De los Medios de Conservar el Gobierno, contiene cinco capítulos, y en el Capítulo V ubicamos Las Garantías Constitucionales (del artículo 193 al 194), en el artículo 193, reconoce: La Libertad civil, la seguridad personal y la del domicilio, la propiedad, el secreto de las cartas, el derecho de las peticiones, la buena opinión, la libertad de imprenta, la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, y la igualdad ante la ley. En el capítulo IV Estado Político de los peruanos: Podemos identificar algunos derechos fundamentales consagrados, como la libertad (artículo 10), nadie nace esclavo (artículo 11), el reconocimiento de la ciudadanía nacional y extranjera (de los artículos 17 al 25).

400

### **2.2. Constitución para la República Peruana de 1826**

La Constitución Política para la República Peruana en el Nombre de Dios de 1826. Esta Constitución fue confeccionada por el Libertador Simón Bolívar y promulgada por el Consejo de Gobierno presidida por el Gran Mariscal Andrés de Santa Cruz, tuvo vigencia del 9 de diciembre de 1826 al 16 de junio de 1827, paradójicamente fue conocida como La Constitución Vitalicia o Bolivariana. (Paniagua Corazao V. , 2021)<sup>2</sup>. Esta Constitución contiene 150 artículos y en Título XI, contiene El Libro

---

1 Constitución Política de la República Peruana. Jurada en Lima. (1825). Lima: Imprenta Del Estado por J. Gonzalez.

2 Op. cit., p. 29.

Garantías protegiendo la libertad civil, la seguridad individual, la propiedad, la igualdad ante la ley (artículo 142), todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, toda casa de peruano es un asilo inviolable (artículo 143), todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República, según le convenga (artículo 144)<sup>3</sup>. Esta Constitución reconoce que son peruanos todos los nacidos en territorio de la República (artículo 11.1). Son ciudadanos los Libertadores de la República, los extranjeros que obtuvieran carta de ciudadanía (artículo 15), en el presente cuadro destacamos otros derechos reconocidos en la Constitución estudiada (artículo 158), entre otros.

### **2.3. Constitución Política de la República Peruana dada por el Congreso General el día 18 de marzo de 1828<sup>4</sup>**

La presente Constitución en el Título IX de las Disposiciones Generales regula desde el artículo 149 al 172 los derechos fundamentales. La Constitución de la República peruana dada por el Congreso General Constituyente del día 18 de marzo de 1828. Aprobada por el Congreso General Constituyente, bajo la presidencia de Javier de Luna Pizarro, promulgada por José de la Mar, presidente de la República, contiene 182 artículos; en el Título Segundo “De la Ciudadanía” reconoce, que todos los hombres nacen libres, el ejercicio de los derechos de ciudadanía, entre los más destacados (Paniagua Corazao V. , 2021). La Constitución de 1828 tiene un significado emblemático en el constitucionalismo peruano. Podemos observar que el Título II denominado De ciudadanía y Título IX denominado Disposiciones Generales, se reconocen derechos: La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley y la propiedad de los ciudadanos (artículo 149). Nadie nace esclavo en la República (artículo 152), Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa, pero bajo la responsabilidad que determina

---

3 Constitución Para La República Peruana. (1826). Lima: Imprenta de la Libertad por José María Masías.

4 Constitución Política de la República Peruana dada por El Congreso General Constituyente. (1828). Lima: Imprenta de José Masías.

la ley (artículo 153). Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República según le convenga, llevando consigo sus bienes, salvo el derecho de tercero, y guardando los reglamentos de policía (artículo 154). Todos los peruanos son iguales ante la ley (artículo 157). Es inviolable el derecho de propiedad (artículo 161). Todo ciudadano tiene el derecho de presentar peticiones al Congreso o al Poder Ejecutivo con tal que sean suscritas individualmente (artículo 168), entre otros artículos.

#### **2.4. Constitución Política de la República Peruana. Dada por la Convención Nacional el día 10 de junio de 1834<sup>5</sup>**

Aprobada por la Convención Nacional, bajo la presidencia de Marcos Farfán. Promulgada por Luis José Orbegoso, presidente de la República, contiene 187 artículos y 13 disposiciones transitorias. En el Título IX de Garantías Constitucionales, que va del artículo 144 al 168, regula la protección de derechos. Esta Constitución reconoce en el Título Segundo “De la Ciudadanía”, en su artículo 3, que son ciudadanos de la Nación Peruana, “todos los hombres libres nacidos en el territorio de la República”, contiene en su artículo 4 y 5 en los casos en que se suspende y pierde el ejercicio de los derechos políticos. En el título noveno contiene Garantías Constitucionales, señalando que ningún peruano está obligado a hacer lo que no mande la ley o impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 144). Ninguna ley puede tener efecto retroactivo (artículo 145). Nadie nace esclavo en el territorio de la República (artículo 145). Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República según le convenga (artículo 146). Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito o publicarlos por medio de la imprenta (artículo 147). Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República según le convenga (artículo 148). Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente (artículo 150). Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo; toda severidad inútil a la custodia de los presos está prohibida (artículo 157). Todos los peruanos son iguales ante la ley (artículo 158).

---

5 Constitución Política de la República Peruana dada por la Convención Nacional. (1834). Lima: Imprenta del Constitucional por Lucas de la Lama.

## **2.5. Constitución Política de la República Peruana, dada por el Congreso General el día 10 de noviembre de 1839**

El Congreso General reunido en Huancayo, Junín, dictó una nueva Constitución Política luego del fracaso de la Confederación Perú Boliviana. Según Altuve, “La Constitución de 1839, llamada de Huancayo, viene a significar en nuestra historia constitucional una de sus piezas más importantes, puesto que ha sido la primera ley fundamental que permitió un funcionamiento regular de las instituciones políticas de la República (...)”<sup>6</sup>. La estructura de la presente Constitución es la siguiente: Tiene 12 Títulos y 193 artículos. En el Título XIII se reconocen las Garantías Constitucionales, destacando el artículo 151, en la que “La Nación no reconoce pacto o estipulación alguna celebrada con las potencias extranjeras que no sea aprobada por el Poder Legislativo”. En la Garantías individuales, están reconocidos los derechos fundamentales desde el artículo 154 al 182<sup>7</sup>. Entre los que podemos destacar: Ninguna ley tiene fuerza retroactiva (artículo 154). Nadie nace esclavo en la República (artículo 155). Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República, según le convenga, llevando consigo sus bienes (artículo 157). La casa de todo peruano es un asilo inviolable (artículo 158). Es inviolable el secreto de las cartas (artículo 159). Todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes (artículo 161). Entre otros.

## **2.6. Constitución Política del Perú de 1856**

La Constitución de la República Peruana dada en 13 de octubre de 1856 fue promulgada en 19 del mismo mes. Mantuvo el equilibrio entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, se consideró nuevamente el sufragio directo, se establecieron las instituciones locales, entre ellas los Municipios y las Juntas Departamentales. En el Título I “De la Nación”

---

6 Altuve-Febres Lores, “La Constitución de Huancayo 1839” ,(s/f), p. 1, acceso desde 12 de marzo de 2021, <http://fernaltuve.com.pe/wp-content/uploads/2019/04/La-Constituci%C3%B3n-de-Huancayo-1839.pdf>

7 Constitución Política de la República Peruana dada por el Congreso General. (1839). Lima: Imprenta de José Masías.

en su artículo 2, señala que “La Nación es libre e independiente, y no puede celebrar pacto que se oponga a su independencia o integridad, o que afecte de algún modo su soberanía”. Cuenta con XIX Títulos, con 140 artículos<sup>8</sup>. En el Título IV se reconoce las Garantías Individuales (del artículo 15 al 31), se reconoce el derecho a la vida, en los siguientes términos: “La vida humana es inviolable (artículo 16). Nadie es esclavo en la República (artículo 17). Nadie será expatriado ni extrañado sin sentencia ejecutoriada (artículo 19). La propiedad es inviolable (artículo 25). Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en goce de los derechos de peruano (artículo 26). Es inviolable el domicilio (artículo 30).

### **2.7. Constitución Política del Perú reformada por el Congreso de 1860**

Aprobada por el Congreso de la República, bajo la vicepresidencia de Manuel de Mendiburu, promulgada por Ramón Castilla, Presidente Constitucional de la República, contiene 138 artículos y 19 títulos. Considerada de corte moderado. En el Título VI están las Garantías Individuales (artículo 14 al 32)<sup>9</sup>. Dentro de los Derechos reconocidos están reconocidos: Nadie está obligado a hacer lo que no manda ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 14). Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. La Ley protege el honor (artículo 16). No hay ni puede haber esclavos en la República. Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de juez competente (artículo 18). Las Cárceles son lugares de seguridad y no de castigo (artículo 19). La propiedad es inviolable (artículo 26). El derecho de petición puede ejercerse individual y colectivamente (artículo 30).

---

8 Constitución Política Del Perú. (12 de Febrero de 1856). Lima: Imprenta de M. Saona. Silva Santisteban, Nicánor.

9 Constitución Política del Perú Reformada por El Congreso de 1860. (1860). Lima: Edición Oficial - Imprenta de José María Masías.

## **2.8. Proyecto de Constitución que la Comisión de este nombre presenta al Congreso Constituyente de 1867**

La Constitución de 1867, tiene una vigencia de 60 años, los críticos la denominan una Constitución equilibrada, generó consensos, y tiene un perfil nacionalista, con una identidad marcada, goza de estabilidad institucional. Tiene 19 Títulos, y 131 artículos. En el Título IV de Garantías Individuales que va del artículo 13 al 31, se precisa los artículos que protegen los derechos fundamentales, entre los cuales podemos destacar: Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 13). Ninguna ley tiene efecto retroactivo (artículo 14). La vida humana es inviolable, la ley no podrá imponer de pena de muerte (artículo 15). El secreto de las cartas (artículo 21), son completamente libres la enseñanza primaria, media y superior y la función de universidades (...) la enseñanza primaria, media y superior protegida por el Estado (artículo 23). La propiedad es inviolable (artículo 25). Es libre el derecho de petición (artículo 28). El domicilio es inviolable (29)<sup>10</sup>.

405

## **2.9. La Constitución de 1920 y el Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas de 1929**

“La Constitución de 1920 fue redactada por la Asamblea Nacional convocada, tras la realización de un plebiscito, por el presidente Augusto B. Leguía, aprobándose en diciembre de 1919. Fue promulgada en enero de 1920 y estuvo en vigencia hasta abril de 1933” (Valdez-Stuard, 2019)<sup>11</sup>. Dicha Constitución contiene XIX título y 161 artículos. En el título III de Garantías Individuales del artículo 22 al 36 se reconocen los derechos fundamentales, asimismo se diferencia en el Título IV las Garantías Sociales (artículo 37 al 58)<sup>12</sup>. Podemos clasificar en la Constitución de 1920

---

10 Proyecto de Constitución que la Comisión de este nombre presenta Al Congreso Constituyente. (1807). Lima: Imprenta del Estado - Por J. Enrique del Canto.

11 Valdez-Stuard, “La Vacancia Presidencial por incapacidad moral permanente en el orden político peruano” (Universidad de Piura, (2019), p. 8.

12 La Constitución de 1920 y el Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas. Publicación Oficial. (1929). Lima: Imprenta Torres Aguirre.

tres tipos de Garantías, destacamos algunas: a) Garantías Nacionales: Todo el que ejerce cualquier cargo público es directa e inmediatamente responsable de los actos que practique (artículo 14). Las Leyes protegen y obligan igualmente a todos (artículo 17). La Ley protege el honor y la vida (artículo 21). b) Garantías Individuales: Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas ni sus creencias (artículo 23). Nadie podrá ser aprehendido por deudas (artículo 25). No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable (artículo 26). c) Garantías Sociales: La Nación reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están seguidas por la ley (artículo 37). Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles (artículo 41). El protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. (artículo 58).

## **2.10. Constitución Política del Perú sancionada por el Congreso Constituyente de 1931. Promulgada el 9 de abril de 1933**

Promulgada el 9 de abril de 1933, aprobada por el Congreso Constituyente presidido por Clemente J. Revilla. Promulgada por Luis M. Sánchez Cerro, Presidente Constitucional de la República [...]. Esta Constitución contiene, 15 Título, 236 artículos y 9 Disposiciones Transitorias. Se aprobó el voto a los mayores de 21 años, pero no se incorporó a las mujeres. En el título II de Garantías Constitucionales, se protege en el Capítulo I Las Garantías Nacionales y Sociales, y en el Capítulo II, regula las Garantías Individuales (artículo 55 al 70)<sup>13</sup>. La Constitución de 1920, incorporaba varios de los derechos sociales. Entre las Garantías Individuales, podemos mencionar a: A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución (artículo 55). La libertad de conciencia y de creencia es inviolable. Nadie será perseguido por razón de sus ideas (artículo 59). El derecho de petición

---

13 Constitución Política del Perú sancionada por el Congreso Constituyente de 1931. Promulgada el 9 de abril de 1933. (1934). Lima: Imprenta Libertad.



puede ejercerse individual o colectivamente. No puede ejercerlo la fuerza armada (artículo 60). El Estado garantiza la libertad de prensa (artículo 63). Los espectáculos públicos están sujetos a censura (artículo 65). Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de hábeas corpus (artículo 69).

### **2.11. Constitución Política del Perú promulgada el 12 de julio de 1979**

La Constitución Política del Perú, promulgada el 12 de junio de 1979. Sancionada por la Asamblea Constituyente y promulgada por Fernando Belaunde Terry, presidente de la República, tuvo vigencia del 28 de julio de 1980 al 5 de abril de 1992. Esta Constitución contiene 8 títulos, 307 artículos y 18 disposiciones generales y transitorias. En el título I, de Deberes y derechos fundamentales de la persona, reconoce en el Capítulo I De la persona, De la Familia (Capítulo II), De la seguridad social, salud y bienestar (Capítulo III), De los derechos políticos (Capítulo VII), y De los Deberes (Capítulo VIII)<sup>14</sup>. Entre las que podemos destacar el artículo 2 en el que contiene todo el catálogo de los derechos de la persona humana reconociendo el derecho a la vida, al nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de la personalidad, igualdad ante la ley, libertad de conciencia y religión, libertad de información, libertad al honor, a la intimidad y a la propia imagen, libertad de creación, inviolabilidad del domicilio, libertad de tránsito, entre otros. Esta Constitución en sus primeros artículos, está organizado de la siguiente manera: Capítulo I (De la Persona); Capítulo II (De la Familia), Capítulo III (De la Seguridad Social, salud y bienestar); Capítulo IV (De la Educación, la Ciencia y la Cultura); Capítulo V (Del Trabajo), entre los puntos a destacar. Los derechos reconocidos empiezan en el artículo 2 al 4, destacando: La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla (artículo 1). A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que esta por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece (artículo

---

14 Constitución Política del Estado. Promulgada el 12 de Julio de 1979. (1979). Lima: Asamblea Constituyente.

2.1). A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Entre otros. En el título V, se recogen las Garantías Constitucionales (artículo 295 al 305).

## **2.12. Constitución Política del Perú de 1993**

Consta de seis títulos, tiene 206 artículos. Aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, bajo la presidencia de Jaime Yoshiyama Tanaka. Ratificada en el referéndum del 31 de octubre de 1993. Promulgada por Alberto Fujimori, Presidente Constitucional de la República. Entre las principales diferencias resalta la ausencia de un preámbulo de la elegancia que tenía la del 79 y la deflación en el reconocimiento de los derechos, en particular, los relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>15</sup> Los derechos fundamentales, están contenidos en el Título I de La Persona y de la Sociedad, Capítulo I, de Derechos Fundamentales de la Persona. En el título I, De la persona y la sociedad, se incorporan cuatro Capítulos, el Primero se refiere a Derechos fundamentales de la persona (Del artículo 1 al 3). Los Derechos Sociales y Económicos (artículo 4 al 29). De los derechos políticos y de los deberes (artículo 30 al 38)<sup>16</sup>. Una novedad que contiene la Constitución de 1993 es el reconocimiento de diversos derechos relacionados con la participación política y la institucionalización de mecanismos de democracia directa<sup>17</sup>.

408

## **3. Conclusiones**

- a) Hemos podido identificar, la consagración y evolución de los derechos y libertades reconocidas en las Constituciones de 1823 hasta 1993, inicialmente se identifican derechos individuales y colectivos que se concebían como garantías en las Constituciones del siglo XVIII y XIX.

---

15 Op. cit., p. 45.

16 Constitución Política Del Perú. (1993). Lima: Congreso de la República.

17 Carpio Marcos, E., & Pazo Pineda, "Evolución del Constitucionalismo", (2015), p. 45, acceso desde 16 de marzo de 2021 <https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2181/art%C3%ADculo%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- b) En ese sentido se incorporan por primera vez derechos fundamentales con la Constitución Política de 1979 y 1993.
- c) En el marco de su aniversario del Bicentenario surge la necesidad de regular nuevos derechos fundamentales, y será la oportunidad de elaborar otro artículo donde se esbozen que derechos están pendiente de ser regulados constitucionalmente. Este artículo tenía la finalidad de mirar en retrospectiva el proceso de reconocimiento.



## **Bibliografía**

1. Jiyagón Villanueva, J. (2 de abril de 2021). La reforma constitucional de 1860: la necesidad de reformar la Constitución liberal de 1856. Lima, Lima, Lima. Obtenido de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1828-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6699-1-10-20180226.pdf>
2. Altuve-Febres Lores, F. (03 de 15 de 2021). La Constitución de Huancaayo 1839. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <http://fernaltuve.com.pe/wp-content/uploads/2019/04/La-Constituci%C3%B3n-de-Huancaayo-1839.pdf>
3. Altuve-Febres Lores, F. (1 de abril de 2021). La Ley Constitucional de 1856. La Ley Constitucional de 1856. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <http://fernaltuve.com.pe/wp-content/uploads/2019/04/La-Ley-Constitucional-de-1856.pdf>
4. Carpio Marcos, E., & Pazo Pineda, O. A. (16 de marzo de 2021). Evolución del Constitucionalismo Peruano. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2181/art%C3%ADculo%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
5. Centurión González , F. (02 de abril de 2020). Apuntes para la historia constitucional peruana. La Constitución de 1920, cien años después. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ApuntesParaLaHistoriaConstitucionalPeruanaLaConsti-7626243.pdf>
6. Constitución Para La República Peruana. (1826). Lima: Imprenta de la Libertad por José María Masías.
7. Constitución Política de la República Peruana dada por El Congreso General Constituyente. (1828). Lima: Imprenta de José Masías.

8. Constitución Política de la República Peruana dada por el Congreso General. (1839). Lima: Imprenta de José Masías.
9. Constitución Política de la República Peruana dada por la Convención Nacional. . (1834). Lima: Imprenta del Constitucional por Lucas de la Lama.
10. Constitución Política de la República Peruana. Jurada en Lima. (1825). Lima: Imprenta Del Estado por J. Gonzalez.
11. Constitución Política del Estado. Promulgada el 12 de Julio de 1979. (1979). Lima: Asamblea Constituyente.
12. Constitución Política Del Perú. (1993). Lima: Congreso de la República.
13. Constitución Política del Perú Reformada por El Congreso de 1860. (1860). Lima: Edición Oficial - Imprenta de José María Masias.
14. Constitución Política del Perú sancionada por el Congreso Constituyente de 1931. Promulgada el 9 de abril de 1933. (1934). Lima: Imprenta Libertad.
15. Constitución Política Del Perú. (12 de Febrero de 1856). Lima: Imprenta de M. Saona. Silva Santisteban, Nicánor. Obtenido de congreso.gob.pe: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones\\_ordenado/CONSTIT\\_1856/Cons1856\\_TEXTO.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1856/Cons1856_TEXTO.pdf)
16. Estrada Cuzcano, M. A. (25 de marzo de 2021). "Principios Constitucionales del Derecho a la Información". 1998. Lima, Lima, Perú. Obtenido de [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/estrada\\_cm/contenido.htm](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/estrada_cm/contenido.htm)
17. García Belaunde, D. (11 de Abril de 2021). El Constitucionalismo Peruano en la Presente Centuria. Lima, Lima, Perú. Obtenido de file:///C:/Users/Usuario/Documents/1.%20ART%C3%8DCULOS%20PARA%20PUBLICAR%202021/Dialnet-ElConstitucionalismoPeruanoEnLaPresenteCenturia-5084804%20-%20garcia%20elaunde.pdf
18. José, P. P. (1966). Derecho Constitucional Peruano. Lima, x: Ediciones Librería Studium.
19. La Constitución de 1920 y el Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas. Publicación Oficial. (1929). Lima: Imprenta Torres Aguirre.
20. Paiva Goyburu, D. (05 de Abril de 2021). La evolución de los derechos fundamentales en las constituciones del Perú. Balance de conquistas y derrotas a propósito del Bicentenario. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://www.researchgate.net/profile/Rodolfo-Monteverde>

Sotil/publication/309534078\_Proyectos\_estatales\_para\_erigir\_un\_monumento\_publico\_a\_Jose\_de\_San\_Martin\_Lima\_1822-1921/links/5815141208aeffbed6be34cb/Proyectos-estatales-para-erigir-un-monumento-public

21. Paniagua Corazao , V. (24 de 03 de 2021). La Constitución de 1828 y su Proyección en el Constitucionalismo peruano. Lima, Lima, Perú. Obtenido de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/195-Texto%20del%20art%C3%ADculo-724-1-10-20090510%20(1).pdf
22. Paniagua Corazao, V. (14 de febrero de 2021). El Proceso Constituyente y Constitución Vitalicia (Bolivariana) de 1826 (II). Lima, Lima, Perú. Obtenido de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElProceso-ConstituyenteYLaConstitucionVitaliciaBoli-2695359.pdf
23. Paniagua Corazao., V. (01 de abril de 2021). La Convención Nacional de 1833-1834 y la Constitución de 1834. Lima, Lima, Perú. Obtenido de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/document%20(11).pdf
24. Pareja P.S, J. (15 de Marzo de 2021). La Constitución de 1823. Lima, Lima, Perú. Obtenido de repositorio.pucp.edu.pe: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/53457/1a%20constitucion%20de%201823.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
25. Proyecto de Constitución que la Comisión de este nombre presenta Al Congreso Constituyente. (1807). Lima: Imprenta del Estado - Por J. Enrique del Canto.
26. Valdez-Stuard, A. (julio de 2019). La Vacancia Presidencial por incapacidad moral permanente en el orden político peruano. La Vacancia Presidencial por incapacidad moral permanente en el orden político peruano. Lima: Universidad de Piura.



# Legislar en tiempos de pandemia

## Una mirada desde adentro del problema

✉ LUIS ANDRÉS ROEL ALVA\*

### 1. Introducción

**D**ebemos iniciar esta ponencia señalando que los años 2020 y 2021 fueron y siguen siendo años muy difíciles por la crisis a la que nos enfrentamos como ciudadanos y como país en general, producto de la pandemia del COVID-19. Ciertamente, como congresista de la República he enfrentado retos para poder cumplir con mi función legislativa, porque la pandemia ha evidenciado las falencias que tenemos como Estado y más que eso, nos ha tocado legislar tanto en función a la problemática pre-existente como a la generada por la misma pandemia.

413

Es así que, en ejercicio de mis funciones legislativas, he suscrito más de noventa (90) proyectos de ley, de los cuales treinta y siete (37) son de mi autoría y diez (10) de ellos ya son leyes; concebidos siempre con vista al beneficio de la población<sup>1</sup>. Por lo tanto, en el presente trabajo estaré ex-

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú; máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha (España); 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*, y docente universitario; miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC); congresista de la República 2020-2021.

1 Esta es la contabilidad de proyectos de ley y leyes que se han concretizado hasta la fecha de entrega de la presente ponencia (29 de abril de 2021).

poniendo algunos de los proyectos de ley más relevantes que he trabajado durante mi gestión parlamentaria y cómo se ha podido lograr cumplir con el mandato constitucional de legislar<sup>2</sup> en el contexto de la pandemia.

En ese sentido, presentaremos una breve reseña desde la propia experiencia parlamentaria y demostraremos cómo estamos logrando la legítima protección de la ciudadanía a través de la optimización y disfrute de sus derechos fundamentales en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, con diversas iniciativas legislativas presentadas, con la fiscalización y control político, así como con la labor de representación.

## 2. Contexto de pandemia y la labor legislativa

Antes de iniciar este apartado, creo necesario indicar que este Parlamento prestó juramento el 16 de marzo de 2020 durante el inicio del Estado de Emergencia Sanitaria<sup>3</sup>. En ese sentido, todas las promesas y planes que se realizaron durante la campaña se trastocaban con la realidad que se afrontaba por la pandemia del COVID-19<sup>4</sup>. Asimismo, podemos afirmar que esta pandemia “(...) *ha introducido un elemento de incertidumbre del que hoy solo se puede intuir la magnitud del impacto*”<sup>5</sup>, considerando que actualmente nos encontramos en “(...) *la mayor crisis económica y sanitaria que el Perú ha enfrentado en su época moderna*”<sup>6</sup>.

---

2 Constitución Política

“Artículo 102°.- Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes (...)”.

3 Mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020 en el Diario Oficial El Peruano, se declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, el mismo que fue ampliado y modificado hasta el día de hoy (22 de abril de 2021).

4 Este balance legislativo ya fue materia de una entrevista en: ROEL ALVA, Luis Andrés. “Reflexiones sobre el Bicentenario”. En: Revista Digital *Rumbo al Bicentenario*. Lima: Congreso de la República. Comisión Especial Multipartidaria Conmemorativa del Bicentenario de la Independencia del Perú, 2020-2021, pp. 18-23.

5 TUDELA ARANDA, José. *El Parlamento en tiempos críticos. Nuevos y viejos temas del parlamento*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2021, p. 65.

6 FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *COVID-19: Impacto en la pobreza y desigualdad en niñas, niños y adolescentes del Perú*. Lima: UNICEF-Perú, 2020, p. 4.



Frente a esta situación es que urge la adopción de medidas a favor de la protección de la población y del propio Estado, debido a que “(...) *la pandemia [...] debe ser enfrentada desde el Derecho democrático, si no queremos que este virus termine también con el Estado de Derecho, con la democracia y los derechos humanos*”<sup>7</sup>. Es decir, las medidas adoptadas y las actuaciones de los poderes del Estado deben adecuarse a la Constitución en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

En el caso del Congreso de la República, resulta claro que “[l]as medidas de aislamiento social para prevenir el contagio [del COVID-19], -y las medidas de reclusión domiciliaria- han dificultado, y en algunos casos impedido, el funcionamiento normal de los órganos legislativos”<sup>8</sup>. Ante ello, promovimos la iniciativa legislativa de llevar a cabo las reuniones parlamentarias a través de plataformas virtuales para que, de esa manera, evitemos la propagación del virus; idea que desarrollaremos con amplitud más adelante.

Desde esta perspectiva, consideramos relevante “(...) *la necesidad de que el Parlamento no pierda la carrera de la eficacia. [...] Un mejor ejercicio de sus funciones implica, necesariamente, una mayor eficacia*”<sup>9</sup>, frente a un contexto de pandemia. Siguiendo ese postulado es que en ejercicio de mi labor parlamentaria cumplí con mis promesas de campaña, generando normativa adecuada a las necesidades generadas en un Estado de Emergencia Sanitaria, dando así “(...) *la mejor respuesta a las nuevas demandas sanitarias, sociales, económicas y laborales*”<sup>10</sup>.

Por ello, en atención a que tenemos “(...) *una función crucial para [...] evaluar y discutir rápidamente legislación de emergencia [...] para*

7 AYALA CORAO, Carlos. “Los retos de la pandemia del Covid-19 para el Estado de Derecho”. En: GONZALEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (Coordinadores). *Emergencia Sanitaria por Covid 19. Derecho Constitucional Comparado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, p. 173.

8 AYALA CORAO, Carlos. Op. cit., p. 174.

9 TUDELA ARANDA, José, Op. cit., p. 48.

10 RAMIÓ, Carles. *Pandemia y gestión pública en América Latina*. En: <https://www.bsm.upf.edu/es/noticias/pandemia-gestion-publica-america-latina>. Consulta: 09 de abril de 2021.

*satisfacer las necesidades de las poblaciones a las que [representamos]*<sup>11</sup>, podemos afirmar que gracias a proyectos de ley que actualmente son leyes publicadas formalmente en el Diario Oficial El Peruano, hemos podido beneficiar a los profesionales de la salud que se encuentran en la primera línea de atención, luchando día a día contra la COVID-19.

De igual modo, una de mis principales prioridades es el manejo de la crisis sanitaria y con tal propósito, elaboramos y presentamos el Proyecto de Ley N.º 7244/2020-CR que establece medidas de emergencia para el trabajo conjunto de los sectores público y privado en el combate contra la COVID-19 y la crisis económica a fin de adquirir medicamentos, oxígeno e insumos en general<sup>12</sup>. El citado proyecto normativo es relevante debido a que contribuirá a reducir el número de los peruanos y peruanas que fallecen esperando la atención debida, habida cuenta que el país necesita alianzas, no discordias ni confrontaciones; todo ello en favor de la salud pública y de contrarrestar los efectos de la pandemia.

416

Asimismo, prometí en campaña sumarme a las iniciativas legislativas que eliminan la inmunidad parlamentaria, lo cual logró concretarse al oficializarse recientemente como ley<sup>13</sup> junto con la subsecuente reforma del Reglamento del Congreso<sup>14</sup>. De este modo, el ejercicio de la labor parlamentaria no será utilizado como blindaje frente a la comisión de actos de corrupción.

---

11 PARLAMENTARIOS POR LAS AMÉRICAS. *El Covid-19 y el rol de los Parlamentos durante una Pandemia*, p. 9 En: [http://www.parlamericas.org/uploads/documents/COVID19\\_and\\_Role\\_of\\_Parliaments\\_SPA.pdf](http://www.parlamericas.org/uploads/documents/COVID19_and_Role_of_Parliaments_SPA.pdf). Consulta: 09 de abril de 2021.

12 Proyecto de Ley N.º 7244/2020-CR se encuentra en trámite, en la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso.

13 Proyecto de Ley N.º 05330/2020-CR, “*Ley de Reforma Constitucional sobre la inmunidad parlamentaria de los congresistas electos*”. Posteriormente, se expidió la Ley N.º 31118, “*Ley de Reforma Constitucional que elimina la Inmunidad Parlamentaria*”.

14 Proyecto de Ley N.º 7162/2020-CR, “*Proyecto de Resolución Legislativa que modifica el Reglamento del Congreso de la República y elimina la inmunidad parlamentaria*”. Posteriormente, se expidió la Resolución Legislativa del Congreso N.º 013-2020-2021-CR, “*Resolución Legislativa del Congreso que modifica el Reglamento del Congreso de la República para adecuar su normativa a la ley 31118, que eliminó la inmunidad parlamentaria*”.

Cabe señalar, que logramos impulsar proyectos de ley que eliminaron las condiciones desventajosas de los trabajadores en el sector público, derivando en la expedición de la Ley N.º 31114 que derogó el Decreto de Urgencia N.º 014-2020, “*Decreto de Urgencia que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el Sector Público*”, y de la Ley N.º 31115, “*Ley que deroga los artículos 2, 3, 4, 13, la cuarta disposición complementaria final y la única disposición derogatoria del Decreto de Urgencia 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público*”. Los trabajadores del Estado serán tratados laboralmente como corresponde, con dignidad y respeto a sus derechos laborales.

Otra ley importante, porque se enfoca en la atención de grupos vulnerables, fue mi iniciativa que extiende la protección a los contratos a tiempo parcial y periodo de prueba a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia<sup>15</sup>, la cual se concretizó en la Ley N.º 31152<sup>16</sup> que establece que ellas no podrán ser despedidas de manera arbitraria y sin justificación. Al contrario, sus derechos laborales y las licencias correspondientes estarán vigentes y no serán vulneradas.

417

Por otro lado, pensando en una mejora de la administración del sistema de justicia de nuestro país, se aprobó e implementó nuestra propuesta normativa<sup>17</sup> que establece que la elección de los miembros del Tribunal Constitucional sea en base a su mérito y respetando un proceso de elección de los mismos, priorizando el principio de transparencia de la función parlamentaria. Es así, que mediante Ley N.º 31031, se modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de garantizar la elección meritocrática y transparente de sus magistrados.

15 Proyecto de Ley N.º 5933/2020-CR, “*Ley que propone ampliar la protección contra el despido en caso del embarazo de la mujer trabajadora*”.

16 Ley N.º 31152, “*Ley que modifica el inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR*”.

17 Proyecto de Ley N.º 4978//2020-CR, “*Proyecto de Ley que modifica los artículos 8 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sobre la elección por Concurso Público de Méritos de los Magistrados del Tribunal Constitucional*”.

Otro tema muy importante a tratar ha sido también los derechos de los ciudadanos peruanos que viven en el extranjero. Con respecto a esto, se consiguió que este Parlamento les devuelva su derecho al voto<sup>18</sup> y se encuentra en trámite nuestra propuesta que simplifica el procedimiento de recuperación de la nacionalidad peruana a aquellos ciudadanos que renunciaron a ella<sup>19</sup>. Ser peruano es un sentimiento y nuestra propuesta busca que las personas que viven en el extranjero y que renunciaron a su nacionalidad peruana por motivos de fuerza mayor (empleo, estudios, familia, entre otros) tengan el derecho a recuperarla una vez que hayan regresado a vivir a nuestra patria.

Con respecto a la reactivación de la economía, generamos leyes que permiten la reactivación del turismo para que las familias involucradas, cuyo sustento económico principal depende de ese sector, recuperen su trabajo<sup>20</sup>. Y en esa misma línea, he impulsado la ley que promueve y fortalece la reactivación de “Agrobanco”<sup>21</sup>, que fue un programa ejecutado en el Gobierno de Belaunde, líder emérito de mi partido Acción Popular; el cual pretendemos reactivar para contribuir en el desarrollo y crecimiento del sector agrario, en especial de la micro, pequeña o mediana empresa agraria en este contexto generado por la pandemia.

Además, es importante señalar mi proyecto normativo que impulsa el cuidado y revaloración de nuestro patrimonio cultural<sup>22</sup>. Es por ello

---

18 Proyecto de Ley N.º 4979/2020-CR, “*Proyecto de Ley que modifica el artículo 21 de la Ley N.º 26859, Ley Orgánica de Elecciones*”. Posteriormente, se expidió la Ley N.º 31032, “*Ley que modifica el artículo 21 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, para la creación de la circunscripción de electores peruanos residentes en el extranjero*”.

19 Proyecto de Ley N.º 7100/2020-CR, “*Proyecto de Ley que simplifica el procedimiento para recuperar la nacionalidad peruana*”.

20 Proyecto de Ley N.º 5525/2020-CR, “*Proyecto de Ley que declara en situación de emergencia nacional el sector turismo*”. Posteriormente, se expidió la Ley N.º 31103, “*Ley que declara de Interés Nacional la reactivación del sector turismo y establece medidas para su desarrollo sostenible*”.

21 Proyecto de Ley N.º 5606/2020-CR, “*Ley que declara en situación de emergencia nacional la agricultura familiar*”.

22 Proyecto de Ley N.º 5934/2020-CR, “*Ley que modifica diversos artículos de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación*”.

que ya puedo decir orgullosamente que la recuperación del Centro Histórico de Lima es considerada como de interés nacional, en mérito a su carácter de Patrimonio Cultural de la Humanidad<sup>23</sup>, dejando así un legado a nuestras futuras generaciones.

Si bien es cierto que el COVID-19 ha generado estragos desastrosos en nuestro país, ello no ha sido impedimento para continuar con mi labor parlamentaria, como lo que se relaciona a la representación ciudadana y a la fiscalización, siempre en el marco de la Constitución y del Reglamento del Congreso<sup>24</sup>.

### 3. Legislar y sesionar de forma virtual

No cabe duda que la pandemia del COVID-19 presentó, en su momento, retos a fin de garantizar la continuidad de las funciones del Congreso. Sin embargo, creemos importante mencionar que:

*“(...) ciertas medidas de mitigación y adaptación pueden contribuir con la limitación de la transmisión y expansión del virus y al tiempo, permitir que los parlamentos y a las y los parlamentarios puedan cumplir sus funciones de representación, legislación y control político”<sup>25</sup>.*

419

Esto último significa, en palabras de Carlos Ayala Corao que:

*“En fin, la pandemia causada por el COVID-19 ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos, lo cual ha planteado el reto de repensar sus mecanismos tradicionales de funcionamiento parlamentario, para introducir métodos complementarios y alternativos, a fin de que sea posible la continuidad de dichos*

23 Proyecto de Ley N.º 6469/2020-CR, “Proyecto de Ley que declara de necesidad pública la recuperación del Centro Histórico de Lima”. La autógrafa de ley se envió al Poder Ejecutivo.

24 Reglamento del Congreso

*“Artículo 1º- El presente Reglamento tiene fuerza de ley. Precisa las funciones del Congreso y de la Comisión Permanente, define su organización y funcionamiento, establece los derechos y deberes de los Congresistas y regula los procedimientos parlamentarios”.*

25 PARLAMENTARIOS POR LAS AMÉRICAS. Op. cit., p. 4.

*órganos esenciales para la democracia y el Estado de Derecho, especialmente durante los estados de excepción*<sup>26</sup>.

En efecto, frente a la situación descrita, nuestro Estado mostró una relativa fortaleza en materia de administración digital<sup>27</sup>, lo que en nuestro caso permite a los congresistas poder sesionar de modo virtual. Por tal motivo, es que presenté el Proyecto de Resolución Legislativa N.º 4906/2020-CR que propone modificar el Reglamento del Congreso, permitiendo así establecer sesiones, debates y votos virtuales. Teniendo en cuenta que es necesario innovar la gestión pública, la cual debe adecuar sus procedimientos a las nuevas tecnologías implementando una auténtica administración digital<sup>28</sup>, es que la citada propuesta fue aprobada mediante Resolución Legislativa del Congreso N.º 002-2020-2021-CR.

En esta misma línea argumentativa, nuestro Tribunal Constitucional (TC), en el “*Caso de la ley que suspende peajes*”, aprovechó para pronunciarse sobre la Resolución Legislativa del Congreso N.º 002-2020-2021-CR que regula la aprobación de leyes mediante sesiones virtuales, así como el debate, decisiones y el resto de actividades parlamentarias a través de las plataformas tecnológicas<sup>29</sup>.

420

Ahora bien, en la misma línea, el mismo TC ha señalado que, en el Estado de Emergencia a causa de la pandemia, las entidades públicas tienen que adaptarse, con el objetivo de que:

*“(...) redimensionen sus procedimientos para cumplir los fines constitucionales y legales que se les han asignado. Por ello, un gran reto para el Estado es compatibilizar el efectivo cumplimiento de la función pública y el correcto uso de la tecnología para lograrlo. Cabe destacar que esta siempre debe ser un medio al servicio de la función pública y no al revés”*<sup>30</sup>.

---

26 AYALA CORAO, Carlos, Op. cit., p. 175.

27 RAMIÓ, Carles. Op. cit.

28 Ibidem.

29 STC. Exp. N.º 00006-2020-AI/TC, ff. jj. 8-29

30 STC. Exp. N.º 00006-2020-AI/TC, f. j. 11.

De igual modo, el mismo Tribunal argumenta que:

*“Dado el desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, es claro que existen diferentes opciones al alcance de las instituciones públicas para que cumplan sus fines constitucionales y legales. Así, hay diferentes plataformas, sistemas o medios informáticos, entornos virtuales, etcétera, idóneos y eficaces en la labor parlamentaria. De ninguna forma, el uso de estos medios puede desnaturalizar los mandatos constitucionales que rigen la actividad parlamentaria: no debe reducir o eliminar la deliberación pública; impedir la participación libre de cada congresista en el debate de una ley, reforma constitucional, antejuicio político, etcétera; ni impedir la publicidad de la argumentación y del voto de cada congresista”<sup>31</sup>.*

Acorde a lo señalado se puede advertir, el Supremo Intérprete de la Constitución resalta la necesidad e inclusive la obligatoriedad de que el Congreso privilegie el uso de medios, sistemas y entornos virtuales a fin de poder realizar sus labores frente a la pandemia. Sin embargo, el ejercicio de las funciones parlamentarias bajo dicha modalidad debe cumplir con los principios de transparencia y publicidad, a fin de que los ciudadanos puedan informarse del actuar de sus representantes y así, ejercer sus atribuciones de verificación y control<sup>32</sup>.

421

De este modo, el TC peruano concluyó, en relación con la interpretación constitucional de los artículos 27-A, 51-A, entre otras disposiciones que se aprobaron mediante la Resolución Legislativa del Congreso N.º 002-2020-2021-CR, en relación a la aprobación de leyes mediante sesiones virtuales, que:

31 STC. Exp. N.º 00006-2020-AI/TC, f. j. 12.

32 En relación a este tema, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que: “Si bien es conforme con la Constitución que, en ejercicio de su autonomía, el Poder Legislativo realice sesiones virtuales, estas deben garantizar el debate público, así como los derechos de cada congresista a la participación libre, a la deliberación y al voto. Cabe destacar que el congresista al participar, deliberar y votar, no solo está ejerciendo un derecho, sino que también representa a la nación. Es decir, la ciudadanía también tiene el derecho de verificar cómo se está efectuando la representación otorgada y controlar la actuación de sus representantes”. En: STC. Exp. N.º 00006-2020-AI/TC, f. j. 13.

- i) El carácter público de los debates virtuales;
- ii) La participación libre, la deliberación y el voto públicos de cada congresista; y,
- iii) El carácter indelegable del voto<sup>33</sup>.

A causa de las modificaciones introducidas en el Reglamento del Congreso, mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 002-2020-2021-CR, se habilitó el poder ejercer las sesiones tanto del pleno como de comisiones para realizar sus actividades en forma virtual o digital a este Poder del Estado. La plataforma que se usa para lograr esto es la de Microsoft Teams, por el marco de la pandemia y la emergencia sanitaria.

En este mismo sentido, la Mesa Directiva<sup>34</sup> actual estableció un mecanismo digital, a través de un equipo celular independiente que cuenta con un software con identificación de huella dactilar de cada congresista, así como el mecanismo de votación en tiempo real. Para habilitar dichos comandos se requiere la coordinación del servicio de sistemas del Congreso de la República, los cuales habilitarán inclusive el poder cambiar el voto durante la etapa de votación.

422

#### **4. Otras labores parlamentarias en medio de la pandemia**

##### **4.1. Fiscalización y control político**

Una modalidad de la función fiscalizadora y, sobre todo, de control político por parte de nuestro Congreso de la República es ejercida por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales<sup>35</sup>, “(...) *órgano encargado*

---

33 STC. Exp. N.° 00006-2020-AI/TC, f. j. 29.

34 La Mesa Directiva que tiene a Francisco Sagasti Hochhausler como Presidente del Congreso de la República, quien asumió el encargo del despacho de la Presidencia de la República y que tiene a Mirtha Vásquez Chuquilin como la primera vicepresidenta, quien asume el despacho de la Presidencia del Congreso de la República ante la ausencia del precitado Sagasti Hochhausler, mi persona (Luis Andrés Roel Alva) y a Matilde Fernández Florez para la segunda y tercera vicepresidencia, respectivamente.

35 Reglamento del Congreso de la República

“Artículo 89.- Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político de los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo



de calificar la admisibilidad y procedencia de las denuncias constitucionales presentadas, así como realizar la investigación en los procesos de acusación constitucional, emitiendo el informe final correspondiente”<sup>36</sup>, cuya presidencia ejercí entre el 06 de junio y el 01 de diciembre de 2020. En mi gestión, se destacan los siguientes logros<sup>37</sup>:

- Se realizaron diez (10) sesiones ordinarias y ocho (8) sesiones extraordinarias.
- Reducción notable de la carga procesal<sup>38</sup>.
- Calificación de cincuenta (50) denuncias constitucionales (veintidós (22) procedentes y veintiocho(28) improcedentes) correspondientes a altos funcionarios y casos emblemáticos.
- Lograr la aprobación de *cincuenta y dos* (52) denuncias constitucionales que se encontraban en la Comisión Permanente.

Conforme se puede apreciar, en un contexto de pandemia y las consecuentes limitaciones, se lograron notables avances en la gestión de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales siempre en el marco de la Constitución y el Reglamento del Congreso, a fin de llevar un mensaje

---

99 de la Constitución Política. El procedimiento de acusación constitucional se desarrolla observando las siguientes reglas:

(...)

- c) La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales es el órgano encargado de calificar la admisibilidad y procedencia de las denuncias constitucionales presentadas, así como realizar la investigación en los procesos de acusación constitucional, emitiendo el informe final correspondiente. El número de integrantes y su conformación responden a los principios de pluralidad y proporcionalidad de todos los grupos parlamentarios. Sus miembros, entre ellos su Presidente, son designados por la Comisión Permanente”.

36 *Ibidem*.

37 Informe de Gestión remitida mediante Oficio N° 009-2020-LARA-SVP/CR.

38 Al respecto, considero que es relevante precisar en este punto que al inicio de la gestión encontramos **ciento cuatro** (104) denuncias constitucionales pendientes por calificar. Durante la gestión de mi presidencia fueron calificadas cincuenta (50). Este trabajo se realizó en el marco de diez (10) sesiones ordinarias y ocho (8) sesiones extraordinarias. Sobre el particular, debo precisar que veintidós (22) denuncias constitucionales fueron declaradas procedentes.

a la ciudadanía de eficiencia y de no inmunidad para con los denunciados constitucionalmente.

En relación a la tramitación y procedimiento parlamentario de las denuncias constitucionales en este nuevo contexto, precisamos que estas ingresan por la Mesa de Partes Virtual de manera oficial. Luego, se remiten a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales y, dependiendo de la complejidad del caso, se toma un tiempo para elaborar una propuesta de informe de calificación.

Con los informes de calificación elaborados, se procede a establecer la agenda de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales para que se proceda a realizar la convocatoria a Sesión Ordinaria o Extraordinaria dependiendo de los casos de acuerdo al Plan de Trabajo.

Durante la sesión de la subcomisión, se procedía a tratar punto por punto desde las estaciones hasta la orden del día<sup>39</sup>. Luego, llegada a la orden del día, se debatían las denuncias constitucionales correspondientes. Al finalizar el debate, se procedía al llamado a cada miembro para que emita su votación. El resultado definía si la propuesta de la presidencia era aprobada o no. Una vez aprobada la propuesta, se iniciaba con la recolección de firmas digitales con cada uno de los congresistas que votaron a favor por cada informe de calificación.

424

Finalizada la recolección de firmas, se procedía a enviar a la administración del Congreso para su agenda en la Comisión Permanente o dependiendo de la estadía procesal en la que se encontraba el caso.

## **4.2. Representación**

En las respectivas semanas de representación, mis labores parlamentarias se desarrollaron de modo virtual y presencial, esto último con estricta observancia de los protocolos de bioseguridad correspondientes

---

<sup>39</sup> Conforme hemos señalado líneas arriba, la plataforma que se usa es la de Microsoft Teams por el marco de la pandemia y la emergencia sanitaria. A dicha plataforma accedían todos los congresistas miembros de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales.

para prevenir el contagio y aumento de casos de la COVID-19. Cabe detallar que en cada semana de representación se efectuaron los siguientes actos:

- Reunión con autoridades.
- Visita inopinada a instituciones.
- Reunión con organizaciones sociales.
- Participación pública en eventos y actividades académicas (foros, conversatorios y conferencias)

Es necesario destacar que, durante las reuniones sostenidas en la semana de representación, tuve ocasión de conocer legítimos pedidos de servidores públicos y la sociedad en general, cuyos derechos fundamentales corrían el riesgo de ser vulnerados por parte del Estado. Ante esta situación, considerando que el sistema representativo a través del Congreso “(...) *permit[e] la convergencia de los intereses de cada sector de la sociedad*”<sup>40</sup>, gestioné la respectiva documentación a las diversas entidades involucradas a fin de obtener una respuesta a las legítimas demandas de los ciudadanos referidos.

425

## **5. A modo de conclusión**

Si bien el Congreso enfrentó el reto de mantener la continuidad de sus labores frente a una pandemia cuyas consecuencias son todavía indeterminables (pero sin duda catastróficas), también es cierto que el empleo de la tecnología ayudó a superar dicha dificultad. Sin embargo, dicha virtualidad no puede excluir a la ciudadanía de vigilar nuestras funciones, nuestra deliberación y el voto que expidamos, destacándose que debe primar el principio de transparencia en estos debates.

Se ha demostrado que nuestra labor legislativa, de fiscalización y de representación fue eficiente y eficaz, dado que se implementaron importantes proyectos normativos necesarios en el Estado de Emergencia, se

---

40 STC. Exp. N.º 00001-2018-AI/TC, f. j. 36.

gestionó exitosamente la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales y se efectuaron acciones de acercamiento a la ciudadanía, así como la oportuna atención de sus legítimos pedidos.

Por último, mi decisión de ser político no es solo a fin de ejercer la representación de la ciudadanía, sino que se fundamenta en el deseo de servirla a través de mi profesión y especialidad académica antes que a nuestros propios intereses.

# Repensar el Estado: el pueblo como comunidad política y su contenido cultural contemporáneo

✉ LUIS BENJAMÍN HERRERA BUSTINZA\*

## 1. Introducción

Muchos creen que el Dios de los hebreos condenó a su pueblo a vagar cuarenta años por el desierto como castigo a su falta de fe, por el contrario, Yahvé habiéndolos perdonado, entendió que su pueblo elegido debía ser preparado para construir una nación, es por ello que pidió a Moisés que los llevara de regreso al desierto donde vivirían cuatro décadas, hasta que los más viejos aquellos que no tenían fe en Dios murieran en el desierto, dando paso a sus hijos, quienes naciendo libres, crecerían en la libertad de la tierra prometida. Tal vez, fue ahí en la cima del monte Nebo cuando moisés entendió la sabiduría de lo que Dios le había ordenado, pues una nación soberana se funda con hombres libres, no con esclavos.

427

No creo atacar la dignidad de nuestro pueblo al afirmar que aun hoy en día no somos una nación de hombres libres, a menos no del todo, pues como comunidad política todavía nos hallamos bajo el yugo del encono y la tiranía de la discordia, erigiéndose como los amos modernos de quienes debemos libertarnos. Que el bicentenario de la proclamación de la independencia nacional, nos invite a reflexionar, no como abogados,

---

\* Abogado por la Universidad Católica de Santa María, título de segunda especialidad en derecho procesal constitucional por la misma universidad, maestro en derecho con mención en política jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

*-tantas veces obnubilados por la óptica del academicismo-*, sino como ciudadanos parte del pueblo, comunidad política sobre la que se justifica y legitima la existencia propia del Estado y la sociedad, es por ello que el presente trabajo tiene como objeto, el de analizar a la luz de la teoría del Estado, ¿cuál ha sido el contenido histórico y social del concepto de pueblo?, dar cuenta de los problemas a los que nos enfrentamos como comunidad política, así como absolver una cuestión capital, sin mayor pretensión que la de entender, si este contenido político y social de “pueblo”, ha servido como elemento de cohesión social o por el contrario es la razón de nuestra actual atomización social.

## 2. Teoría del Estado y contenido cultural de pueblo

En el lenguaje, el hombre y el uso son los amos, no obstante en la cultura el hombre pierde su estatus de soberano, pues si bien la cultura es producto de su intelecto y voluntad, no es menos cierto que, a su vez ésta también lo somete a determinados parámetros de pensamiento y por ende a patrones de conducta que influyen en su actuación tanto individual como colectiva. El devenir del tiempo nos ha mostrado como la cultura y el conocimiento van creando espacios allí donde antes no existía nada, cambiando y reconfigurando su contenido conforme el avance de la sociedad, y el contexto en las que subsisten. Esta mutación cultural, no es un fenómeno ajeno al derecho, el cual como producto de la cultura, está *—casi siempre—* impregnado con la esencia propia de la comunidad política de la que emana, es por ello que recurriremos a la teoría general del Estado, para entender cuál ha sido esta progresión histórica en cuanto al concepto social de pueblo, y a través de ellos, intentar dar respuesta a las cuestiones que nos plantea el mañana.

La teoría clásica o tríadica del Estado que considera al territorio, poder y pueblo como elementos esenciales para el surgimiento del Estado, da cuenta de la importancia de este último como elemento fundacional, y la variabilidad de su configuración en el tiempo, la que como sujeto colectivo genera estos cambios históricos. Desde la época más remota, el hombre ha dejado el estado de la naturaleza agrupándose para hacer frente a amenazas que de manera individual no podría afrontar, organizándose bajo diversos ordenes primitivos como el clan y la tribu, ello

hasta la aparición los primeros asentamientos humanos con ánimo de permanencia, aproximadamente seis mil años antes de Cristo, los cuales por su mayor complejidad exigían un mayor nivel de organización e integración, surgiendo las polis, los reinos y los imperios. Desarrollo social que culminó con el surgimiento del Estado moderno, el cual ya no se construye en entorno a la idea de enfrentar amenazas, si como vehículo humano para la libre realización de los proyectos de vida de cada uno de sus conformantes.

Rousseau asigna al individuo en su relación con el Estado, una doble cualidad, la primera de *citoyen*, es decir como conformante una comunidad y creador de la voluntad política, y la de *sujet*, esto es como sujeto sometido a aquella voluntad; no obstante, cuando nos adentramos en la categoría colectiva de pueblo, nos enfrentamos a las primeras reflexiones en la materia, las mismas que no son propias e nuestro tiempo. Al respecto, Jellinek en el 1900, manifiesta sus precauciones respecto al inacabado desarrollo del concepto pueblo:

Las doctrinas posteriores acerca del Estado que han superado al Derecho Natural, reconocieron el pueblo como un elemento del Estado; pero frecuentemente el reconocimiento de la cualidad subjetiva del pueblo lo dejan en un lugar secundario, lo que origina, aun hoy fácilmente, un error profundo, que consiste en considerar al Estado identificado con el Gobierno o en suponerlo dividido en dos personas sin lazo jurídico alguno entre sí, una de las cuales sería la del soberano y la otra el pueblo, es decir: la suma de los individuos considerados como objeto del soberano” (Jellinek, 2005, 510).

Esta aparente contraposición entre sujetos o potencias, entre gobierno y pueblo, es trasladada parcialmente a la revolución francesa la cual tiene un fin integrador, nivelador e igualitario, en otras palabras se sacraliza el termino pueblo, otorgándole naturaleza integradora, en consecuencia el sujeto adquiere, significación jurídica y política, es decir se reconoce su condición de hombre libre y digno, así como de sujeto de derechos como individuo parte del pueblo. Esta visión integradora de pueblo buscó enfrentar aquellas estructuras sociales excluyentes

y clasistas como las estamentales, propias del antiguo régimen, las que con el tiempo degeneraron en la dictadura política de la clase burguesa a través de mecanismos de exclusión como el voto censitario, el cual solo reconocía el derecho a la participación política a determinados sujetos, sobre quienes recaería la ciudadanía, en virtud a determinadas calidades como la de poseer una la propiedad raíz, renta o el ejercicio de oficio o profesión.

Posteriormente, la influencia de la teoría marxista, instaló culturalmente en el concepto pueblo el elemento antagónico de la lucha de clases; para el marxismo el pueblo como sujeto colectivo basaba su vinculación en la oposición al yugo de la burguesía. Es en este punto cuando el pueblo adquiere por primera vez un carácter excluyente, en contraposición a su carácter integrador inicial, el mismo que también se hallaba impregnado en otro documento de capital importancia como es el preámbulo de la Constitución de los Estado Unidos, “*We the People of the United States*”, que era como se identificaba aquel poder fundacional de los Estados Unidos cuyo sentimiento de unidad superaba las barreras políticas y geográficas de cada Estado, cuya población integraba el pueblo de los Estados Unidos de América, no solo la federación.

Para el marxismo el pueblo eran las masas trabajadoras, los oprimidos, excluyendo de él a cualquier clase que colaborara con la burguesía opresora. García Toma sobre el concepto de pueblo se refiere a este, como aquel conjunto de personas que tienen en común una vinculación político-jurídica en un cuerpo soberano, A la luz de estas consideraciones, podemos decir que un pueblo es aquel grupo social que ha desarrollado unos vínculos de agregación colectiva entre sus miembros como resultado de su conciencia de identidad política común y de la actuación orientada a traducirla en una entidad estatal propia o independiente (García Toma, 2009, p. 216).

Esta cada vez más excluyente “resignificación” cultural del concepto pueblo divide al sujeto colectivo, fracciona su identificación, e impide la autoafirmación de cada uno de sus conformantes como sujeto y objeto político, del cual emergen las relaciones reciprocas entre Estado, colectividad e individuo. Este devenir indefectiblemente nos conduce a un



proceso de balcanización social, o tribalización, en el cual la pertenencia se basa únicamente en el reconocimiento de las diferencias, más allá de la comunidad de visiones, valores o elementos comunes que permitan el surgimiento de un sentimiento colectivo de pertenencia que conglomere verdaderamente al pueblo.

Nuestro pluralismo étnico como cultural complejiza el proceso de integración, ahondando las fracturas de nuestra pobre unidad, cuyo inacabado proceso de integración ha oscilado en la colectivización con fines de defensa, dígase, ante la dominación, o una potencia extranjera, disipando temporalmente nuestras diferencias en una colectivización formal, aparente o temporal, basada en la defensa y confrontación, situación que dista de realidades como la de Japón y Suecia, quienes por su homogénea composición, cimentan su sentido de pertenencia en bases étnico y culturales comunes.

Esta ausencia del elemento volitivo, de “conciencia común”, o e autoidentificación, también ha sido sabotada maniqueamente por los nuevos discursos políticos basados en determinados parámetros morales, cuya finalidad es la de dividir al pueblo ente “buenos y malos”, recurriendo a discursos harto conocidos como el nacionalismo, que clasifica a la población en función a su adscripción a los intereses nacionales, entre “patriotas y traidores”, mucho de estos fenómenos modernos pueden ser explicados por la psicología moral, la cual busca describir la tendencia individual de cada sujeto respecto conformante del colectivo, y en específico respecto las características individuales que predisponen su identificación con determinados principios morales que los identifican con el bando “moralmente correcto” y que podemos resumir en la siguiente cita: “Si piensas en la política de forma maniquea, escondes el acuerdo es un pecado. Dios y el diablo no emiten muchas proclamaciones bipartidistas, y tú tampoco deberías hacerlo.” (Haidt, 2012, p. 439).

### **3. A modo de conclusión**

Es deber de nuestro tiempo retomar el contenido integrador del pueblo, sin que ello signifique asumir alguna perspectiva homogeneizadora, que atente contra nuestra diversidad, trasladado así a la realidad,

aquella conciencia colectiva y voluntad de pertenecer, forjándonos como una comunidad política auténticamente asumida, un sujeto colectivo real, fuente integradora y base de la legitimación del poder Estatal.



### **Bibliografía**

1. García Toma, V. y García Yzaguirre, J. (2009). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima: Gaceta Juridica.
2. Haidt, J. (2012). *La mente de los justos*. Traducción de Antonio Carecía Maldonado (2019).
3. Jellinek, G. (1905). *Teoría general del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana (2005). Buenos aires: Editorial Montevideo.
4. Pastor Ridruejo, J. (2020) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 24<sup>a</sup> ed.

# El reto de conseguir una relación entre el derecho constitucional y el derecho convencional que promueva la plena realización de la persona

✉ LUIS CASTILLO CÓRDOVA\*

## 1. Planteamiento de la cuestión

La relación entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos abre un singular reto al Estado peruano para los próximos años. En la medida que una tal relación no tiene una sola manera de ser configurada, está reclamado que se adopte una que sin incumplir obligaciones internacionales asumidas por el Perú y sin desnaturalizar la posición jurídica de los órganos internacionales, y respetando la de los órganos nacionales, se convierta en una herramienta eficaz para conseguir la más plena vigencia de los derechos humanos como instrumento idóneo para conseguir la más plena realización de todas las personas. En las páginas que siguen se propondrá un modo de configurar esta relación, con especial referencia al sistema interamericano de derechos humanos.

433

## 2. Un concepto material de derechos humanos

El paradigma actual del Estado de derecho reclama construir el derecho válido no solamente desde bases formales, sino también y prioritariamente desde bases de tipo material. La persona es el punto de apoyo decisivo para construir bases de tipo material sobre las cuales sostener una relación entre el derecho constitucional y el derecho convencional de los derechos humanos. A esas bases un concepto de derechos humanos y uno de Constitución, resultan decisivos.

---

\* Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura.

Un concepto material de derechos humanos se construye desde el *ser* y el *valor* de la persona. La naturaleza humana brinda el dato de que ella es una realidad imperfecta que experimenta una serie de necesidades y carencias que brotan de su propia esencia humana, y que por tal razón deben ser tenidas como necesidades esenciales. Estas *necesidades humanas esenciales* están llamadas a ser satisfechas a través de los *bienes humanos esenciales*<sup>1</sup>, como vida, salud, libertad, igualdad, trabajo, etc.

Por su parte, si se toma en cuenta que el valor o dignidad de la persona es la de fin absoluto<sup>2</sup>, se podrá reconocer que como tal está llamada a ser realizada y en la mayor medida de lo posible. Este valor convierte a los bienes humanos esenciales en la *cosa debida o adeudada* a la persona<sup>3</sup>. Los bienes humanos esenciales debidos son los derechos humanos. Así, tomada en cuenta la dignidad humana se podrá reconocer la existencia de derechos humanos a la vida, a la salud, a la libertad a la igualdad, al trabajo, etc. La justicia reclama cumplir con la cosa debida, por lo que lo esencialmente justo con la persona es cumplir con los bienes humanos esenciales que le son adeudados. El cumplimiento de la deuda genera la realización de la persona, así a mayor goce de los bienes humanos debidos, habrá mayor satisfacción de necesidades humanas esenciales, y consecuentemente, mayor realización de la persona<sup>4</sup>.

Así las cosas, es posible sostener esta definición: los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara

- 
- 1 Son, “a) los bienes que conforman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; b) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; y c) los bienes que son el objeto de esas operaciones”. HERVADA, Javier Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Universidad de Piura, Piura 1999, p. 114.
  - 2 KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, 1996, p. 187.
  - 3 Es lo debido naturalmente o, debido por la naturaleza humana. PORTELA, Jorge Guillermo, *La justicia y el derecho natural*, Universidad San Pablo, Arequipa, 2006, p. 65.
  - 4 Para el Tribunal Constitucional, “la dignidad humana es vinculante (...) en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano”. EXP. N° 2273-2005-PHC/TC, fundamento 8.

grados de realización<sup>5</sup>. Definidos de esta manera, la existencia y juridicidad (vinculatoriedad) de los derechos humanos dependen del ser y valor de la persona<sup>6</sup>, no dependen de la decisión del legislador, ni tan siquiera del legislador constituyente<sup>7</sup>. Éste se limitará a reconocerlos expresa o implícitamente en el texto de la Constitución.

### **3. Un concepto material de Constitución**

También es importante una definición de Constitución. Aquí no interesan las de tipo formal que se limitan a ver a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, ni aquellas de tipo material que pretenden reducirla a un límite al poder público. Es necesario dar un paso más que le otorgue sentido a la consideración de la Constitución como norma suprema que limita el ejercicio del poder público. Una definición material integradora de la Constitución puede ser mostrada en tres pasos<sup>8</sup>.

El primero está dirigido a reconocerla como el principal y más relevante instrumento jurídico al servicio de la persona con el que se cuenta en el seno de una comunidad política, y por eso está justificado atribuirle el valor de norma jurídica suprema de la comunidad política. El segundo y tercer paso responden a la pregunta del modo que tiene la Constitución de servir a la persona. Así, y como segundo paso, la Constitución sirve a la persona reconociéndole el máximo valor posible de ser reconocido, para inmediatamente reconocerle sus derechos humanos y regularlos de modo básico. Y, finalmente, en un tercer paso, la Constitución sirve a la

- 
- 5 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*; número 16, año 2012, ps. 820-852.
  - 6 SERNA, Pedro, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. En: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Número 4, Madrid, 1995, p. 294.
  - 7 BENDA, Ernest, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”. En: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de derecho constitucional*. Ob. cit., p. 118.
  - 8 Lo tengo justificado en “Estudio introductorio: Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos”. En: Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò y Francesco Pallante, *Manual de derecho constitucional*, Zela editores, Puno 2020, ps. 31-35.

persona a través de la creación de los distintos órganos que ejercerán el poder público, y a través de su regulación para ponerlos al servicio de la plena vigencia de los derechos humanos; de esta manera la Constitución representa un límite, positivo y negativo, al ejercicio de poder público.

#### 4. Las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente

Así definidos los derechos humanos y la Constitución, se podrá advertir que el primer comprometido con el reconocimiento y defensa de estos derechos es la Comunidad nacional (el legislador constituyente) y no la internacional (el legislador convencional)<sup>9</sup>. Es el Constituyente que manifiesta su voluntad a través de enunciados lingüísticos desde los que se desprenden normas que aquí se denominarán como *normas constitucionales directamente estatuidas*. En la manifestación de la voluntad del Constituyente es posible reconocer dos etapas. Primero, una voluntad de reconocimiento expreso o tácito del derecho humano como una realidad preexistente<sup>10</sup>, lo que permite denominarlo *derecho fundamental*. El reconocimiento expreso acontece a través de enunciados lingüísticos que se limitan a mencionar el nombre del bien humano esencial debido<sup>11</sup>, desde las que se concluyen *normas constitucionales directamente estatuidas de máximo grado de indeterminación normativa*.

436

El segundo momento está destinado a regular el bien humano esencial debido reconocido para concretarlo. No se trata de reconocer algo preexistente como ocurría en la primera etapa, sino que la concreción

---

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

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

11 Para el Tribunal Constitucional, “[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”. EXP. N° 1417-2005-PA/TC, fundamento 10.

representa una verdadera creación jurídica. La concreción acontece a través de disposiciones que generan *normas constitucionales directamente estatuidas con relevante grado de indeterminación normativa*, y a través de *normas constitucionales directamente estatuidas sin relevante grado de indeterminación normativa*.

La validez constitucional de estos dos tipos de normas depende de su ajustamiento a las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa. Así, puede ocurrir, aunque será un supuesto extremadamente extraño, que el Constituyente concrete el bien humano esencial debido desnaturalizándolo<sup>12</sup>. Si esto ocurre, se produce una norma formalmente constitucional, pero materialmente inconstitucional<sup>13</sup>.

## 5. Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional

Las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente tanto de máximo grado como las de relevante grado de indeterminación normativa, reclaman de concreciones para facilitar su operatividad. Normalmente la labor de concreción del bien humano esencial debido que realiza el Constituyente no es suficiente, y reclama la ayuda de los poderes constituidos.

El primer llamado a acudir a esta tarea son los poderes públicos que ejercen función legislativa: el Congreso de la República a través de las leyes y el Ejecutivo a través de decretos legislativos. En uno y otro caso conforman las llamadas *leyes de desarrollo constitucional*<sup>14</sup>. A cumplir esta

---

12 Por eso, la Constitución ha definido al Tribunal Constitucional como “órgano de control de la Constitución” (artículo 202). La Constitución se descontrola cuando el Constituyente regula en contra de la persona, regulando en contra del bien humano esencial debido.

13 BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 53–71.

14 Por ejemplo, es una norma constitucional adscripta dispuesta por el Ejecutivo en su tarea de concretar la norma constitucional directamente estatuida N2.24.f, la siguiente: **N268 Decreto legislativo 957**: Está permitido al Juez, a solicitud del Ministerio Público, dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos es posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que

tarea también acude el Poder Judicial pero solo a través de su órgano de cierre que es la Corte Suprema<sup>15</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>16</sup> cuando para resolver un problema jurídico de relevancia constitucional deben interpretar vinculantemente la Constitución para concretar la norma constitucional directamente estatuida y concernida por el problema jurídico concreto.

Todas estas concreciones son verdaderas normas porque proceden de una interpretación vinculante de la Constitución<sup>17</sup>, y la vinculatoriedad hace a la normatividad; y porque es una concreción de una norma constitucional directamente estatuida<sup>18</sup> y la concreción comparte la naturaleza del objeto concretado. Tienen, además, valor constitucional en la medida que son interpretaciones y concreciones directas de las normas constitucionales directamente estatuidas. Una vez que nacen al mundo jurídico son atraídas fuertemente por la norma constitucional directamente estatuida que concretan, a la cual se adhieren. Por esta razón, estas

---

vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

- 15 Es ejemplo de concreción de la norma N2.24.f, la norma **N268 Decreto legislativo 957**: Está permitido al Juez, a solicitud del Ministerio Público, dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos es posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).
- 16 Es una concreción de la norma N2.24.f creada por el Tribunal Constitucional, la siguiente: **N59 STC 04780-2017-PHC**: Está prohibido, en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional, tomar en cuenta solamente los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no los que se aporten para justificar su rechazo.
- 17 BERNAL PULIDO, Carlos, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 127.
- 18 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 69-70.



normas han de ser denominadas como *normas constitucionales adscriptas*. Y por ser producidas por los órganos nacionales constituidos, serán denominadas *de origen nacional*.

La validez constitucional de este tipo de normas depende de su ajustamiento a la norma constitucionales directamente estatuidas que concretan. Esto quiere decir que estas normas formalmente constitucionales, pueden ser materialmente inconstitucionales<sup>19</sup>. Tampoco será lo ordinario, pero tiene posibilidad mayor de existir que las normas materialmente inconstitucionales creadas por el Constituyente.

## **6. Las normas constitucionales adscriptas de origen convencional**

En el derecho convencional de los derechos humanos, es posible también diferenciar las normas directamente estatuidas de las adscriptas. Así, en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es posible reconocer en ella la voluntad del “Poder convencional” expresada en disposiciones convencionales distintas que dan como consecuencias *normas convencionales directamente estatuidas* de máximo grado de indeterminación normativa<sup>20</sup>, así como de sus concreciones conformadas por las normas convencionales de relevante grado<sup>21</sup> y sin relevante grado de indeterminación normativa<sup>22</sup>. Estas normas pueden ser materialmente inconventionales si no se ajustan a las de máximo grado, aunque serán situaciones extremadamente extrañas.

Las normas convencionales directamente estatuidas de máximo grado y de relevante grado de indeterminación normativa son concretadas

---

19 Lo tengo justificado en Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima 2018, pp. 58-59.

20 Por ejemplo, del artículo 2.24 de la Constitución, es posible concluir la norma constitucional directamente estatuida **N2.24**: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho humano a la libertad personal.

21 Es una concreción de la norma N2.24, la norma que se desprende del artículo 2.24.f de la Constitución, según la cual **N2.24.f**: Está prohibido ser detenido sin mandamiento escrito y motivado del Juez.

22 Del artículo 2.24.f también proviene la norma **N2.24.f'**: Está ordenado poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente dentro de las cuarentaiocho horas.

por la Corte IDH a través de las interpretaciones vinculantes que de la CADH realiza en ejercicio tanto de la función contenciosa como consultiva. Estas normas tienen valor convencional y nacen al mundo jurídico para adherirse a la norma convencional que concretan. Son, por esta razón, *normas convencionales adscriptas*. Su validez convencional dependerá de su ajustamiento a la norma convencional directamente estatuida que concretan, de modo que pueden ser materialmente inconvencionales.

Las normas convencionales directamente estatuidas, así como las a ellas adscriptas ingresan en el sistema jurídico nacional peruano en el nivel constitucional<sup>23</sup>. Pero es un nivel que está dividido en dos ámbitos: el directamente estatuido y el adscripto. No pueden ingresar al directamente estatuido porque ahí por definición solo están las normas estatuidas por el Constituyente peruano. De modo que el destino del derecho convencional constitucionalizado es el ámbito constitucional adscripto, el cual queda conformado por el derecho constitucional adscripto de origen nacional y por el de origen convencional.

440

Es decisivo no olvidar que una vez que ingresan al nivel constitucional, estas normas dejan de ser convencionales y pasan a ser normas constitucionales de origen convencional. El operador jurídico nacional no tiene ante sí derecho convencional a secas, sino derecho constitucional de origen convencional.

## 7. El bloque de constitucionalidad

Todas estas normas constitucionales sobre derechos humanos constitucionalizados o derechos fundamentales, conforman el bloque de constitucionalidad porque todas tienen valor constitucional y, salvo las leyes de desarrollo constitucional, también rango constitucional, desde que el rango sigue al valor salvo el Constituyente decida algo distinto<sup>24</sup>. Este

---

23 Así, “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional”. EXP. N°. 002S-200S-PI/TC y 0026-200S-PI/TC, fundamento 26.

24 El Constituyente peruano ha atribuido rango de ley a las leyes de desarrollo constitucional (artículo 200.4), con la finalidad de hacerlas pasibles de una demanda de

bloque de constitucionalidad cuando se refiere a derechos fundamentales, conforma el contenido esencial o constitucional de los mismos.

Es un bloque de constitucionalidad que vincula a todos los operadores jurídicos nacionales, tanto públicos como privados, los cuales deben tomarlo en cuenta a la hora de adoptar decisiones. Y será empleado como parámetro de validez constitucional del derecho infraconstitucional por el controlador de la constitucionalidad, que para el caso peruano es solamente el juez (judicial, arbitral y militar) y el Tribunal Constitucional.

## **8. Los jueces no realizan control de convencionalidad y solo los jueces realizan control de constitucionalidad**

Este modo de entender la relación entre el derecho constitucional y el convencional que aquí se ha propuesto tiene varias consecuencias relevantes. Aquí solo serán mostradas tres. La primera es que el llamado control de convencionalidad<sup>25</sup> en estricto solo puede ser llevado a cabo por la Corte IDH y no por los jueces nacionales porque solamente ella opera con derecho convencional y los jueces nacionales operan siempre con derecho constitucional (de origen convencional). Y con derecho constitucional solo se puede llevar a cabo control de constitucionalidad<sup>26</sup>, no de convencionalidad. Complementariamente, el control de constitucionalidad en una comunidad política está en manos de los órganos que el Poder constituyente haya dispuesto. Ni la CADH, ni la Corte IDH tienen la competencia para decidir qué órganos son los controladores de la constitucionalidad. Y esto es lo que en definitiva pretende hacer la Corte IDH cuando de modo inconvencional dispone que en los Estados

---

inconstitucionalidad (EXP. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 32). Sin embargo, su valor constitucional se mantiene intacto, al punto que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Así, el incumplimiento de la ley significará vulneración del derecho fundamental y procederá una demanda constitucional.

25 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 124.

26 Lo tengo justificado en “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, en Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile; Universidad de Talca; Vol. 17, número 2 (2019), ps. 32 y ss.

parte, todos los operadores jurídicos y no solo los jueces, deben llevar a cabo control de convencionalidad<sup>27</sup>.

### **9. El derecho constitucional de origen convencional no prevalece necesariamente sobre el derecho constitucional de origen nacional**

En relación a la segunda consecuencia, el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental estará conformado por todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad que le conciernen. El punto de referencia central es la norma constitucional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa que se limita a mencionar el nombre del bien humano debido y que por esa razón constitucionaliza de modo máximamente abierto el contenido esencial del derecho humano. Esta norma, que es la misma que la norma constitucional de origen convencional de máximo grado de indeterminación normativa, luego es concretada por varias fuentes de derecho.

442

La primera en hacerlo, como se ha explicado atrás, es el Constituyente a través de las normas constitucionales directamente estatuidas de relevante y sin relevante grado de indeterminación normativa. Luego lo hacen los Poderes constituidos a través de las normas constitucionales adscriptas de origen nacional; y luego lo hace las normas constitucionales adscriptas de origen convencional. Todas estas concreciones del bien humano esencial debido tendrán validez constitucional si es que al concretarlo no lo han desnaturalizado, es decir, si la concreción se ajusta al objeto concretado. Si existiesen dos concreciones normativas de un mismo bien humano debido contrarias entre sí, significará que una de ellas es una concreción ajustada y la otra es desajustada del bien humano esencial debido. El operador jurídico nacional deberá abrazar la concreción normativa que permita mostrar razones para reconocerla como concreción ajustada, y deberá considerar la contraria como desajustada para descartarla a la hora de tomar una decisión jurídica.

---

27 Por todas, cfr. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

La norma constitucional de origen convencional no puede prevalecer por el solo hecho de provenir del ámbito convencional<sup>28</sup>, prevalecerá solo si de ella puede ser dicho que realiza el valor justicia al ajustarse al bien humano esencial debido que pretende concretar. Por ejemplo, si una norma constitucional adscripta de origen convencional creada por la Corte IDH es contraria a la norma constitucional adscripta creada por el Tribunal Constitucional, el juez no deberá descartar necesaria y automáticamente ésta para aplicar aquella; sino que deberá preguntarse cuál de las dos concreta ajustada y debidamente al bien humano debido que corresponda, y deberá inaplicar la desajustada aunque haya sido establecida por la Corte IDH. Por eso deben ser rechazadas declaraciones de la Corte IDH, como aquella que sostiene que “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”<sup>29</sup>.

## **10. El respeto al margen de apreciación interna**

443

Y en relación a la tercera consecuencia, debe ser dicho que este modo de entender las cosas reclama que la Corte IDH no invalide por inconvencional una decisión adoptada por un Estado parte en contra de una regla jurídica por ella creada, siempre que existan razones para la inaplicación y que éstas hayan sido dadas por el órgano de decisión, por ejemplo, el juez. Los Estados, a través de sus órganos de decisión, cuentan con un margen de apreciación interna que les habilita a tomar en cuenta las concretas circunstancias para justificar una decisión al margen o en contra de una norma de origen convencional. Y si la Corte IDH pretende real y seriamente no convertirse en una cuarta instancia judicial o Corte de justicia suprema, o lo que sería más importante, si no quiere convertirse en gobernante de los Estados miembros, entonces,

---

28 En contra Sagüés, quien propone una superioridad del derecho convencional sobre el derecho nacional. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: *Estudios constitucionales*, (Año 8, N° 1), ps. 124-125.

29 Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 73.

no puede declarar inconvencional una decisión estatal por el solo hecho de haberse construido inaplicando una norma constitucional de origen convencional.

## **11. El cierre**

El Estado peruano tiene el reto de relacionarse con el derecho convencional sobre la base de contenidos materiales de justicia. Ni el ordenamiento nacional está subordinado al ordenamiento convencional, ni los jueces (y en general todos los operadores jurídicos nacionales) están al servicio de la Corte IDH. Tanto un ordenamiento como el otro, y tanto los jueces como la Corte IDH, están al servicio de la plena realización de la persona, lo cual consiguen si se ponen efectivamente al servicio de la plena vigencia de los derechos humanos. Esto irremediamente reclama hacer prevalecer el derecho convencional sobre el derecho constitucional nacional, solamente cuando habiendo contradicción aquel resulta siendo justo por ajustarse al bien humano esencial debido y así darle lo que a la persona se le debe. La consecución de este reto reclama a la vez la consecución de otros dos: primero, que el Estado peruano cuente con operadores jurídicos, particularmente los judiciales, con un alto conocimiento jurídico, especialmente del derecho constitucional; y segundo, que logre que la Corte IDH respete su margen de apreciación interna a la hora de decidir. Es la única manera de crear una relación entre el derecho convencional y el derecho constitucional sobre derechos humanos que sirva, no a la preminencia de la Corte IDH, sino a la preminencia de la persona como fin supremo que es.

# La cultura de la legalidad en una República Bicentenaria

✉ MANUEL BERMÚDEZ TAPIA\*

## 1. Introducción

La construcción de la república y la regulación de los principales elementos institucionales del país es una condición que todavía no ha logrado alcanzar una condición final. El registro de varios elementos negativos, permiten detallar que los problemas históricos aún no se han solucionado en el país. Problemas derivados de la exclusión social, la marginación y el poco acceso a servicios públicos permite detallar una doble realidad nacional de “unos y otros”, sobre la cual, históricamente se ha transitado.

445

Uno de estos elementos negativos está vinculado al valor subjetivo y vinculante de la *legalidad*, especialmente en un contexto donde la informalidad social está provocando la deslegitimidad del Estado, específicamente respecto de su rol como *tenedor* de un poder derivado de la población al no lograr brindar servicios públicos a toda la población en forma uniforme debido a los elevados niveles de corrupción registrados (UPSJB, 2021).

---

\* Abogado. Magister en Derecho, Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Católica de Colombia y de la Maestría en Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez en México. Investigador registrado en RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

Sin embargo, los elementos que permiten la evaluación de este inconveniente exige el análisis de mayores elementos de referencia, los cuales son imprescindibles para poder comprender el modo en el cual la cultura de la legalidad podría permitir una mejor visión de país a futuro.

## 2. La cultura jurídica occidental y su desarrollo en el Perú

La cultura jurídica peruana proviene de dos grandes aportes. La primera y la más conocida proviene de la evolución de la *legislación india* cuya naturaleza histórica proviene del derecho romano, a la cual se complementó la tradición jurídica germana, la tradición visigoda y el derecho canónico (Levene, 1920, p. 144). Su influencia ha sido tan importante y significativa en el país, que se mantuvo vigente durante los primeros años de la república hasta la promulgación del primer código civil en 1852.

Un primer código que fue influenciado por el Código Civil francés de 1804, que seguía una tradición histórica al mejorar por adaptación a la realidad de la época, las normas que en su momento había sistematizado Justiniano en su Codex entre los años 529 y 534, que eran esencialmente la sistematización de la tradición normativa romana que había logrado sistematizar la tradición cultural griega y el criterio normativo para consolidar el sistema de *fuentes del derecho*.

446

Esta tradición jurídica occidental es la que permite la sistematización de toda la legislación nacional, en función a la complementación de valores de naturaleza filosófica, jurídica y sociológica que permite detallar que la *ley* es el valor más significativo y que se desarrolla en base a tres características esenciales: es vinculante, tiene un rango de temporalidad en función a lo que determine el legislador y tiene una condición abstracta y general.

De este modo, el Estado es el depositario de la *legitimidad* social en mérito al *pacto social* establecido entre los ciudadanos que buscan un *bien común* y *una mejor atención a sus necesidades más básicas*, sobre la cual trasladan ese *poder* que permite la consolidación del *ius imperium* de la administración pública y sobre la cual se materializa la *legalidad* (Bermúdez, 2018, p. 167).



Consecuentemente, esta relación entre la población y el Estado permite detallar tres condiciones político-sociales muy referenciales en la actualidad: la *democracia* que se materializa por la complementación de la participación activa-pasiva del ciudadano en los procesos electorales, la *gobernanza* que esencialmente es la acción de fiscalización de la actividad de las entidades públicas sobre la base de un criterio de especialización de la sociedad organizada. La *governabilidad* complementa y mejora la condición política de la sociedad nacional (Habermas, 1996), al identificar las características positivas o negativas de la relación entre la población y el Estado (Kooiman et al, 2008, p. 2).

Por ello en regímenes dictatoriales el *poder* del Estado estaba vinculado a un contexto de legalidad pero no de legitimidad y cuando la población asume un criterio arbitrario contrario al bien común es que se genera la condición de *informalidad social* que perjudica a todo el país, esencialmente porque el Estado no logra fortalecer su autoridad y por ello es que la *ley* no tiene el valor referencial que en otros países, con una mejor democracia y un registro histórico político consolidado, tienen.

### **3. La cultura andina y amazónica en el ámbito formal legal y jurídico**

Uno de los elementos más significativos de la historia pre colombiana peruana es la supervivencia de varias comunidades indígenas hasta la actualidad, sobre la cual se suelen asignar algunas referencias negativas que generan una confusión significativa. Para efectos prácticos, se detallarán algunos:

- a) Hasta el siglo XIX se asumía que toda la población indígena era *la misma* y ese fue un error fundamental porque no lograba separar las características étnicas, lingüísticas, sociales y culturales de los quechuas con los aimaras. Condición que se extendió y “uniformizó” a todas las comunidades amazónicas.
- b) Se asumía que la única “cultura” a la llegada de los españoles, el desarrollo de la *colonia* y durante la república era sólo de los *incas*. Defecto de sistematización que no ha logrado identificar

uno de los principales problemas nacionales, porque las rivalidades entre las naciones indígenas eran muy elevadas y permitió la *conquista* del Tahuantinsuyo.

Un error que no toma en cuenta el aporte cultural, histórico y lingüístico aimara, chanca (wari), chimú, por mencionar culturas que subsisten hasta la actualidad en una población que registra un nivel de mestizaje étnico significativo en la mayor parte del país.

- c) Se asumía que sólo existían tres reglas básicas en el imperio incaico y que además este sistema era de esta cultura. En realidad, estas *reglas jurídicas* implican el reconocimiento de un *sistema normativo* cuyos orígenes se fueron formando desde Caral (3000 a.C.) hasta 1542 cuando Carlos I de España (o V del Sacro Imperio Romano Germánico) decretó la creación del *reino del Perú* reconociendo al Tahuantinsuyo, como elemento político de referencia, como un reino dentro del Imperio de España.

- d) Finalmente, el error con mayor incidencia en el ámbito constitucional que registra una contradicción histórica en la manera en la cual fue redactado el artículo 149 de la Constitución al ubicar a las “comunidades campesinas” antes que a las “comunidades indígenas” (Bermúdez, 2008 a, p. 613), conforme la legislación internacional, esencialmente porque no se tomó en cuenta que las primeras surgieron en 1969 por acción de Juan Velasco Alvarado al decretar la Reforma Agraria.

Un error que se ha amplificado cuando se sostiene que las *rondas campesinas* tienen un origen histórico cuando en realidad estas organizaciones no son indígenas ni tienen valor histórico porque fueron creadas en Chota, Cajamarca, a la ausencia de control policial que permitía el abigeato (Novoa, 2015, p. 111).

En este punto, es importante detallar entonces que el segundo aporte jurídico que *construye* la cultura de legalidad en nuestro país proviene de una *cultura jurídica andina* pero que ha sido mal interpretada y que no responde a un elemento histórico definido.

#### 4. Identificando conceptos jurídicos y sociológicos en la construcción de la legalidad

En el Perú, la mayoría de la población no asume el valor de la ley, como elemento representativo de la legislación. Sin embargo, esta referencia se ha construido en función a varios elementos complementarios, que deben ser especificados:

- a) La primera muestra de exposición de un *elemento jurídico* está detallada en la configuración de los primeros Estados, porque identificaron el valor complementario de: una *población* que tenía los mismos elementos étnicos, lingüísticos, sociales y culturales, un *territorio* sobre el cual la población podía desarrollarse y una *administración* basada en un elemento político-religioso, sobre la cual las primeras autoridades fundamentaron su poder con la cual dirigían sus territorios.

En este contexto, el *derecho constitucional* toma tres elementos históricos para fundamentar sus cimientos: población, territorio y Estado.

449

- b) El *derecho de guerra* que permite identificar los niveles de relación entre diferentes *pueblos*, referencia histórica que permite detallar las relaciones de amistad, cooperación, comercio y subordinación (Catalán, 2017, p. 84), que ha permitido en la actualidad generar el Derecho Internacional Humanitario.
- c) Los dos primeros elementos permiten entonces configurar dos referencias importantes: El *sistema normativo* es el pre existente a la *legalidad* impuesta por el Estado y que se basa en las tradiciones socio culturales históricas de un pueblo, cuyo valor vinculante en lo subjetivo y en lo condicional lo hace representativo.

Sobre esta base surge el *sistema jurídico* que es el conjunto de *reglas, principios jurídicos y normas* que permiten detallar las características de la ley en un proceso histórico hasta la actualidad.

Por ello, el estudio de la *legalidad* en nuestro país genera confusiones porque se asume conceptos técnicos equivalentes pese a tener una naturaleza

diferenciada, con lo cual se concluye que el *Derecho* como elemento configurador de nuestra cultura jurídica es netamente occidental y todo aquello que tiene otro origen forma parte del *pluralismo jurídico*, el cual detalla la coexistencia de dos modos de evaluar la *legalidad* (Wolkmer, 2018, p. 253).

En el ámbito del sistema jurídico, la ley es representativa del poder del Estado y tiene un efecto vinculante en la población, sobre la cual sólo el *derecho natural* sería superior. En cambio, en el *sistema normativo*, que en el caso peruano es *andino*, se configura un patrón de referencia distinto porque lo *colectivo* es superior a la *individualidad* de los integrantes de la comunidad. Esto resulta gráfico cuando se asumen las reglas del “Ama sua”, “Ama Quella” y “Ama Llulla” (no ser ladrón, no ser ocioso, no ser mentiroso) en forma excluyente a todo un *sistema normativo* mucho más profundo (Bermúdez, 2021, p. 11).

Consecuentemente, esta confusión de conceptos permite condiciones antagónicas y excluyentes que han provocado contradicciones que han llegado a ser evaluadas en la Corte Suprema de Justicia de la República y en el Tribunal Constitucional, con resultados que aún no logran sistematizar una única idea de *legalidad* en el país.

450

## 5. El aporte del sistema normativo andino al Derecho

La única institución jurídica aportada por América al desarrollo del Derecho es la figura del *servinacuy* que dio origen a la *unión de hecho o convivencia*, que es una figura jurídica autónoma y excluyente del *concubinato*.

La evaluación de la naturaleza jurídica de cada institución jurídica permite detallar sus características y autonomía, en este sentido:

- a) La convivencia es aquella relación establecida por dos personas, cuya condición civil es de ser solteros o libres de toda condición socio jurídica con tercera persona y sobre la cual se genera una comunidad de vida que tiene incidencia en el ámbito social.

Esta referencia es netamente *andina* y se desarrolló desde las primeras civilizaciones en el espacio territorial que hoy es el

Perú y que han subsistido hasta la actualidad. Prueba de esta afirmación está el estudio de la *familia en occidente* de Cándida Gutiérrez (2006, p. 11-26).

- b) El concubinato es la mención a una relación paralela a un matrimonio, sobre la cual la segunda pareja, generalmente mujer, no tiene derechos ni condición formal ante la comunidad por la existencia de la esposa, quien tiene una condición excluyente y preferente frente a este tipo de situaciones (Rand, 2006, p. 142).

Napoleón Bonaparte sobre la base de las ideas de Jacques Domat (1861, p. 49), estableció en el Código Civil francés de 1804 la condición de que el *matrimonio* es la célula básica de la sociedad y por eso se prohibió toda condición ajena a esta referencia (Roulston, 2016). Merkel, en base a estas ideas fue quien luego materializó la idea de una “jerarquía normativa” tomando como base el fallo Madison vs. Marbury (1803) y la tradición judicial anglosajona (Domingo, 2010).

451

El valor histórico de esta regulación subsiste hasta la actualidad y por eso en el Código Civil se mantiene las figuras del *hijo extramatrimonial* e *hijo alimentista* pese a que ambas tienen elementos que identifican su inconstitucionalidad, en función a la evaluación del artículo 6º de la Constitución de 1993 y de modo preferente a lo detallado en la Convención Americana de 1969.

## 6. Conclusión

La tarea más importante y significativa de los próximos gobiernos luego del bicentenario es lograr formalizar la cultura de la *legalidad* en el Perú, para que así se pueda tener un único criterio de lo que es el sentido del *bien común* en todo el territorio nacional sobre la cual la *legalidad* y *legitimidad* de la ley podrían tener un mejor efecto sociológico en los ciudadanos (Bermúdez, 2008 b, p. 145), porque durante doscientos años, la *ley* no siempre ha sido positiva para la gran mayoría de peruanos.

## Bibliografía

1. Bermúdez Tapia, M. (2008 a). *La Constitución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. 2º edición. Lima: Ediciones Legales.
2. Bermúdez- Tapia, M. (2008 b). Los próximos nuevos retos del Derecho Parlamentario en contextos de postmodernidad. *Derecho & Sociedad*, (31), 145-150.
3. Bermúdez-Tapia, M. (2018) Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho, en Martínez Lazcano, A. J. e Islas Colín, A. (Eds.) *Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, p. 167-186
4. Bermúdez-Tapia, M. (2021). Análisis de la legitimidad del pluralismo jurídico en el Perú. *Pacha: Derecho Y Visiones*, 1(1), 11-17. Recuperado a partir de <http://ojs.pachaderechoyvisiones.com/index.php/pacha/article/view/3>
5. Catalán, M. (2017) *Mentira y poder político*. Madrid: Verbum
6. Domat, J. (1861) *Las leyes civiles en su orden natural*. Barcelona: Esteban Pujol
7. Gutiérrez, C. (2006) “La institución de la familia en Roma” en: Catalá Rubio, S. (2006) *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 11-26
8. Habermas, J. (1996) *Between facts and norms. Contribution to discourse theory of law and democracy*. Cambridge, The MIT Press.
9. Kooiman, J., Bavinck, M., Chuenpagdee, R., Mahon, R., & Pullin, R. (2008). Interactive governance and governability: an introduction. *The journal of transdisciplinary environmental studies*, 7(1), 1-11.
10. Levene, R. (1920). El Derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del Derecho indiano. *Hispanic American Historical Review*, 144-151.
11. Novoa Campos, Bruno. (2015, agosto) “ Administración de justicia de las Rondas Campesinas de Chota: prevención de mayores conflictos y propuesta de solución”, en *Essentia Iuris. Revista de Actualidad Jurídica*. (04), 111-129
12. Portillo Valdés, J. M. (2007) *El problema de la identidad entre monarquía y nación en la crisis hispana, 1808-1812*. Salamanca, Universidad de Salamanca.

13. Rand, W. (2006) Diccionario de la Santa Biblia. Nashville: Grupo Nelson, p. 142
14. Roulston, C. (2016). *Narrating Marriage in Eighteenth-Century England and France*. Londres: Routledge.
15. UPSJB (2021) *Análisis del impacto político, económico y social de la corrupción en la gestión pública*. Proyecto de investigación desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista aprobado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación N° 017-2021-VRI-UPSJB. [https://investigacion.upsjb.edu.pe/docentes\\_investigacion/](https://investigacion.upsjb.edu.pe/docentes_investigacion/)
16. Wolkmer, A. C. (2018) *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América latina*. Madrid: Dykinson





# Reflexiones en torno a los derechos políticos entre hombres y mujeres en el Perú Bicentenario

✎ MARGOTT PAUCAR ESPINOZA\*

‘Nada está definitivamente adquirido. Bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres sean cuestionados. Durante vuestra vida deberán permanecer vigilantes’

Simone de Beauvoir

## 1. Constitucionalización de la igualdad de derechos

La introducción de los derechos de igualdad en los primeros textos constitucionales que rigieron en el Perú republicano significó el inicio de la democratización de los derechos a nivel normativo. Uno de los primeros ámbitos en los que la igualdad, encontró acogida en el plano constitucional fue el educativo. En efecto, la universalización de la educación, así como la obligatoriedad y la gratuidad de esta, fueron reconocidas en cada carta magna a lo largo de estos dos siglos, siendo la Constitución del Perú de 1823 la primera en recogerla en su capítulo III denominado educación pública.

De este modo, la constitucionalización del derecho a la educación se enarbola como uno de los primeros hitos en el área de los derechos a la igualdad de todos los habitantes de la naciente república peruana. Precisamente, nuestro propósito es reflexionar sobre lo que ha significado la democratización de este derecho respecto a la igualdad entre hombres

---

\* Doctora en Derecho Constitucional.

y mujeres en el ámbito de los derechos de participación política. Como primer aspecto, hay que manifestar que por mucho tiempo no se valoró debidamente la importancia del vínculo existente entre la igualdad educativa y otros derechos de igualdad. Tampoco se tomó muy en serio el valor del derecho a la educación *per se*, es decir como un derecho valioso en sí mismo con independencia de su instrumentalización para el ejercicio de otros derechos. Una muestra de ello es el escaso presupuesto que la educación pública ha recibido de los distintos gobiernos.

El rol que el binomio educación-igualdad ha jugado en la historia de los derechos es innegable. En efecto, uno de los casos más explícitos lo tenemos en el ejercicio del derecho al voto femenino que permitió que por primera vez un grupo de mujeres peruanas pudieran sufragar en las elecciones de 1956. Ciertamente fue un grupo reducido ya que la Ley N° 12391, Ley del Sufragio Femenino, aprobado el 7 de setiembre de 1955 limitaba tal derecho a las mujeres alfabetizadas mayores de 21 años que representaba al 33.73% del electorado. Se trató de un avance formal importante que permitió que en aquellas elecciones fueran elegidos 174 diputados y 8 diputadas, 52 senadores y una sola senadora.

456

La real universalización del derecho de sufragio llegó con la Constitución Política de 1979, cuando se incluyó dentro del electorado a mujeres y hombres iletrados. Aunque ello significó un importante avance en cuanto a los derechos políticos ciudadanos, el camino hacia el ejercicio del derecho a ser elegida fue largo y con obstáculos que postergarían su real y efectivo ejercicio. En efecto, cuatro décadas después, la situación empezó a variar con la adopción del sistema de cuotas que se implementó en Perú. Este mecanismo de acción afirmativa implicó, sin duda, un avance hacia la democratización de los derechos políticos en cuanto permitió, de modo paulatino, el incremento del número de mujeres elegidas por voto popular.

Posteriormente se promulgaron numerosas normas que fomentaron la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Así, en sentido estricto, las primeras normas legales y las políticas públicas referidas a la igualdad de género se promulgaron a finales del siglo XX. Una de ellas está referida al sistema de cuotas, destacan además otras normas: la Ley de

Igualdad de Oportunidad entre mujeres y hombres aprobada por la Ley 28983 del 16 de marzo del 2007, el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Varones 2006-2010, el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 MIMP. En la segunda década del siglo XXI se publica el Plan Bicentenario: El Perú hacia el 2021” que recoge como uno de sus ejes la promoción de la equidad entre mujeres y varones en el marco del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional. Recientemente, el 4 de abril del 2019 se aprobó por Decreto Supremo N° 008-2019-MIMP la Política Nacional de Igualdad de Género. Posteriormente mediante el Decreto Supremo N° 002-2020-MIMP se aprobó el Plan Estratégico Multisectorial de Igualdad de Género (PEMID) el cual es de obligatorio cumplimiento para la implementación de la Política Nacional de Igualdad de Género.

Si observamos los diversos planes y políticas que se han venido organizando en los últimos 20 años, diríamos que, en efecto, normativamente se están sentando las bases para un efectivo ejercicio de igualdad de género en muchos ámbitos. El avance de esta dimensión de la igualdad ha sido sostenido y aunque se presentaron algunas barreras como veremos más adelante, se ha continuado la senda trazada por los primeros textos normativos promulgados hace unos años. No obstante, hay que resaltar que hacia el 2016 se observó un cierto estancamiento de los avances. Sin embargo, lo peor llegó a inicios del 2020 cuando el derecho a la educación, y los derechos de igualdad entre otros sufrieron un duro revés. En efecto, la crisis sanitaria producto de la pandemia de la covid19 ha sido un duro golpe para los avances de los derechos de las mujeres en prácticamente todos los aspectos, incluyendo por supuesto la promoción de una participación política igualitaria, ya que en estas circunstancias las mujeres tienen una sobrecarga familiar y laboral mayor que antes, por lo que la desigual distribución del tiempo en las labores de cuidado y atención del hogar no solo subsisten, sino que se ha incrementado.

## **2. Evolución de la representación política en el Perú**

La participación política de las mujeres en cargos de elección popular antes de la década de los 90 se caracterizó por la evidente inequidad que empezó a cambiar hacia finales de dicha década. Así, mediante Ley

26859, Ley Orgánica de Elecciones de 1997 se incluye una cuota de género correspondiente al 25% de las mujeres en las listas de los candidatos al Congreso de la República. El año 2000, la Ley 27387, incrementó dicha cuota al 30%. Posteriormente, el 27 de agosto de 2019 se promulgó la Ley N°30996 la cual modifica los artículos 21 y 116 de la Ley N°26859. Mediante esta ley se busca aminorar la brecha en la igualdad que históricamente ha existido en el Perú en el ámbito político. De este modo, de acuerdo con esta norma, en las elecciones del 2026 ese porcentaje será del 45%, y en las del 2031 ascenderá al 50%. Recientemente, mediante Ley N°31030 del 23 de julio del 2020 se elimina la alternancia y la paridad progresiva aprobada por el legislador a través de las normas anteriormente citadas y en este sentido el artículo 4 establece que *“En las listas de candidatos para cargos de dirección del partido político, así como para los candidatos a cargos de elección popular, el número de mujeres u hombres no puede ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del total de candidatos”*. De esta forma se elimina el sistema de cuotas que imperó por más de dos décadas en el Perú, dando paso al sistema paritario.

458

No obstante, más allá del último logro normativo, corresponde mirar ahora hacia aquellos aspectos que permitan una implementación eficaz de la paridad y ello implica revisar la reciente historia de las políticas de género e identificar los obstáculos reales que han impedido que las normas aprobadas alcancen los objetivos trazados, y a ello voy a dedicarme en el siguiente acápite.

### **3. Barreras en el acceso y desempeño de las mujeres en la política**

La realidad nos muestra varios obstáculos que impiden alcanzar la participación de las mujeres en el sentido que lo determinan las normas legales. Muchos de estos obstáculos son el resultado de reiteradas prácticas y comportamiento individuales o colectivos, como es el caso del acoso político que termina dañando el avance de los derechos de las mujeres que buscan tener puestos de autoridad política en diversos ámbitos.

En el ámbito laboral, las mujeres emplean muchas horas en las tareas del hogar, situación que recorta su tiempo para dedicarse a otras actividades sean laborales o de formación educativa. Así pues, en cuanto a

la actividad doméstica no remunerada los hombres trabajan en promedio 15:53 horas semanales, mientras que las mujeres trabajan en promedio 39:28 horas a la semana (Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, 2011).

La informalidad y la precariedad laboral perjudican a las mujeres en mayor medida que a los hombres. Así por ejemplo un 60% de las mujeres trabaja en el ámbito informal, lo cual la expone a caer en la pobreza en una mayor medida que los varones.

Respecto a la indocumentación de los ciudadanos, los datos nos muestran que el 43.39% de los hombres están en situación de indocumentación frente al 56.51% de las mujeres. Esto revela que hay 13.22 % más de mujeres indocumentadas, hecho que agudiza su vulnerabilidad y discriminación. (RENIEC, 2012)

Los bajos niveles educativos y los problemas con el entorno social con el que se enfrentan día a día las niñas y las mujeres de distintas zonas del país también condicionan su baja tasa de participación política en el futuro.

459

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, un importante avance en términos jurídicos viene de la mano del pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú. En efecto, en los primeros años del siglo XXI, los pronunciamientos se referían a los aspectos generales de la igualdad y su relación con el principio de no discriminación por las razones expuesta en el art 2 inciso 2 del texto constitucional. Durante ese tiempo no se abordó en forma específica las cuestiones referentes a la igualdad entre hombres y mujeres con una perspectiva de género. Años después, en 2018 el Tribunal Constitucional se refirió expresamente a la igualdad de género, incluyendo dicha terminología en su pronunciamiento. Se trata de la STC Exp. N° 01479-2018-PA/TC la cual desarrolló la obligación de las entidades públicas y privadas de aplicar la perspectiva de género.

Nuevamente, el 2019, el TC en el caso que recae en el expediente EXP. N.° 03378-2019-PA/TC se refiere a la necesidad de un enfoque de género en todo el sistema de administración de justicia, el mismo que, *mutatis mutandis*, debería ser trasladado a todos los otros ámbitos del ejercicio de poder público.

El tiempo nos está mostrando que si bien es cierto se ha avanzado en términos de normativa jurídica, nos corresponde seguir organizando planes de igualdad a diversos niveles y a la vez ir articulando mecanismos que permitan no solo aminorar, sino también eliminar la subrepresentación femenina. Esto no es sencillo en un contexto de una crisis generada por la pandemia del covid19, la cual representa un duro golpe para los avances de los derechos de las mujeres en prácticamente todos los aspectos. Así pues, este panorama resulta desventajoso para la promoción de una participación política igualitaria, entre otros por el tema de la desigual distribución del tiempo entre hombres y mujeres que se ha agudizado durante esta crisis sanitaria.

En efecto, la llegada de la pandemia ha develado una vez más la fragilidad de las instituciones encargadas de promover el ejercicio de los derechos de género, especialmente aquellos derechos que buscan conciliar la vida privada familiar con la actividad laboral, aspecto que trae muchas dificultades con el cierre de los colegios y la implementación de las clases virtuales. De este modo, el trabajo de cuidados no remunerado de las mujeres ha aumentado de manera significativa. Esto, aunado a otros aspectos las deja en posición de vulnerabilidad en relación con el ejercicio de sus derechos políticos. Por ello, resulta crucial crear mecanismos que permitan que las mujeres puedan acceder a estos espacios públicos, hecho que ya constituye un desafío al cual se enfrenta las mujeres cada día.

460

Si observamos los diversos planes y políticas que se han venido organizando en los últimos 20 años, diríamos que, en efecto, se ha logrado colocar las bases para un efectivo ejercicio de igualdad de género en muchos ámbitos, lo cual debe reconocerse como un avance en términos legales y en alguna medida también de gestión pública. Ahora bien, resulta crucial continuar elaborando políticas públicas y/o actualizarlas de acuerdo con el contexto social que nos ha tocado vivir tras la crisis del covid19. Esto, que así dicho parece sencillo no lo es tanto si vemos que la realidad nos presenta mayores desafíos que los que habíamos visto antes.

Otro aspecto que cabe resaltar es la necesidad de un enfoque integral de los derechos de igualdad. Esto permite un tratamiento del tema

más próximo a la realidad, ya que la búsqueda del empoderamiento de las mujeres en el espacio público, implica desarrollar políticas y programas que incluyan una perspectiva multidisciplinar y multifuncional de tal modo que la igualdad entre hombres y mujeres sea abordada también desde otros enfoques (el enfoque de interculturalidad, el de derechos humanos, el generacional, de interseccionalidad y el enfoque de integridad, entre otros) que sin duda permitirán una efectiva promoción de la democratización en la participación política y por supuesto el ejercicio de los derechos de igualdad en los diversos ámbitos.

#### **4. Conclusiones**

- a) La evolución de las normas desarrollo constitucional favorables a la igualdad de género ha recorrido un camino que no ha estado libre de obstáculos y barreras que de un modo u otro han ralentizado dicha evolución. No obstante, hay que reconocer que los avances han sentado las bases sobre los cuales se han formulado programas y políticas relativas a la igualdad de género.
- b) Las leyes de cuotas electorales por género, en tanto normas de acción afirmativa, desempeñaron un rol importante en su momento, aunque no se lograra su concretización en toda su dimensión puesto que un alto porcentaje de mujeres candidatas al congreso, gobiernos municipales y regionales no llegaron a ocupar una curul. Un logro claro de esta ley de cuotas fue el de poner en el debate público un tema que en el contexto internacional ya se venía regulando en diversos ámbitos de la representación política.
- c) Sin dejar de reconocer los efectos positivos de las diversas leyes de igualdad de género, sí se debe subrayar que el punto de inflexión lo va a marcar la reciente aprobación de la ley de paridad de género en la lista de candidatos por elección popular. No obstante, un aspecto que preocupa es la crisis económica que ha generado esta pandemia por cuanto ello podría mermar el presupuesto que se está asignado a los sectores destinados a la promoción de los derechos de igualdad.

- d) Nos preocupa además que el bicentenario nos encuentra con una serie de falencias en diversos órdenes. En efecto, en términos de igualdad la pandemia desnudó las grandes brechas subsistentes, la falta de inclusión, la postergación de objetivos trazados y una crónica carencia de una hábil gestión en diversos frentes. A los avances realizados se suma un estancamiento de las políticas públicas, las cuales se muestran tan frágiles ante una crisis sanitaria que se extiende a otras áreas.



## Reflexiones sobre la presencia de las mujeres en la magistratura constitucional en el marco del Bicentenario

✉ MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE\*

El Perú nace como República libre e independiente en 1821. A partir de esta fecha y, más concretamente, desde la promulgación de la primera Constitución, en 1823, puede hablarse del inicio del constitucionalismo peruano (Ramos, 2018). Ciertamente, también del inicio de la exclusión de las mujeres del espacio público, de los espacios de poder y toma de decisiones, en el marco del constitucionalismo peruano. De hecho, las mujeres peruanas no alcanzarán la carta de ciudadanía sino en 1979, con la promulgación de la décimo primera Constitución que, reconoce explícitamente el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo. Antes, claro está, se reconoció el derecho de ciudadanía, pero de forma restringida, sólo para determinadas mujeres y/o sólo para determinados actos –en 1933, se reconoce el derecho al voto de las mujeres en el ámbito municipal, en 1955 se les reconoce el derecho de participar en todas las elecciones políticas– (Bermúdez, 2019; Poulsen, 2018).

463

Las mujeres lucharon denodadamente por el reconocimiento de sus derechos que, en tanto seres humanos les corresponde. De hecho, lucharon por la Independencia política del Perú que, creyeron sería también

---

\* Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente principal de la Academia de la Magistratura. Docente de la Unidad de Postgrado de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Nacional de Cajamarca. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

para ellas, estuvieron presentes en largo e intenso proceso emancipador iniciado ya por las rebeliones indígenas y criollas en las cuales las mujeres tuvieron una valiosa e importante participación. Sin embargo, la historia oficial que registra tanto el proceso de independencia como la posterior etapa de creación del Estado-nación, las ha ignorado, borrando todo vestigio del aporte por ellas realizado. (Guardia, 2013).

El incipiente Estado que se constituye tras la Independencia es eminentemente androcéntrico en tanto que instituye el monopolio masculino del poder, y diseña institucionalmente la exclusión de todas las mujeres de los espacios del poder. En general, las distintas Constituciones Políticas del Perú del siglo XIX (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856 y 1860) otorgaron el derecho de ciudadanía sólo a determinados varones –a quienes sabían leer, escribir y poseían algún oficio o profesión–. En tanto que las mujeres no sólo no fueron consideradas ciudadanas, sino que además ni siquiera podían acceder a la educación superior.

464

Desde esta óptica, a partir de la cruzada emprendida por Trinidad María Enríquez para acceder a la educación superior, más concretamente, a la Facultad de Derecho realizaré una breve reflexión sobre la presencia de las mujeres en la magistratura constitucional en el marco del Bicentenario.

En junio de 1846, nacía en la ciudad imperial del Cusco, María Josefa Trinidad Enríquez Ladrón de Guevara, una de las figuras femeninas más destacadas del siglo XIX. La joven cusqueña, libra una tenaz batalla, y sortea una serie de obstáculos provenientes no sólo del ordenamiento jurídico sino también, y principalmente, aquellos derivados de la tradición (y los prejuicios), para convertirse en la primera mujer peruana en realizar estudios universitarios y, de hecho, en la primera jurista del Perú y de América Latina.

Una característica esencial de los sistemas jurídico-políticos diseñados por los Estados Modernos fundados a finales del siglo XVIII tanto en América del Norte, Europa, así como en las jóvenes Repúblicas de América del Sur durante el siglo XIX, es que se erigen sobre la base de la escisión liberal entre lo público y lo privado, y definen a las mujeres en relación al

lugar que ocupan dentro de la familia, espacio privado por antonomasia (Pateman, 1996). Así, la conceptualización de la mujer exclusivamente como madre y esposa es, sin lugar a duda, una de las notas definitorias del status de las mujeres peruanas durante todo el siglo XIX –y gran parte del siglo XX–. Sin embargo, Trinidad Enríquez, consigue liberarse de esa heterodesignación hasta de dos modos distintos. En primer lugar, a nivel personal: no es ni madre, ni “esposa de”, logrando de esta forma, nada menos que desafiar las reglas opresivas impuestas por el sistema patriarcal, con todo lo que ello podía suponer en cuanto a estigma en la sociedad peruana decimonónica.

En segundo lugar, se instala de lleno en el espacio público y, en calidad de egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, emprende una tenaz batalla a fin de conseguir que le sea otorgado el grado académico de bachiller y el título profesional de Abogada, que al haber cumplido con todos requisitos exigidos por ley –excepto claro, aquel que es impuesto por la lotería natural, y del que no es moralmente responsable: el sexo–, por justicia le corresponde. Trasciende de este modo el espacio privado al que fueron adscritas todas las mujeres, pretende además que así lo hagan sus congéneres, a través del ejercicio de una de las profesiones liberales por excelencia: la abogacía, haciendo tempranamente de lo personal político –consigna que será reivindicada por el neofeminismo de los años sesenta del siglo XX– prueba de ello es que en 1881 cuando Nicolás de Piérola –que en ese momento ocupaba de facto la presidencia de la República del Perú– le ofrece una autorización especial para graduarse, ella lo rechaza de forma contundente, argumentando que su reclamo no es ni mucho menos de carácter personal sino, general. Aboga, en fin, porque a todas las mujeres, en tanto seres humanos provistos de razón, les sean reconocidos los mismos derechos de los que disfruta el otro 50% de la humanidad, los hombres.

En 1873, cuando Trinidad Enríquez da inicio a ese dilatado proceso, solicitando una autorización para cursar los estudios correspondientes a la carrera de Jurisprudencia en la Universidad del Cusco –ya había salido a la luz la magna obra de John Stuart Mill, fundamento teórico político y soporte del sufragismo: *El sometimiento de la mujer*, (1869)– el ordenamiento jurídico peruano no contempla ninguna disposición normativa que prohíba –tampoco que prevea– el acceso de las mujeres a las

universidades, la obtención de grados académicos y títulos profesionales, ni el ejercicio de la abogacía, es más el Art. 14 de la Constitución de 1860 vigente en ese momento prescribía que “Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, por su parte, el artículo 178 del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, tampoco contempla a las mujeres, entre los sujetos a los que prohíbe el ejercicio de la profesión de abogado.

Sin embargo, la interpretación que los operadores jurídicos efectúan de esa falta de regulación dio lugar a dos tipos de pronunciamientos completamente divergentes, logrando imponerse el que consigue poner freno al intento de las mujeres de acceder a los espacios de prestigio y poder que les es vedado: el político/público, negándoles categóricamente tanto la obtención de títulos académicos como el ejercicio de las profesiones. Estos últimos, fundamentaron sus argumentos apelando a un dogma: la supuesta “naturaleza femenina”, de la que a su vez hacen derivar “espacios, funciones y roles específicos”, logrando de este modo consumir y salvaguardar la subordinación por ellos –los hombres– refrendada desde el momento mismo en el que proclaman la independencia política de la Corona española y fundan la República. De modo que, no fue sino en 1908, con la promulgación de Ley N.º 801 que se autoriza expresamente que “las mujeres que reúnan los requisitos exigidos por ley para el ingreso a las universidades de la República sean matriculadas en ellas, pudiendo optar los grados académicos y ejercer la profesión”.

Esta conquista –formal de la posibilidad de acceso a los espacios del poder en el ámbito jurídico– ciertamente no tiene reflejo en el ámbito de la magistratura constitucional en el Perú. En efecto, si tenemos en consideración que la justicia constitucional en el Perú, a través de un órgano constitucional autónomo, fue instituida por primera vez por la Constitución de 1979, bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales. Podremos advertir que, en sus diez años de funcionamiento –que inició el 19 de noviembre de 1982 hasta su desactivación en 1992– fue un Tribunal ciertamente masculinizado, ya que estuvo integrado exclusivamente por magistrados. Ni una sola mujer ocupó una magistratura constitucional en el Tribunal de Garantías Constitucionales.

La Constitución de 1993, décima segunda Carta de la historia constitucional del Perú, no sólo cambió la denominación del órgano de control de constitucionalidad de las leyes, de Tribunal de Garantías Constitucionales a Tribunal Constitucional, sino también cambió la forma de designación de los magistrados y redujo el número de los miembros que componen esta Alta Corte. En efecto, el artículo 201 de la Constitución prescribe que el Tribunal Constitucional se compone de 7 miembros, elegidos por el Congreso de la República, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de congresistas. Lo que no consiguió cambiar fue la composición masculinizada, pues en sus 25 años de funcionamiento –se instaló e inició sus funciones el 24 de junio de 1996, mediante Resolución Legislativa 001-1996-CR–, el Tribunal Constitucional ha estado conformado mayoritariamente por magistrados: de entre las 26 magistraturas que se sucedieron hasta la actualidad, 24 fueron ocupadas por hombres, y sólo dos magistraturas fueron ocupadas por mujeres.

En definitiva, la magistratura constitucional en el Perú tiene rostro masculino. Desde la instauración del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1982 hasta su desactivación en 1992, se designaron 20 miembros de esta Alta Corte, las 20 magistraturas fueron ocupadas exclusivamente por hombres. Asimismo, desde el inicio de funciones del Tribunal Constitucional, en 1996 hasta la actualidad, se han designado a 26 magistrados, de los cuales, 24 fueron hombres y sólo dos magistraturas estuvieron ocupadas por mujeres. En el primer colegiado: la magistrada Delia Revedo Marsano y en el Colegiado actual, la magistrada Marianella Ledesma Narváez. Así pues, María Trinidad Enríquez estaría contenta pero no satisfecha, pues todavía tenemos un largo trecho por andar en la ruta hacia la igualdad, por ella iniciada.



### **Bibliografía:**

1. PATEMAN, Carole (1996), “Críticas feministas a la dicotomía público/privado, en CASTELLS, Carme (comp.), *Perspectivas feministas en Teoría Política*, Paidós, Barcelona.

2. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2018), *La letra de la Ley. Historia de las Constituciones*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima.
3. BERMUDEZ VALDIVIA, Violeta (2019) *Género y poder. La igualdad política de las mujeres*, Palestra, Lima.
4. POULSEN, Karen (2018) *¡Somos Ciudadanas! Ciudadanía y sufragio femenino en el Perú*, Jurado Nacional de Elecciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
5. RAMOS NÚÑEZ, Carlos y BAIGORRIA CASTILLO, Martín (2018), *Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes*, Palestra, LP, Lima.

# Reflexiones en torno al principio de solidaridad en el constitucionalismo histórico peruano

✎ MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ\*

## 1. Aproximación al constitucionalismo histórico del siglo XX

**E**n tiempos de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia del Perú, que ha coincidido con una crisis sin precedentes en los últimos décadas y que se ha manifestado en diversos ámbitos (sanitario, económico, político, social, familiar, etc.) considero indispensable reflexionar sobre la solidaridad desde un enfoque constitucional, considerando su desarrollo histórico y con especial énfasis en el presente y porvenir de la ciudadanía, de nuestras instituciones republicanas y del sistema democrático que venimos construyendo en un proceso con avances, pero también con retrocesos.

469

Efectivamente, aun cuando la solidaridad suele ser abordada desde el campo de la filosofía política, de la moralidad, entre otros, aquella también puede ser analizada desde una perspectiva jurídico-constitucional.

Así pues, la solidaridad, bajo la Constitución Política de 1993, y teniendo en consideración la interpretación que de ella ha venido realizando el Tribunal Constitucional del Perú, es un principio jurídico-constitucional plenamente vinculante ante los poderes públicos y privados, que se encuentra relacionado con el ejercicio de derechos y deberes fundamentales.

---

\* Abogada por la Universidad Mayor de San Marcos. Presidenta del Tribunal Constitucional.

Pero no se trata de un principio reciente. En la historia constitucional peruana del siglo XX, una referencia manifiesta a la solidaridad se halla en el artículo 56 de la Constitución Política de 1920. En dicho artículo se estableció que el Estado debía fomentar las instituciones de previsión y de “solidaridad social” así como también otras que tuvieran por finalidad “mejorar las condiciones de las clases populares”.

Posteriormente, el artículo 48 de la Constitución Política de 1933 reprodujo en términos similares la norma anterior al disponer que la ley establecería un régimen de previsión de las consecuencias económicas a causa de la falta de empleo, la edad, enfermedades, etc. y que fomentaría las instituciones de la solidaridad social.

Asimismo, en el artículo 79 de dicha Constitución de los años veinte se estableció que la educación moral y cívica de los niños debían inspirarse, necesariamente, en el engrandecimiento nacional y en la solidaridad humana.

470

No obstante, tales disposiciones constitucionales carecieron de efectos jurídicos, dado el carácter aspiracional que se le reconocía a las Constituciones en aquel período.

Más de cuatro décadas después, se promulgó la Constitución Política de 1979. Dicha Constitución fue la primera del siglo XX en la que se reconoció como principio fundante del orden jurídico a la dignidad humana y al bien común y a la solidaridad como fundamento del orden social.

Aquel texto constitucional no sólo significó una salida institucional a la crisis política, social y económica, en las postrimerías del gobierno militar, sino que tuvo como eje a la persona humana, su dignidad y derechos fundamentales.

En efecto, desde la perspectiva de los ciudadanos, es menester destacar el reconocimiento de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales exigibles ante el Estado y, en general, ante el ejercicio de todo tipo de poder, incluyendo el poder privado.

En el debate de los constituyentes, se encuentran diversas aproximaciones a la temática de la solidaridad. Entre ellas, cabe destacar aquella



desarrollada a propósito de la discusión sobre la relación entre la seguridad social y la solidaridad.

Al respecto, en el Tomo VI de los Diarios de Debates de la Constitución de 1979, el constituyente Ledesma sostuvo, en torno a la relación entre seguridad social y solidaridad social, que:

La razón de ser doctrinaria y jurídica (de la seguridad social) se apoya en la solidaridad social y es en base a ese criterio (...) que en Inglaterra está socializada la medicina y en los países escandinavos los jóvenes cotizan para los viejos, los sanos para los enfermos y los que tienen trabajo para los desocupados (...). Por lo tanto, en nuestro país donde la seguridad social tiene que hacer muchísimo especialmente con el campesinado (...), (con) los mismos trabajadores, los pueblos jóvenes, los estudiantes, etc., consideramos que debe precisarse este concepto, con una definición a tono con el concepto doctrinario de la solidaridad social (Diario de Debates, Tomo VI, p. 73).

471

Asimismo, en relación a la educación comunal, corresponde también destacar la intervención del constituyente Veliz, para quien:

Las comunidades desde muchos años atrás han ayudado a la educación, no sólo construyendo locales escolares, no sólo implementando esos locales con el mobiliario respectivo, no solo pagando a docentes cuando en una comunidad campesina solamente trabajaba un solo maestro (...) sino (...) la comunidad ha impreso su espíritu a la educación, dando origen a la educación comunal, cuyo principio básico es la solidaridad, producto de un largo proceso histórico (...) (Diario de Debates, Tomo VI, p. 93).

Al respecto, considero que el principio de solidaridad resulta coherente con los derechos y principios de corte social y económico reconocidos en la Norma Fundamental de 1979. Incluso, puede afirmarse también que la solidaridad como principio constitucional es un elemento que identifica el Estado Social y Democrático de Derecho en el Perú.

A mayor abundamiento, en cuanto al contenido material de dicha Constitución, lo social fue un elemento definitorio. Tanto en el Preámbulo como en el texto íntegro de la Constitución Política del Perú de 1979, las referencias a la solidaridad son recurrentes.

No se trata de alusiones decorativas o accidentales, sino de disposiciones que expresan parte de lo sustantivo y de los presupuestos valorativos de dicha Norma Fundamental, cuyo preámbulo estableció “que la *justicia* es valor primario de la vida en comunidad y que *el ordenamiento social* se cimenta en el bien común y *la solidaridad humana*” (énfasis añadido).

En el propio cuerpo de la Constitución Política de 1979, en el capítulo VIII del Título I, correspondiente a los deberes fundamentales de la persona, se estableció en el artículo 72 que “toda persona tiene el deber de vivir pacíficamente, con respeto a los derechos de los demás y de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria”.

472

En directa relación con lo anterior, el artículo 76 dispuso que: “Todos contribuyen al bienestar general y a la realización de su propia personalidad mediante su trabajo como deber personal y social”. Así también, debe considerarse que el artículo 77 estableció que:

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

En lo que respecta al Estado, el principio de solidaridad pivota en artículos relacionados con sus deberes. Así pues, la solidaridad emana también de lo dispuesto en el artículo 80 *in fine* de la Constitución de 1979, según el cual es un deber primordial del Estado: “eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado”.

Por su parte, en el artículo 88 de esta Constitución se estableció como un deber fundamental del Estado ser “solidario con los pueblos oprimidos del mundo”.

En suma, en la Constitución Política 1979 la solidaridad fue reconocida como un principio básico del orden constitucional, con efectos

irradiadores a todo el ordenamiento y plasmada a través de mandatos concretos dirigidos tanto a las personas como hacia el Estado.

Lo anterior permite sostener que la solidaridad se encontraba a la base de determinados deberes fundamentales, que debían ser cumplidos por los ciudadanos y las autoridades.

## **2. La solidaridad en la Constitución Política de 1993**

Indicado lo anterior, puede sostenerse que el marco de protección constitucional del principio de solidaridad, en términos comparativos, fue más amplio en la Constitución de 1979 que en la Constitución de 1993, pero ello no ha impedido que este principio haya desplegado plenos efectos en determinadas materias vinculadas con otros principios y con el ejercicio de derechos sociales.

Por ello, si bien solo hallamos una mención de la solidaridad en el artículo 14 de la Constitución Política de 1993, respecto a los propósitos y fines de la educación, desde una interpretación unitaria y armónica de aquella, se desprende que la solidaridad es un principio constitucional con plena fuerza normativa en todo el orden jurídico vigente. Al respecto, dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 14.- La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y *fomenta la solidaridad* (énfasis añadido)”.

Así lo ha comprendido el Tribunal Constitucional del Perú en su jurisprudencia, al haber desarrollado los alcances de dicho principio, su relevancia, vinculatoriedad y relación directa con los derechos fundamentales y con su correlato, los deberes fundamentales.

En efecto, el Tribunal ha expresado, a través de su jurisprudencia, la relevancia constitucional de este principio y ha desarrollado su contenido, si bien, en el marco de determinadas materias constitucionales específicas, como el ámbito de la economía social de mercado o la seguridad social, entre otras. No obstante, ello no debe entenderse como

una limitación al alcance efectivo de dicho principio que irradia todo el ordenamiento jurídico.

Ello se advierte en la Sentencia 0008-2003-PI/TC, el Tribunal Constitucional, en el marco del análisis del Estado Social sostuvo lo siguiente:

“Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social” (fundamento 13).

Bajo dicha interpretación, la solidaridad constituye un supuesto económico del Estado Social y Democrático de Derecho, que es el contrapeso a su carácter subsidiario.

Asimismo, el Tribunal ha afianzado la relevancia jurídico-constitucional de la solidaridad. Tal es el caso de la Sentencia 2945-2003-AA/TC, en la que el Tribunal vinculó de forma directa al principio de solidaridad con el denominado “contenido esencial” de los derechos sociales, sosteniendo al respecto que la solidaridad, al igual que la dignidad, constituyen pilares fundamentales del Estado Social de Derecho (Sentencia 2945-2003-AA/TC, fundamento 15).

474

En el marco de la relación directa de este principio con los derechos sociales, el Tribunal en aquella sentencia indicó que dicho principio promueve un conjunto de deberes, como los siguientes:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social;
- b) El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales (Sentencia, 2945-2003-AA/TC, fundamento 16).

Asimismo, en la Sentencia 0004-2004-PI/TC y acumulados, el Tribunal sostuvo que el principio de solidaridad ha sido “consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho”, es decir, en el artículo 43 de la Norma Fundamental (fundamento 9) y que el propósito de contribuir con los gastos públicos, propio de todo tributo, constituye una manifestación del principio de solidaridad (fundamento 9).

A mayor abundamiento, en la Sentencia 0048-2004-PI/TC, el Tribunal precisó que:

El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su *ethos* organizativo (fundamento 37).

En aquella última oportunidad, el Tribunal también sostuvo que cuando exista un conflicto entre el lucro y rentabilidad de ciertos grupos económicos y el bienestar colectivo o, en todo caso, los bienes indispensables para el desarrollo de la vida humana, la interpretación resultante de la Norma Fundamental debe preferir “el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies” (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 37).

475

Asimismo, el principio de solidaridad también ha sido invocado en materia pensionaria. Al respecto, en la Sentencia 0007-2008-PI/TC, el Tribunal ha sostenido que:

En materia de seguridad social el principio de solidaridad implica que todos los asegurados de los sistemas público y privado de pensiones contribuyan a su sostenibilidad, lo cual conlleva que todos sus afiliados deban en general aportar, no sólo para poder recibir las distintas prestaciones, sino además para poder preservar los sistemas de pensiones en su conjunto (fundamento 9).

En cuanto a la relación del principio de solidaridad con los deberes de la colectividad en la Sentencia 0004-2010-PI/TC, el Tribunal ha

sostenido que la solidaridad tiene como uno de sus principales ámbitos de aplicación al derecho constitucional, tanto en el campo de los derechos fundamentales como en los criterios organizativos de la estructura del Estado; por ello, no solo se trata de una exigencia ética sino un “criterio en el ámbito jurídico-político” (Sentencia 0004-2010-PI/TC, fundamento 6).

En dicha oportunidad el Tribunal precisó que el principio de solidaridad se materializa, entre otros, en: i) los denominados “deberes de solidaridad”; y ii) en normas que incentivan o desincentivan, a la luz de dicho principio, la realización de ciertas conductas (Sentencia 0004-2010-PI/TC, fundamento 6).

Según dicha sentencia, la solidaridad fundamenta los derechos, de forma indirecta, a través del establecimiento de deberes positivos, originados en comportamientos solidarios, a cargo de las autoridades o poderes públicos o que son atribuidos a terceros, personas naturales o jurídica, con alcances también para las generaciones futuras (Sentencia 0004-2010-PI/TC, fundamento 7); de ahí que dicho principio también haya sido relacionado con el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y los deberes de la colectividad ( fundamento 9).

476

En suma, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú se desprende válidamente que la solidaridad no es únicamente un principio ético, sino también un principio jurídico-constitucional, con fuerza normativa y efectos vinculantes para todo el ordenamiento jurídico.

### **3. Reflexiones finales frente al Bicentenario de la Independencia del Perú**

Ante la proximidad de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia del Perú, debemos reflexionar en torno a lo alcanzado desde la ciudadanía y el Estado pero también respecto a los retos pendientes como proyecto en común.

Por ello, considero que es indispensable e impostergable que ciudadanos y autoridades asumamos la responsabilidad de que los derechos y deberes fundamentales y las instituciones del orden constitucional sean efectivamente respetados y fortalecidos.

Especialmente, estoy convencida de que la ampliación de una auténtica ciudadanía para todos los que vivimos en este suelo, sin distinción, es la gran promesa del Perú que aún no hemos cumplido. Muchos ciudadanos, en pleno siglo XXI, solo lo son nominalmente, porque se encuentran relegados en el ejercicio de sus derechos básicos. Incluso, a algunos aún se les niega el ejercicio de una plena ciudadanía en condiciones de igualdad tanto desde el discurso como en los hechos.

En tal entendido, considero indispensable reforzar el contenido material de principios indispensables para la paz social, como el principio de solidaridad, a la luz de su relación directa con los derechos fundamentales, especialmente con los derechos sociales.

Por consiguiente, pensar únicamente la solidaridad como un valor a incentivar, como una disposición de cada persona a promover, centrada en la actitud y carácter o, incluso, en *sentimientos* es prácticamente condenarla al mismo eclipse que padeció la fraternidad, hermana de la solidaridad, una metáfora acuñada en la revolución francesa que buscaba la emancipación de todo aquel que estuviese sometido a relaciones de dominación (Domènech 2004, p. 74; 1993, pp. 49-52).

477

Más aún, invocar la solidaridad únicamente como una aptitud personal, voluntaria y discrecional no solamente es negarle fuerza jurídica, sino que también nos aparta de la reivindicación de una ciudadanía plena y puede ser altamente perjudicial para la plena realización de los derechos.

En tal entendido, si nos centramos en la persona y en el respeto de su dignidad, hace falta más que compromisos momentáneos o motivaciones individuales para la efectiva realización de los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente.

Con respecto a lo anterior, recordemos que en la actualidad nos encontramos en un contexto de desinstitucionalización de la ciudadanía, con efectos claramente identificables, como la precarización de las dimensiones económica, social y política; por ello, con mayor razón, la solidaridad debe materializarse en la conquista de derechos, tan necesarios para la vida digna de los ciudadanos, como es el caso, entre otros, de los derechos sociales (Lara Amat y León 2020a, p. 77; 2020b; 2020c).

En efecto, sin derechos sociales exigibles, nos quedará únicamente la solidaridad individual. Y con una solidaridad, que en los hechos sea caridad, estaremos cada vez más lejos de las promesas que como país debemos cumplir, velando por las generaciones presentes y futuras.

Empero, si tales derechos, con base en el principio constitucional de solidaridad, se plasman en la Constitución, si además son desarrollados normativamente y se cuenta con los mecanismos idóneos para su tutela y garantía, cada vez estaremos más cerca de la auténtica libertad e igualdad ciudadanas.



## Bibliografía

1. Domènech, Antoni.

(2004). *El eclipse de la fraternidad*. Barcelona: Crítica.

(1993) “...y fraternidad”. En *Isegoría*, N.º 17, pp. 49-77.

2. Lara Amat y León, Joan.

(2020a). “Entre siervos y ciudadanos. Transformaciones de la ciudadanía contemporánea”. Lara Amat y León, Joan (ed.) (2020). *La ciudadanía y lo político. Ciudadanía y crisis de la democracia liberal en un mundo en transformación*. Lima: UNMSM; ONPE.

(2020b). “Ciudadanía, trabajo y COVID-19: vidas orientadas al trabajo también en tiempos de pandemia”. *La República*, 5 de mayo de 2020.

(2020c). “Las consecuencias del COVID-19 en un Estado Social precario”. *La República*, 22 de julio de 2020.

## Constituciones peruanas:

1. Constitución Política del Perú de 1993. Diario oficial *El Peruano*, Lima, Perú, 29 de diciembre de 1993.
2. Constitución Política del Perú de 1979 de 12 de julio de 1979, vigente desde el 28 de julio de 1980, (Diario de los Debates, Tomo VI).
3. Constitución Política del Perú de 1933, promulgada el 9 de abril de 1933.



4. Constitución Política del Perú de 1920, promulgada el 18 de enero de 1920.

**Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú:**

1. Sentencia 0004-2010-PI/TC, de 14 de marzo de 2011, Caso Merino Bringas.
2. Sentencia 0007-2008-PI/TC, de 30 de junio de 2010, Caso Cabrera Ávalos.
3. Sentencia 0048-2004-PI/TC, de 18 de mayo de 2005, Caso Regalía Minera.
4. Sentencia 0004-2004-PI/TC, 0011-2004-PI/TC, 0012-2004-PI/TC, 0013-2004-PI/TC, 0014-2004-PI/TC, 0015-2004-PI/TC, 0016-2004-PI/TC y 0027-2004-PI/TC (acumulados), de 21 de setiembre de 2004, Caso Colegio de Abogados del Cuzco.
5. Sentencia 2945-2003-AA/TC, de 20 de abril de 2004, Caso Meza García.
6. Sentencia 0008-2003-PI/TC, de 11 de noviembre de 2003, Caso Nesta Brero.



## Nuestro país el Perú en el bicentenario y el sentido de pertenencia

✎ MARTÍN D'AZEVEDO GARCÍA\*

**A** propósito de esta efemérides del Bicentenario de nuestra Independencia, deseo compartir con ustedes algo que siempre -desde muy joven- me ha intrigado, que es el escuchar cuando hablan los peruanos (no digo “hablamos” porque yo ya me he corregido hace tiempo también), y conjugan su conversación en la tercera persona del plural, y es evidentemente claro que se están refiriendo a ‘nosotros’; es decir, a las cosas que suceden en ‘nuestro país: el Perú’, y que suceden además entre nosotros los peruanos.

481

Es ahí donde viene el tema de mi dilema y preocupación, que es cuando al referirse a nuestra patria y que lo deberían hacer como ‘*nuestro país*’, todos o casi todos los peruanos pasan inconsciente, sintomática y despectivamente (inclusive) a conjugar su conversación en la tercera persona del singular para literalmente decir: “...*este país*”.

Ahora mismo, para graficar con un ejemplo, les puedo decir que mientras escribo este pequeño ensayo, veo -y sobre todo escucho- en la televisión la entrevista a una Candidata a la Vicepresidencia de nuestro país el Perú, contestando a la pregunta de ¿por qué esta vez postula y se mete en política?, ella empieza contestando que lo hace porque: “...*este país...*”.

---

\* Abogado. Presidente del Instituto Peruano de Gestión Municipal (IPEGEM). Docente Universitario. Consultor en temas de Gestión Pública y Consultoría Política. Miembro Asociado de la Unión Iberoamericana de Municipalistas (UIM). Autor de varias obras. Ensayista invitado en varios medios y revistas de opinión.

Desde el punto de vista legal Constitucional esta forma de hablar o expresarse del peruano se vincula con su nacionalidad, institución jurídica que está bien normada en el artículo 52° de la vigente Constitución Política del Perú, cuando precisa expresamente que: “*Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República...*”. Pienso que legal, legítima y formalmente nuestra patria y nuestro país no tienen más que brindarnos para que nos refiramos bien a ella cuando la mencionamos expresamente en nuestras diversas conversaciones.

Psicológicamente esta forma de expresarse se vincula con lo que se define como el ‘**sentido de pertenencia**’<sup>1</sup> que tenemos todas las personas en general -en mayor o menor grado- desarrollado internamente para con lo propio, con lo de uno mismo y, nosotros los peruanos en particular, para con aquello que es nuestro pero que no lo sentimos como tal. Eso porque el sentimiento o conciencia de formar parte de esta nuestra comunidad de peruanos -residentes en nuestro país o no-, evoluciona en cada uno de nosotros de acuerdo con nuestra “experiencia” vivencial con la patria, la ciudad donde nacimos, el pueblo o la tierra en donde vivimos y crecimos en nuestra infancia, adolescencia y juventud, junto con otros compatriotas; por lo que no podemos quitarnos el hecho fáctico de haber nacido en el Perú, o no habiendo nacido aquí, eres hijo de: “...*padre o madre peruanos*” (artículo 52° de la referida Constitución), y/o has aprendido a quererlo.

482

El sentido de pertenencia además se aprende a nivel social, pues uno va entendiendo y asimilando para siempre este sentimiento subjetivo conforme experimenta con sus congéneres algunos pasajes o hechos en la vida, sobre todos los muy intensamente vividos. Está claro que es así cómo uno llega a sentir la satisfacción de ser parte conformante de un grupo o familia y de un lugar en donde se siente cómodo, bienvenido o aceptado.

---

1 <https://alarconpsicologos.com/2015/03/02/la-identidad-y-el-sentimiento-de-pertenencia/> “...nos referimos al sentimiento o la conciencia de formar parte de un grupo en el que adquirimos modelos de referencia, que influyen directamente en nuestras características. Tiene su origen en la familia ya que es el primer grupo al que pertenecemos”.

También el sentido de pertenencia, cuando está bien cultivado y experimentado, nos genera sensación de arraigo con el territorio (el terruño), con el espacio en donde has experimentado aquellos hechos que ‘han marcado’ tu vida y que terminan vinculándote para siempre intensamente con dicho lugar, ciudad o país.

Coloquialmente pensamos que esta forma de referirse a las cosas se vincula con la costumbre que probablemente en algún momento fue sólo un uso; es decir, dicho una sola vez; luego, la repetición de ese uso o forma de decir las cosas -que no fue corregido a tiempo-, se volvió un hábito. Luego la repetición de ese hábito, se convirtió en una *mala costumbre*, que se filtró subrepticamente entre nosotros los peruanos y en la sociedad peruana para instalarse en nuestras mentes para siempre. ¿En qué momento se dio ello? Ahora lo veremos.

Es por ello que ahora vemos, pero sobre todo oímos recurrentemente a los peruanos de todo tipo, nivel, rol, estatus social y género, decir: “...*este país...*”, cuando se refieren a nuestro país y a nuestra patria el Perú.

Se escucha todos los días, a todas horas y por todos los medios a nuestros compatriotas peruanos decir consciente o inconscientemente esta consabida frase de dos palabras. En esas circunstancias, la primera impresión que nos causa es que la referida frase suena despectiva si es dicha por un peruano o peruana cuando en efecto está refiriéndose a nuestra propia patria: el Perú; se lo nota desarraigado, como si lo estaría diciendo un extranjero. Luego, en tanto compruebas que quien lo dijo es un compatriota, entonces duele muy hondo, porque afloran una serie de sentimientos encontrados respecto del afecto que uno debe sentir por nuestra bendita tierra que nos vio nacer y que nos abrigó, en donde crecimos y nos hemos realizado.

Llega uno a dudar de ¿quién está bien, si es la persona que está hablando, y el que está mal es uno por entenderlo así? Primero por lo semánticamente pronunciado y dicho. Luego, por la sensación de fondo que la frase transmite, pues simultáneamente deberíamos estar sintiendo lo mismo en esos precisos momentos: tanto quien lo dice, como uno

quien lo escucha decir y referirse de esa manera, porque se trata nada menos que de: ¡nuestro propio país!

Mención aparte haremos para decirles que corresponde revisar la historia para ver cómo probablemente empezó este devenir, de ser simplemente una pronunciación o una frase, o hasta quizá y en sus inicios sólo un ‘esnobismo’, para convertirse luego en cotidiano, diario y duro de escuchar a quienes lo pronuncian con naturalidad, para quienes tenemos bien fijado el sentido de pertenencia, y con ello nuestras convicciones y arraigo con nuestra patria.

Pensamos que, para la forja de un Estado Constitucional Peruano, al cabo de 200 años de nuestra independencia y de vida republicana, y a casi 500 años de la Conquista del Perú por los españoles, con muchos temas cotidianos e institucionales no resueltos, y con una insatisfacción generalizada -hoy por hoy- en nuestra población por la Pandemia del COVID-19; vale la pena reflexionar sobre esta concepción y preguntarse: ¿Cuándo y cómo fue que se inició este desarraigo con nuestro país, nuestra nación y nuestro Estado?

484

Probablemente eso haya ocurrido -en un primer estadio- a partir del año 1532 en que comienza la Conquista Española y se consuma la muerte de Atahualpa, pues con este hecho que marca y grafica el choque de dos culturas (la civilización europea contra la civilización andina), se nos *impone* un nuevo tipo de organización social y política sobre nuestra sociedad y en nuestro territorio patrio de entonces.

Al respecto, AMAT y LEÓN (2015) sostiene que: “*Este es un hecho fundacional indiscutible y su vigencia es evidente en la vida cotidiana de los peruanos del Siglo XXI, próximos a cumplir 500 años de convivencia desigual en lo económico, y excluyente en lo social y cultural*”.<sup>2</sup>

Es cierto ello porque inmediatamente después vino toda una época de sojuzgamiento por parte de la Corona Española y de los Conquistadores

---

2 AMAT y LEÓN, C. (2015), *El Perú nuestro de cada día*, 2da Edición, Lima: Universidad del Pacífico.

a través de las diversas instituciones que les fueron imponiendo a nuestros antepasados. Así es como la organización colonial se inicia con “las encomiendas” como una forma de abuso contra los indios, que luego se cambia por “la hacienda” como forma de organizar la producción agropecuaria inequitativamente. Le sigue la imposición del “Patriarca” y del “Señor”, para luego imponerles y agruparlos en pequeños pueblos a los cuales les llamaron “las reducciones”, introduciendo en ellos un símbolo del desarrollo urbano español -entre varios otros que trajeron-: La Plaza de Armas.

Un segundo estadio probablemente también esté marcado con el hecho mismo de la Independencia Nacional y el inicio de la República, lo que suponemos “*ha moldeado el carácter de lo peruano*”<sup>3</sup>, y que se trató de componer en una sola sociedad mediante la fusión de dos mundos o naciones disímiles: la indígena de mayoría campesina y la pseudo occidental síntesis de lo europeo (el criollo); división estamental que ha subsistido hasta nuestros días.

Ahora bien, cumplir 200 años es importante, pero más importante es cumplir los retos que ésta efemérides nos plantea de cara a la consolidación del Estado Constitucional Peruano que necesitamos. Para ello requerimos romper ese paradigma empezando por recuperar pequeños pero importantes principios como es éste que planteamos, el del: ‘**sentido de pertenencia**’.

Pero no habrá forma de atesorar aquello que es nuestro, sino se enseña a identificar, conocer y quererlo desde siempre: en nuestros hogares y en la escuela.

Por otro lado, y para llegar a desarrollar en nosotros mismos el sentido de pertenencia sobre todo de aquello que “nos pertenece a todos y es de todos”, es un proceso más o menos largo que pasa por hacernos comprender que a todos nos ha costado aquello que está bien hecho, por ejemplo: la ejecución de una obra pública de infraestructura valiosa y útil, o la ejecución exitosa de los Juegos Panamericanos 2019.

---

3 AMAT y LEÓN, C. (2015), *El Perú nuestro de cada día*, 2da Edición, Lima: Universidad del Pacífico.

Para poder hacer una analogía comparativa con ello, aquí ponemos como ejemplo lo que hemos visto que ocurre en Colombia con “El Sistema Integrado del Transporte - SIT” de la ciudad de Medellín, donde hemos podido verificar por explicación de ellos mismos ¿cuánto les costó llegar a ello?, al cabo de lo que esa ciudad era hace 25 años, recordada sólo -y para entonces- por haber producido al más grande capo de la mafia del narcotráfico mundial. Para que hoy en día, después de haberle dado un vuelco muy grande a esa superada realidad, ver cómo TODOS cuidan la citada obra pública SIT, lo limpian y lo mantienen al punto de no permitir que se ensucie ni siquiera arrojando la envoltura de un caramelo dentro del referido bien público, mientras nos cuentan su gran logro, con el orgullo que se ve que sienten al observarlos paladear cada una de sus palabras.

Ahora mismo, y nuevamente para graficar con otro ejemplo contrario, veo y sobre todo escucho a otra candidata al Congreso de la República (del ganador de la Primera Vuelta de las Elecciones Generales 2021), desde el otro extremo ideológico -de aquélla citada en líneas arriba-, decir y expresarse muy parecido: “*En ...este país... los pueblos olvidados tienen una oportunidad...*”.

486

Vale decir entonces que, en nuestro caso -al cabo de 200 años-, seguimos percibiendo que somos como dos países en un mismo territorio, y de ahí que cualquier peruano o peruana sintiéndose en un lado de esas dos “patrias” se refiera a “la otra” persona con la expresión que venimos analizando, de el por qué se pronuncia la misma manida frase: “*...este país...*”

El Bicentenario de la Independencia de nuestro país: el Perú, es una fecha apropiada que nos permite reflexionar sobre su importancia, a partir de la realidad en que vivimos actualmente que, desde algún momento de nuestra historia, ha quedado grabado en el ADN de nosotros los peruanos, hecho éste que vaticinamos podría haber ocurrido a partir de la forja de la República.

Por ello sostenemos que ya hace mucho tiempo (80 años aproximadamente), se comienza a agudizar esta delicada división que se acrecentó



y se acentuó con la migración masiva ‘del campo a la ciudad’ que, en el caso peruano se plasmó con la venida desde las provincias del interior del país hacia Lima. Iniciada incipientemente en los años 40’ del Siglo pasado, pero que se generalizó a partir de la década de los 70’, y se desbocó a partir de los años 90’, manteniéndose sostenidamente hasta nuestros días; lo cual estamos llamados a revertir.

Es a partir de ahí que se percibe a los peruanos asentados como en dos patrias, pero en un mismo territorio: uno, ciudadano y que ha vivido acomodado o más o menos bien en los últimos años, con el auge de la economía; y otro, el de las zonas marginales de las ciudades, de las provincias, del campo, y de las riberas de los ríos de nuestra vasta Amazonía; siendo que a estos últimos ni en los 200 años ni en los últimos 20 o 30 años les ha llegado en alguna medida la mejoría; por lo mismo, un peruano contra el otro y así recíproca y sucesivamente van a seguir refiriéndose y diciéndole consciente o inconscientemente al otro peruano, la muy gastada frase: “...**este país...**”; abarcándolo y negándolo todo a la vez como compatriota. Entonces concluimos que -si es que seguimos así- vamos perdidos, porque divididos no somos nada, y para ello sólo hay que leer la historia justamente para no repetir dichos errores.

Hace falta urgentemente que nos unamos en torno a un objetivo común, y que sea ese el reto que tengamos por delante a partir también de una ‘Agenda Común e Inclusiva’, que contenga un Plan y una Estrategia bien definidas, con cuatro (04) ejes, a saber: 1. Salud Pública y manejo de la Pandemia; 2. Reactivación Económica; 3. Mejora de la Educación a corto, mediano y largo plazo; y, 4. Reforma del Modelo político-electoral, a mediano plazo; para que ello nos lleve a todos los peruanos desde el inicio de este Bicentenario, hacia la consolidación de un Estado Constitucional Peruano, encarando de frente y de plano sus problemas para poder vivir 200 años más, diciendo que lo hacemos por: “Nuestro país el Perú...”.

De esta manera podremos hablar y referirnos ante los extranjeros, y ante nosotros mismos los peruanos como un solo país, con una sola identidad dentro de nuestra pluralidad, pues ya se dijo que no hay razas si no solamente racismo y eso hay que desterrarlo de nuestra mente, de

nuestra idea, de nuestro subconsciente inclusive, para poder continuar por muchos años más: cultivando el nosotros, predicando el nosotros, y construyendo ese: *'nosotros los peruanos'*; con mucho orgullo y con auténtico sentimiento, como dice el hermoso vals: “*Cuando despiertan mis ojos y veo / Que sigo viviendo contigo Perú / Emocionado doy gracias al cielo / Por darme la vida contigo Perú / Eres muy grande / Y siempre lo seguirás siendo / Pues todos estamos contigo Perú / Sobre mi pecho / Yo llevo tus colores / Y están mis amores contigo Perú / Somos tus hijos / Y nos uniremos / Y así triunfaremos contigo Perú...*”<sup>4</sup>.

---

4 Compuesto en 1975, por Augusto Polo Campos, y cantado por Óscar Avilés y Arturo Cavero.

# Reflexiones sobre el régimen de excepción y los derechos fundamentales en el marco del Bicentenario

✉ NADIA PAOLA IRIARTE PAMO\*

## 1. Introducción

El Bicentenario es una ocasión extraordinaria para reflexionar sobre los retos en la forja del Estado Constitucional peruano. El régimen de excepción se erige como uno de los más importantes desafíos que enfrenta, pues su naturaleza nos propone un escenario con singulares particularidades, y su diseño constitucional nos plantea una interesante problemática relativa a los derechos fundamentales. En los últimos tiempos ha cobrado especial relevancia a raíz de la declaratoria del estado de emergencia producto del coronavirus.

489

En este artículo, analizamos el régimen de excepción; y, reflexionamos sobre la idoneidad del marco normativo y su incidencia en los derechos, la necesidad de una ley de desarrollo constitucional, y la importancia de los mecanismos de control.

## 2. Régimen de excepción

El régimen de excepción es un régimen especial que se aparta del que está en vigor durante la “normalidad constitucional”, y que procura someter un peligro de singular gravedad que se cierne sobre la vida de la

---

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

Nación o del Estado. En estas circunstancias, se requiere otorgar poderes extraordinarios al Ejecutivo y habilitarlo para afectar determinados derechos fundamentales y aun para, eventualmente, recurrir a las Fuerzas Armadas en reemplazo de la Policía, con el objetivo de restaurar el funcionamiento normal de las instituciones y preservar la Constitución<sup>1</sup>.

Las modificaciones transitorias que sufre el régimen constitucional durante la vigencia de un estado de excepción aparecen presididas por el que es el principio general básico del derecho de excepción, el principio de necesidad, complementado éste por el de proporcionalidad. En su virtud, las modificaciones del régimen ordinario serán única y exclusivamente las que se revelen necesarias en orden al restablecimiento de la normalidad, y las medidas a tomar en relación con dichas modificaciones habrán de ser siempre aplicadas de forma proporcionada a las circunstancias concretas<sup>2</sup>.

Los sistemas jurídicos de diversos países prevén la posibilidad de que los gobiernos puedan adoptar medidas excepcionales para hacer frente a situaciones de crisis. La declaratoria de un estado de excepción depende del análisis de cada caso concreto por parte de la autoridad competente. El estado de excepción es, por su propia naturaleza, una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado<sup>3</sup>.

El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado sobre esta institución jurídica, generando un relevante desarrollo jurisprudencial. Mencionamos, entre otras, las siguientes resoluciones: STC N.º 0017-2003-AI/TC, STC N.º 0002-2008-PI/TC, y STC N.º 0022-2011-PI/TC.

- 
- 1 SILES, Abraham, "Problemática Constitucional del Estado de Emergencia en Perú: Algunas cuestiones fundamentales". en *Estudios Constitucionales*, Año 15, N.º 2, 2017, p. 137.
  - 2 CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El Nuevo Derecho de Excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)". en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, N.º 2, 1981, p. 117.
  - 3 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N.º 0002-2008-PI/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009, fundamento jurídico 22.

### **3. Marco normativo: el artículo 137 de la Constitución y su incidencia en los derechos fundamentales**

El régimen de excepción está previsto en el artículo 137 de la Constitución. El constituyente de 1993 siguiendo el diseño de la Constitución de 1979, mantuvo dos modalidades de estados de excepción: estado de emergencia (artículo 137.1) y estado de sitio (artículo 137.2). Estos estados son decretados por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él.

En el caso del estado de emergencia, los supuestos habilitantes son: a) perturbación de la paz o del orden interno, b) catástrofe, y c) graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Los derechos fundamentales cuyo ejercicio puede restringirse o suspenderse son: la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito (consagrados en los artículos 2.24.f, 2.9, 2.11 y 2.12 de la Constitución).

El estado de sitio, se decreta en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho.

Advertimos que los supuestos fácticos que ameritan que se declare el estado de sitio son diferentes y más graves que los que corresponden a un estado de emergencia. Además, destacamos que en el caso del estado de emergencia se señala de manera expresa los derechos fundamentales cuyo ejercicio puede restringirse o suspenderse, situación que no ocurre en el estado de sitio.

Cabe anotar que, en diversas situaciones, al configurarse el supuesto habilitante se ha declarado el estado de emergencia, hasta el momento no se ha declarado el estado de sitio.

Con relación al estado de emergencia, observamos que su declaratoria está vinculada con una variedad de situaciones. En suma, comprende causas de diversa índole (políticas, sociales, naturales, etc.) a las cuales se las encuadra en el mismo estado de excepción.

A nuestro parecer, enmarcar bajo la modalidad de “estado de emergencia” situaciones con características distintas, no permite abordar de manera adecuada la problemática que se presenta, pues una cosa es la emergencia causada por la furia de la naturaleza (terremotos, lluvias intensas), y otra la provocada por la perturbación de la paz o del orden interno (subversión). Ambas requieren ser abordadas en un escenario que responda a sus caracteres propios.

En ese sentido, proponemos que sería adecuado modificar el artículo 137 de la Constitución, de forma tal que considere dentro del régimen de excepción, un estado más; que podría ser el estado de alarma. Sostenemos que los supuestos habilitantes de la declaratoria del estado de alarma deberían ser de carácter no político (catástrofes, crisis sanitarias, etc.).

En el derecho comparado, varios sistemas jurídicos consideran en su régimen de excepción, tres tipos de estados. Por ejemplo, la Constitución colombiana hace referencia al estado de guerra exterior, al estado de conmoción interior, y al estado de emergencia (artículos 212 a 215). En el caso de España, el artículo 116 de su Constitución contempla el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio.

492

Por otra parte, acerca del impacto de la declaratoria del estado de emergencia en los derechos fundamentales. Se aprecia que el artículo 137 dispone la restricción o la suspensión de específicos derechos fundamentales, pero sin diferenciar cuando procede una u otra afectación. A nuestro juicio, en la práctica, más que la suspensión del derecho se ha dado la restricción del ejercicio del derecho, en diferentes grados de intensidad. Sería adecuado que se precise de mejor manera los efectos de la declaratoria en los derechos fundamentales. Al respecto, estimamos que una modificatoria del citado artículo debe tomar en cuenta el tipo de estado de excepción y la distinta naturaleza de los supuestos habilitantes. Habrán escenarios que requieran un nivel más intenso de intervención que otros. Asimismo, alguno de ellos podría requerir la restricción de otros derechos que no son los actualmente enunciados en el artículo 137.

De otro lado, en relación con la cuestión de la temporalidad -que es inherente al régimen de excepción- la Constitución establece que el plazo del estado de emergencia no debe de exceder de sesenta días; y, en el caso del estado de sitio, cuarenta y cinco. También, admite la posibilidad de prórroga, que en el estado de sitio requiere la aprobación del Congreso.

Sobre el particular, observamos que el uso frecuente del estado de emergencia ha configurado un estado de “permanencia de la excepcionalidad”. En esa línea, prolongados períodos de excepcionalidad declarados y sucesivamente prorrogados, vienen distorsionando el régimen “excepcional”. Por lo que, es necesario establecer un límite adicional. En ese sentido, debería valorarse la posibilidad que la prórroga del estado de emergencia cuente con la aprobación del Congreso.

#### **4. La necesidad de una ley de desarrollo constitucional**

El régimen de excepción se encuentra previsto en el artículo 137 de la Constitución, que dada su naturaleza contiene diversos conceptos amplios e indeterminados. No se cuenta con una ley especial que regule con mayor precisión la materia. Por lo tanto, sugerimos la expedición de una ley de desarrollo constitucional que aborde de manera integral los estados de excepción.

Conforme a los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional, manifestamos que se requiere de un desarrollo legal, referente a los siguientes aspectos: a) los conceptos de perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación para establecer los casos y situaciones que ameritan la declaratoria del estado de emergencia; b) el plazo de 60 días establecido en el artículo 137 de la Constitución y la naturaleza excepcional de esta medida; c) los alcances y características de las limitaciones de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 137.1, tomando como base la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución; y, d) el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional y político, así como las medidas

para establecer veedurías y misiones de observación de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados sobre la materia<sup>4</sup>.

## **5. Mecanismos de control en el régimen de excepción**

En los estados de excepción se produce una concentración de competencias en el Ejecutivo, nuestro sistema jurídico para evitar posibles excesos y abusos de poder, ha establecido mecanismos de control: político, ciudadano o social, y jurisdiccional.

El control político está a cargo del Poder Legislativo. Al respecto, la Constitución alude en su artículo 137 que: “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar (...) dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción”. Asimismo, el artículo 102.2 de la Constitución especifica que es atribución del Congreso “Velar por el respeto de la Constitución y las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”. En suma, el Congreso debe vigilar los actos realizados por el Ejecutivo durante los estados de excepción.

494

El control ciudadano o social, es el que ejercen los miembros y sectores de la sociedad, mediante los diversos mecanismos que establece el sistema jurídico, como el derecho de petición.

El control jurisdiccional está a cargo del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. El artículo 200 de la Constitución preceptúa que los procesos de hábeas corpus y de amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Especifica que cuando se promueven estos procesos constitucionales en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente debe examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.

---

4 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N.º 0002-2008-PI/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009, fundamento jurídico 31.



El artículo 23 del Código Procesal Constitucional también señala que los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción, pero además precisa que el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios: a) si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos; b) si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o, c) si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.

A nuestro juicio, para evitar posibles excesos de poder es necesario reforzar los distintos mecanismos de control. Esto incidiría en la eficacia y eficiencia de las herramientas de control.

Respecto al control político, evidenciamos que el Reglamento del Congreso contiene normas que regulan el procedimiento de control que debe ejercer el Parlamento sobre: a) los decretos legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución; b) los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el artículo 118.19 de la Constitución; y, c) los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución. Sin embargo, no contiene estipulación alguna en relación a los decretos supremos que expide el presidente de la República en virtud del artículo 137 de la Constitución. En nuestra opinión, sería adecuado que dicho reglamento incorpore el tratamiento específico para este tema.

En cuanto al control jurisdiccional, centramos nuestra atención en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución que indica: “No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”. Consideramos que si bien se optó por la tesis del contralor judicial parcial, ello no impide que los jueces controlen –en sus respectivos ámbitos de competencias– las normas que se expiden al amparo de los

decretos supremos que declaran el estado de emergencia; recordemos que se tratan de normas de alcance general y si vulneran la Constitución o la ley procede el control respectivo.

Por último, en el contexto de la constitucionalización de la política y bajo la tendencia -en un Estado Constitucional de Derecho- a que el margen de acción de los jueces va ganándole terreno a espacios que antes no eran susceptibles de control, estimamos que se debe evaluar si es pertinente pasar de un esquema de contralor judicial parcial a uno de contralor judicial amplio, en él sería posible cuestionar la decisión presidencial de poner en vigencia un estado de excepción.

## **6. Reflexión final**

El régimen de excepción constituye una figura jurídica que reconoce la existencia de una situación especialmente grave y excepcional que reclama medidas extraordinarias. La adopción y ejecución de este tipo de medidas debe considerar que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

# El Bicentenario y lo indígena: El constitucionalismo peruano por construir \*

✉ NILDA GARAY MONTAÑEZ \*\*

## 1. Planteando el Problema

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en sus Observaciones finales sobre la implementación en Perú de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 2014, revela “que los miembros de pueblos indígenas y los afroperuanos continúan siendo víctimas de una discriminación estructural, enfrentándose constantemente a la falta de oportunidades económicas, pobreza y exclusión social”<sup>1</sup>. Manifiesta que las actitudes discriminatorias aún se encuentran profundamente arraigadas en la sociedad peruana perpetuando los estereotipos negativos de pueblos indígenas y afroperuanos<sup>2</sup>.

497

La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) en sus Informes de 2014-2015 manifiesta que el racismo es un problema estructural de la sociedad peruana. Señala que a la noción de “raza”,

---

\* Investigación realizada en el marco del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001). Aprovecho estas líneas para agradecer a Daniel M. Campagne por sus enseñanzas, por todo.

\*\* Licenciada en Derecho, Universidad de Lima, Perú. Doctora en Derecho, Universidad de Alicante, España. Investigadora en el Centro di studi sull’America latina, Universidad de Bolonia, Italia. E mail: nildagaraymontanez@gmail.com

1 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos decimoctavo a vigésimo primero de Perú, 29 de agosto de 2014, párrafo 8.

2 *Ibíd.*, párrafo 24.

basada en los rasgos físicos, se unen comúnmente factores como la clase social, el lugar de origen, la educación o el apellido. Así, se va formando una concepción de categorías tales como “cholo”, “negro”, “blanco” que va más allá del color, incluyendo atribuciones económicas y culturales<sup>3</sup>. Existe una relación estrecha entre la discriminación racial y la pobreza que afecta a una población que es asignada como indígena, nativa, afrodescendiente, en suma: a las poblaciones “no blancas”. La pobreza se concentra en los centros poblados y distritos en donde existen porcentajes más elevados de dichas poblaciones. Según la Encuesta Nacional de Hogares que realiza el INEI, en el año 2017 los mayores niveles de extrema pobreza se presentaron en la Sierra y Selva rurales. Anteriormente, la CNDDHH denunciaba que en el Perú persisten “las prácticas de exclusión y discriminación por razones de raza” “en contra de determinados grupos étnicos, a los cuales se niega la igualdad y la dignidad” y se les trata “como ciudadanos de segunda clase”<sup>4</sup>.

La existencia del racismo estructural en el Perú fue reconocida por primera vez -en el ámbito político- en 2003, en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)<sup>5</sup>. Tras investigar la violencia política causada por los grupos terroristas Sendero Luminoso, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru y fuerzas paramilitares del Estado, la CVR concluyó que la población indígena fue la más vulnerable y la que más sufrió las consecuencias del terrorismo. Según la CVR, ello se debe a que “el profundo racismo existente en el Perú, producto de siglos de exclusión y subvaloración de las poblaciones indígenas, afloró al primer plano de las percepciones y fue el sustento de los criterios de identificación

---

3 ARDITO VEGA, Wilfredo, “Balance sobre la lucha contra el Racismo”, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual de 2014-2015, Lima, 17 agosto 2015, p. 179.

4 Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, “Bajo el signo de un gobierno con pasado”, Derechos Humanos en el Perú. Informe Anual 2006, Lima, abril de 2007, p. 124.

5 Decreto Supremo N° 065-2001 de 4 de junio de 2001 de creación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y modificado, posteriormente, por Decreto Supremo N° 101-2001-PCM.

y selección de víctimas”<sup>6</sup>. Concluye, también, que “los campesinos quechua hablantes, especialmente de las comunidades rurales pobres y alejadas, terminaron siendo las principales víctimas de las violaciones a los derechos humanos cometidas en nombre de la lucha armada senderista o de la defensa del estado de derecho. Al ser rebajados en su condición humana y considerados como simples “indios” y “chutos” de las alturas, fueron vistos como desechables”<sup>7</sup>. Si bien, el valor constitucional de la CVR fue cuestionado por una parte de la academia, conviene reconocer su valor fundamental como parte de la justicia transicional y su importancia en el marco constitucional democrático de justicia. Las Comisiones de la Verdad protegen y materializan el denominado derecho a la Verdad. Se trata de un derecho que viene siendo desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina (derecho internacional y derecho constitucional) y que está reformulando al derecho constitucional tradicional. Hasta antes del Informe de la CVR, el hecho racial era totalmente irrelevante.

La Defensoría del Pueblo en su Informe de 2007, reconoció la presencia de prácticas discriminatorias en la sociedad peruana considerando a la discriminación racial como una de las manifestaciones más arraigadas que se dirige especialmente a aquellas personas designadas “indígenas”. El Informe concluye que el Estado no ha *desarrollado “una política consistente y eficaz que permita revertir esta problemática”*<sup>8</sup>. Fue la primera vez que un órgano constitucional peruano recogía el problema de la discriminación racial.

Por falta de espacio hemos referido muy brevemente el problema de la racialización de lo indígena en el marco constitucional el cual persiste ad portas del Bicentenario de la Independencia del Perú.

---

6 Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe Final, “Violencia y desigualdad racial y étnica”, Tomo VIII, Segunda Parte: los factores que hicieron posible la violencia, Capítulo 2, El impacto diferenciado de la violencia, Lima, CVR, 2003, p. 114.

7 *Ibidem*.

8 Defensoría del Pueblo, Informe “La discriminación en el Perú Problemática, normatividad y tareas pendientes”. En: *Serie Documentos Defensoriales*. Documento N° 2, Lima, Perú, septiembre de 2007, p. 9.

## 2. Lo indígena en el Estado Constitucional peruano

En el Perú, los grupos oprimidos y excluidos están conformados, mayormente, por pobladores de las zonas andinas y amazónicas. Quien asigna la categoría indígena al otro es la élite que detenta el poder-dominación<sup>9</sup>, es decir, la élite integrada por un pequeño grupo de personas que históricamente vienen ejerciendo el poder para dominar y mantener relaciones desiguales, no justas y, por ende, no democráticas. Decimos no democráticas porque, hasta la fecha, el pueblo oprimido no tiene posibilidad para decidir el orden constitucional adecuado a sus realidades. El constitucionalismo del primer Bicentenario impide la democracia real. Dicha élite está conformada por personas que se autoasignan blancas, criollas y/o herederas de los europeos. Para esta autoasignación se necesita inferiorizar al otro, esto es, racializarlo. Por tanto, se podría afirmar que lo indígena es una construcción social que viene sustentando la histórica discriminación racial en el Perú impregnando a su constitucionalismo elaborado por la élite heredera de la etapa pre-Independencia. El sujeto de derecho, el ciudadano de primera clase, nace de un proceso de racialización al otro cuyas raíces históricas datan de antes de 1821.

500

¿Qué es lo indígena? Al hablar de lo indígena no sólo se hace referencia a la población andina, tal como lo consideró la academia de los siglos pasados; sino que, dado que hay una gran diversidad de grupos humanos “no blancos”, no occidentalizados y/o en condiciones de pobreza económica, cualesquiera de estas personas podrían ser incluidas en la categoría de indígena. Al respecto, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU en el Expediente sobre el Perú (1995), afirmó que es “*difícil obtener un cuadro claro de la composición étnica de la sociedad peruana, porque los factores socioeconómicos asociados a la estructura de clase social desempeñan un papel importante*”. Urge considerar que la discriminación racial es un problema fundamental a tener en cuenta en la investigación y enseñanza del constitucionalismo peruano puesto que es

---

9 Sobre el concepto poder-dominación véase: Garay Montañez, Nilda, “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano. Acerca de la categoría poder”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, N° 27, IUSTEL, Madrid, 2020.

un problema que afecta a un gran sector de la población que no goza del ejercicio pleno de sus derechos constitucionales.

Desde los inicios del Estado Constitucional, lo indígena tiene que ver con un estatus político jurídico de subordinación, opresión y exclusión. La fuerte influencia liberal europea se plasmó en las primeras constitucionales peruanas, las cuales reconocían la libertad y la propiedad del individuo blanco y blanqueado (criollos y determinados mestizos). La naciente burguesía peruana concibió al sujeto de derechos en las constituciones, sobre la base de la figura del individuo español (del europeo) y del criollo, masculino, con instrucción y con capacidad económica. El poder constituyente de los siglos XIX y hasta entrados el siglo XX se caracteriza por la expulsión de lo indígena, hasta esta fecha cercana al Bicentenario de la Independencia del Perú, lo indígena junto con el resto del pueblo oprimido no han sido sujetos políticos, no han participado directa y democráticamente como poder constituyente. Un poder constituyente sesgado racialmente<sup>10</sup> (y sesgado por la intersección de opresiones) no es democrático.

La prohibición de discriminación racial –como fórmula constitucional formal- fue reconocida por primera vez en la Constitución peruana de 1979. La Constitución de 1993 ha conservado esta prohibición. Pero, la discriminación racial no se ha erradicado, es más, se ha agravado con el avance del constitucionalismo neoliberal, financiarizado y del constitucionalismo de la época de pandemia. Las ideas de que las libertades individuales se garantizan mediante la libertad de mercado y de comercio<sup>11</sup> han profundizado la jerarquización de la población en función de conceptos de raza y género. A finales del siglo XX, a raíz de los debates relacionados con los estudios culturales, el derecho constitucional latinoamericano, y en concreto el peruano, ha reconocido tanto el derecho a la identidad étnica y cultural, como el pluralismo jurídico a determinados grupos (como a los indígenas). Se trata de unos derechos que, si

---

10 Por ejemplo, en la historia constitucional estadounidense el sesgo racial del poder constituyente puede constatararse en la Sentencia *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

11 HARVEY, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Akal, Madrid, 2007, p. 13.

bien reconocen las diferencias, mantienen las relaciones de dominación donde los grupos casi blancos/occidentales/occidentalizados se perpetúan en el poder político, económico, epistémico y social. Grosso modo, este es el contexto constitucional a unos tres meses de las celebraciones del Bicentenario.

### 3. Constitucionalismo peruano y dominación

El constitucionalismo liberal en su fase neoliberal/financiarizado y pandémico (como ocurre con en el constitucionalismo peruano), sigue configurándose como un elemento para mantener las relaciones de dominación. Estas relaciones —que se visibilizan en la distribución injusta de los recursos y en la ineficacia de los derechos fundamentales para la mayoría del pueblo— continúan unidas íntimamente al hecho racial. La historia del constitucionalismo, que no se estudia ni se explica en las Facultades de Derecho, tiene como columna principal a un sujeto de los derechos cuya génesis la encontramos en el individuo europeo construido por la Cristiandad que hemos referido. Es un individuo que se erige como el sujeto blanco, superior<sup>12</sup>. Este individuo propietario es el fundador de lo que conocemos como liberalismo, individualismo y, en consecuencia, el fundador del constitucionalismo. El sujeto de los derechos ya se gestaba en pleno desarrollo de la Europa conquistadora, colonizadora, esclavista y patriarcal. Para mantener su dominio, ese sujeto abstracto (el individuo que llamamos ciudadano) necesitó afianzar la idea de raza que históricamente venía pensándose respecto de los “no cristianos”.

Entonces, importa recordar y repensar cuál era el contexto político, económico, social, racial y patriarcal cuando se desarrolla la Ilustración, el liberalismo, las ideas y categorías de soberanía, de libertad, igualdad, las ideas de poder constituyente y de Estado de Derecho, etc. Estas categorías formales que hoy sustentan al constitucionalismo peruano,

---

12 Nos referimos al supremacismo blanco que proscribió la ONU o a la denominada superioridad blanca explicada por Van Dijk. Véase: Van Dijk, Teun A., “Nuevo racismo y noticias. Un enfoque discursivo”, en Mary Nash; Núria Benach y Rosa Tello i Robira (ed. lit.). *Inmigración, género y espacios urbanos: los retos de la diversidad*, Bellaterra, Barcelona, 2005, p. 34.



nacieron en un escenario de dominación de lo amerindio y negro y de dominación de las mujeres. Son categorías formales que van a servir para ocultar las injusticias por parte de un grupo determinado de hombres con el fin de apropiarse de los recursos; mantener las injusticias<sup>13</sup> y así conservar el poder, un concepto de poder entendido como dominación. Pensemos por ejemplo que cuando Europa colonizaba a Abya Yala, Bodin y Hobbes pensaban los conceptos tales como Estado y soberanía. Pensemos en las revoluciones liberales francesa y estadounidense que se vieron en apuros ante la revolución haitiana. Especialmente la francesa tuvo que afrontar la exigencia de los negros esclavos de sus colonias de la misma libertad que exigía el hombre blanco/colono/europeo a su Monarca. O pensemos en el trato de los colonos europeos a los pueblos amerindios y a los grupos de hombres y mujeres traficados de África y esclavizados. ¿Cómo construir un nuevo constitucionalismo tras recuperar la historia silenciada?

Las élites dominantes de las Repúblicas constitucionales del siglo XIX (como en el caso del Perú independizado) se apropiaron de aquellas ideas racializadoras y de injusticia. Imitaron al sujeto europeo puesto que en todo ello estaba el fundamento de un constitucionalismo dominador que favorecía a sus intereses. Son élites compuestas por quienes recrean, reinventan y continúan institucionalizando los sesgos raciales dirigidos contra una población con determinados rasgos inmutables (raza u origen familiar) o muchas veces mutables (costumbres, lengua nativa, etc.). Así, el desprecio a lo indígena que caracterizó a las épocas de la conquista y colonización continuaría poniéndose de manifiesto con la imposición de las ideas liberales desde 1808 con el Estatuto de Bayona y 1812 con la Constitución de Cádiz<sup>14</sup>. Son imposiciones producto de la pugna por el

---

13 Paine en su escrito *Justicia Agraria* fue uno de los pocos hombres europeos que hicieron alguna autocrítica respecto de sus privilegios, por ejemplo, dicho autor, criticó la acumulación injusta de las tierras en la época de las revoluciones liberales. Véase: Paine, Thomas, "Justicia Agraria". En: Thomas Paine. *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 2015.

14 Garay Montañez, Nilda, "La idea de igualdad en el constitucionalismo liberal español: lo racial, las castas y lo indígena en la Constitución de 1812", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*, N° 69-70, Universidad de Valencia, Valencia, 2012, pp. 129-158.

poder-dominación de los europeos. En los debates constitucionales de los siglos XIX y XX la infravaloración de lo indígena marcará el discurso de los propios peruanos (occidentalizados) quienes copiarán las teorías raciales desarrolladas por la mentalidad colonizadora. Lo indígena en el Perú, de acuerdo con nuestra hipótesis, significa haber sido expulsado de la construcción teórica del sujeto de derecho. Se le expulsó racializándolo. Tal racialización se sustenta en las teorías racistas las cuales están presente en las bases teóricas del constitucionalismo.

#### **4. A modo de conclusión: Un constitucionalismo por hacer**

Nuestra visión crítica del constitucionalismo peruano en relación con lo indígena, busca cuestionar la impronta de la idea de raza en el derecho constitucional, y también en el derecho constitucional peruano. Estas reflexiones se orientan a revisitar la historia para constatar cómo el constitucionalismo oficial ha sido creado para mantener las relaciones de poder desiguales, las relaciones de poder-dominación donde la idea de raza tiene un papel importante en la ordenación político-jurídica de la sociedad en la cual la igualdad, la justicia y la democracia son promesas incumplidas del constitucionalismo de origen: el liberal.

El contexto de profunda desigualdad en el Perú nos muestra que el constitucionalismo del primer Bicentenario no ha sido elaborado por el pueblo históricamente oprimido (indígenas, afrodescendientes, mujeres, poblaciones pobres, etc.). Y no ha participado el pueblo oprimido por los límites que impone la racialización (y las relaciones de género). El constitucionalismo de este Bicentenario ha sido construido por una élite que representa a una pequeña parte del pueblo que detenta el poder-dominación. Así pues, el poder constituyente y las sucesivas constituciones (hasta ahora) profundizan las injusticias, la desigualdad, la dominación y la subordinación. Un nuevo poder constituyente, un nuevo pacto social y, en suma, un nuevo constitucionalismo necesita del protagonismo del pueblo históricamente oprimido y excluido. Esto permitiría la construcción de un constitucionalismo realmente democrático. Ello implica reformular la idea de poder constituyente y, en consecuencia, la noción

de *pueblo*<sup>15</sup>. Dicha construcción necesita de las aportaciones interdisciplinarias como de la filosofía latinoamericana, especialmente, la filosofía de la liberación; los feminismos no occidentales y el constitucionalismo surgido en América del Sur a partir de finales del siglo XX y primera década del siglo XXI porque son constitucionalismos que buscan reflejar sus propias realidades. Algunas de esas realidades son similares a las nuestras. Compartimos la historia de conquista, colonización, opresión, racialización y de imposición de modelos constitucionales ajenos a la realidad de los pueblos vencidos.

---

15 Al respecto véase las contribuciones de: Dussel, Enrique, *20 Tesis de Política*, Siglo XXI Editores, México, 2006.



## La implementación y aplicación del derecho internacional como cuestiones fundamentales para la consolidación del Estado peruano

✉ OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA\*

La celebración del bicentenario es, ciertamente, una ocasión importante para celebrar y recordar a todas aquellas personas que, desde sus respectivas disciplinas y especialidades, han dedicado su vida al Perú. Es, sin embargo, también una oportunidad para reflexionar acerca de la agenda pendiente para la adecuada consolidación del Estado luego de 200 años de independencia. En este espacio, deseo reflexionar acerca de un asunto que, en el contexto actual de la aceleración de la globalización, aparece como indispensable: la implementación y aplicación del derecho internacional.

507

En líneas generales, nuestros textos constitucionales históricos (y especialmente los del siglo XIX) no han sido especialmente generosos con el reconocimiento del valor jurídico de los tratados. Esta tendencia empezó a variar con las revolucionarias cláusulas que, sobre este asunto, contenía la Constitución de 1979, las cuales les brindaban preferencia respecto de las leyes y que, incluso, les otorgaban jerarquía constitucional cuando versaban sobre asuntos relativos a derechos humanos. La Constitución vigente, como se conoce, no ha sido enfática en este punto. De

---

\* Asesor del Tribunal Constitucional. Docente de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Derecho Público Global por la Universidad de Castilla La Mancha (España) y en Tutela Supranacional de Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid (España). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

hecho, suprimió estos avances. En cierta medida, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha intentado llenar este vacío, pero es evidente que aun existen discusiones pendientes.

Ahora bien, la situación es aun más delicada si nos detenemos a explorar el abordaje que nuestras constituciones han realizado sobre otras fuentes del derecho internacional distintas a los tratados, como ocurre en el caso de la costumbre, los principios generales o la jurisprudencia. Como se podrá advertir, estos temas no han sido prolijamente examinados, ni en las constituciones ni en los desarrollos jurisprudenciales de los principales tribunales de justicia nacionales. Eso demuestra que, incluso en la actualidad, existe una deuda pendiente con el derecho internacional que resultaría importante saldar. Si algo ha caracterizado el desarrollo del derecho constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial esto es, sin ninguna duda, su marcada visión internacionalista. Académicos como Boris Mirkine-Guetzévitch incluso se referirán a una *derecho constitucional internacional*, y esto justamente con el propósito de destacar la idea que ya no es posible entender o concebir a las constituciones como documentos aislados del resto del mundo, algo propio del modelo westfaliano de derecho internacional. De hecho, los textos constitucionales contemporáneos se caracterizan por contener diversas cláusulas relacionadas con el reconocimiento del derecho internacional, y particularmente de los tratados. De similar forma, destacan por contener, como ocurre con la peruana, cláusulas sobre la necesidad de interpretar los derechos fundamentales de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Estas referencias no son baladíes. Los Estados son conscientes que sus leyes fundamentales tienen un importante nivel de legitimidad cuando demuestran una importante apertura hacia la comunidad internacional. La experiencia sudafricana es un buen ejemplo sobre este punto, ya que su actual Constitución, promulgada en 1996, contiene diversos preceptos relativos a la necesidad de interpretar el derecho local de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado e, inclusive, habilita a sus tribunales a emplear el derecho comparado para interpretar los derechos fundamentales de los sudafricanos. La necesidad

de ser enfáticos en esta apertura se fundamentaba en los conocidos crímenes cometidos a propósito del *apartheid*, ya que la comunidad internacional requería pruebas palpables de que Sudáfrica estaba lista para reincorporarse a la comunidad internacional.

Del mismo modo, se pueden encontrar varias figuras interesantes en el derecho comparado que demuestran en qué medida el cumplimiento de las obligaciones internacionales ha revolucionado la estructura interna de los Estados. En Inglaterra, por ejemplo, con la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 se habilita a los tribunales a efectuar un juicio de compatibilidad entre las leyes internas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De hecho, hasta hace no mucho tiempo, su antigua pertenencia a la Unión Europea obligaba a las cortes a suspender o no aplicar leyes que fueran contrarias al derecho comunitario. A esto podemos agregar que si bien existen países que, como Estados Unidos, se caracterizan por no haber sido especialmente generosos con el derecho internacional, esto no ha sido impedimento para sus tribunales (y especialmente la Corte Suprema Federal) hayan formulado importantes esfuerzos para que este no sea ignorado. Prueba de ello es la conocida fórmula de la *Charming Betsy Doctrine*, la cual obliga a los jueces locales a realizar todos los esfuerzos interpretativos posibles para que el derecho nacional se armonice con las obligaciones internacionales asumidas por dicho país.

Todo esto demuestra que, cada vez en mayor medida, existen importantes esfuerzos por parte de los Estados de reconocer que el derecho internacional también forma parte del derecho interno. No se trata, es importante decirlo, de una tendencia universal, ya que existen varios países (sobre todo aquellos que derivan su origen del *common law*) que aun requieren, para la ejecución de un tratado, que este previamente se encuentre incorporado a través de una ley. Por otro lado, también existen modelos en los que las principales autoridades han sido especialmente críticos con los procesos de globalización, y esto ha tenido importantes repercusiones al momento de hacer referencia a las obligaciones internacionales del Estado. Sin embargo, incluso en estos escenarios la academia se ha encargado de poner el tema sobre la mesa y discutir sobre él.

En el contexto actual del bicentenario es importante que el Perú conozca profundamente su pasado, pero también lo es que pueda proyectar su futuro, el cual, evidentemente, se encontrará fuertemente asociado con la comunidad internacional. De hecho, si en algún momento se llegara a pensar en algún nuevo texto constitucional para el país, el abordaje de las cuestiones internacionales necesariamente deberá contar con alguna referencia particular sobre este asunto. Cuando ese momento llegue, sería una importante ocasión para discutir la relevancia e impacto que el derecho internacional puede generar en la vida de los peruanos y peruanas. Si es que una crítica general se puede formular a la evolución de este ordenamiento es que se ha desarrollado algo alejado de la ciudadanía. Es un poco difícil, en estos días, encontrar a una persona que se encuentre plenamente informada respecto de los tratados que ha firmado el Estado peruano, y qué derechos eventualmente le pueden brindar.

En efecto, el derecho internacional no se encuentra particularmente expuesto a espacios de deliberación ciudadana. Existen países en los que sus constituciones prohíben acudir al mecanismo del referéndum para discutir sobre esta clase de temas. De esta manera, se parte de la premisa que la ciudadanía no está preparada para brindar importantes aportes sobre materias particularmente técnicas. En realidad, no se trata de un cuestionamiento reciente. En la Unión Europea misma, que es presentada como un paradigma de los procesos de integración, existen severos cuestionamientos sobre el nivel de legitimidad democrática con la que cuenta esta estructura supranacional. Diversos críticos sostienen que se trata de un espacio ocupado por tecnócratas, y que ha terminado por consolidar a los gobiernos por encima de los parlamentos, generando, en muchas ocasiones, la falta de fiscalización que se exige en cualquier democracia.

Por lo general, no han existido muchos cuestionamientos respecto de la idea que sea el gobierno el que impulse la celebración de acuerdos internacionales. Se trata, en realidad, de una tendencia que bien puede remontarse a las antiguas monarquías. Sin embargo, el desarrollo de las revoluciones atlánticas, y el reconocimiento de la idea del equilibrio del poder, generaron que este *treaty-making power* deba contar, en diversos casos, con la participación del órgano legislativo a fin de garantizar el



control por parte de los representantes de la nación. Ahora bien, esto no ha impedido que, en la celebración de acuerdos internacionales, los gobiernos sigan teniendo un rol considerablemente protagónico, pero sí ha permitido la inserción de una forma de control que pueda garantizar el balance de los poderes.

El Perú no ha sido ajeno a estas discusiones, los cuales empezaron a acentuarse en la medida en que el Estado se insertaba con mayor fuerza en la comunidad internacional. Es por ello que, con la probación de la Constitución de 1979, se empezaron a efectuar importantes debates sobre el rol que el Congreso de la República debía ejercer en relación con la política exterior del Estado. Este asunto fue aun más notorio cuando empezó a advertirse la gran cantidad de “tratados ejecutivos” que eran aprobados. Esta clase de acuerdos internacionales no requerían, para su culminación, de la aprobación final del Congreso de la República, el cual, en todo caso, tenía que estar informado sobre ellos. El gran asunto era que no se sabía con claridad cuáles eran las materias sobre las cuales el Poder Ejecutivo tenía competencia exclusiva y cuáles no. Este margen de duda jugó a favor de este último e, inclusive, existían serios problemas de diálogo porque no siempre los acuerdos eran puestos en conocimiento del órgano legislativo.

Es en esta clase de escenarios en los que advertimos lo importante que resulta hacer interactuar al derecho constitucional con el internacional. Ideas como la del equilibrio y limitación del poder, su separación, y la necesidad de evitar su concentración son propias del derecho constitucional y que bien pueden ser trasladadas al escenario internacional. En este punto, una figura que es importante recordar es la de Andrés Aramburú Menchaca, persona encargada de la sustentación de los artículos relativos al derecho internacional en la Asamblea Constituyente de 1978. El profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos hacía constantemente referencia a lo importante que resultaba “constitucionalizar el derecho internacional”. Esta operación no consiste, como podría suponerse, en un traslado automático e incondicional de conceptos propios del derecho constitucional al internacional, sino que se dedica a reflexionar sobre la existencia de fundamentos sólidos que puedan sostener a este último.

En el caso peruano, el derecho internacional se ha visto constantemente expuesto. La Constitución de 1979 parecía que, finalmente, le otorgaba la posición y el reconocimiento que merecía. Sin embargo, posteriores sucesos terminarían demostrando que ello no era así. No nos referimos, necesariamente, a las omisiones de la Constitución de 1993. Después de todo, no existe, aun, un consenso en el derecho comparado respecto del rango que deba otorgarse a los tratados en el orden interno. Los puntos débiles no tienen tanto que ver con el cumplimiento de los tratados, sino más bien al respeto de las decisiones de los organismos internacionales.

Ya se había indicado que, en nuestro país, el derecho internacional reconocido en las constituciones se reduce, básicamente, al derecho de los tratados. Este es un primer punto importante de destacar, ya que traslada la idea que el derecho internacional se reduce únicamente a los convenios que han sido suscritos por el Estado peruano. Desde el final de la Primera Guerra Mundial ya existían constituciones en Europa que no solo establecían el valor de los tratados, sino que también reconocían como vinculantes a los principios generales del derecho internacional. De similar forma, a nivel jurisprudencial diversos países han reconocido la trascendencia de la costumbre internacional como fuente del derecho. En el caso peruano, sin embargo, no se han advertido pronunciamientos en los que se haya reconocido el valor de fuentes internacionales que no sean los tratados.

De similar forma, aun existen severos inconvenientes para cumplir con las decisiones de los organismos internacionales. En líneas generales, solo existe un nivel particular de atención respecto de los pronunciamientos de los tribunales internacionales constituidos de conformidad con tratados de los cuales el Estado peruano es parte. Se trata de un punto de partida importante, pero no suficiente. Hoy en día, el Perú es uno de los países que cuenta con más casos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Esto refleja que, aunque el Estado peruano pueda estar efectuando importantes esfuerzos para cumplir con las decisiones expedidas en su contra, no ha existido una política de carácter preventivo. En efecto, ser uno de los países más denunciados es un fuerte indicio de que, por ejemplo, no existe una particular observancia de estos tratados.

La apertura a la comunidad internacional no solo implica la celebración de acuerdos o convenios. Supone, especialmente, tomarse al derecho internacional *en serio*. Esto implica que las decisiones de los organismos internacionales deben ser cumplidas aunque ellas no emanen de tribunales de justicia. En particular, no existe una seria consideración de las decisiones de los organismos de carácter cuasi-jurisdiccional, como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. De hecho, aun la ciudadanía no es del todo consciente de la relevancia de estos órganos para la adecuada protección de sus libertades fundamentales. Esto es aprovechado por parte de algunos partidos políticos, los cuales señalan que esta clase de entidades subvierten la soberanía nacional e impiden, según sostienen, que se pueda tratar con severidad a los delincuentes. Piénsese, por ejemplo, en las constantes apelaciones a la idea de aplicar la pena de muerte, previa denuncia de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En efecto, no somos aun conscientes, después de 200 años de independencia, de la importancia de pertenecer a tratados que instituyen organismos internacionales con competencia para expedir decisiones sobre el Estado peruano. Su presencia no suele ser muy advertida en tiempos de cierto nivel de estabilidad democrática. En realidad, existe una relación directa de proporcionalidad entre el aumento del autoritarismo en algún país y la necesidad de ser parte de un organismo internacional que, con objetividad e imparcialidad, pueda calificar la situación del país. El temor a la supervisión solo demuestra el miedo a ser descubierto. De hecho, en diversas oportunidades estas entidades han sido fundamentales para consolidar el Estado de Derecho.

Estimo que el futuro del derecho constitucional se encuentra estrechamente vinculado con el del derecho internacional. Se requieren mutuamente para crecer y afianzarse. En el ámbito de los derechos fundamentales, deben ser cooperativos y trazar estrategias conjuntas de prevención de vulneraciones a las principales libertades de la persona. En la actualidad, existen muchas violaciones de ellas que no pueden ser combatidas únicamente por el Estado peruano. Piénsese, por ejemplo, en los

problemas de contaminación ambiental o la presencia de grupos criminales transnacionales. Se puede recordar, también, el caso del flujo de datos personales, los cuales no conocen barreras y fronteras. Es evidente que la adecuada tutela de los derechos solo podrá ser plasmada en los hechos con política coordinadas no solo con otros Estados, sino con la comunidad internacional en general.

Que la celebración de este bicentenario sea, en consecuencia, una adecuada oportunidad para pensar en lo venidero.

# Tribunal Constitucional y equilibrio de poderes

✎ OSCAR URVIOLA HANI\*

## 1. Presentación

**E**l Tribunal Constitucional (TC) es una institución vital para nuestro sistema constitucional y democrático. En el marco del Bicentenario de la Independencia es necesario también pensar en las instituciones que, como el TC, han contribuido a preservar la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. Pero también es una ocasión para un análisis crítico, pero constructivo de su rol en nuestro ordenamiento constitucional. En los últimos años, el TC ha estado en el foco de atención de la opinión pública y especializada, como consecuencia de la crisis política que se canalizó, en parte, a través de determinados procesos constitucionales que tuvo que conocer. Por ejemplo, en la STC 0006-2018-PI/TC declaró la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 86 d) del Reglamento del Congreso de la República, que estaba referida al contenido e implicancias de la cuestión de confianza y la facultad del presidente de la República para disolver el Parlamento; en la STC 0006-2019-CC/TC confirmó, por 4 votos contra 3, la validez del Decreto Supremo N° 165-2019-PCM que disolvió el Congreso elegido para el periodo 2016-2021 y convocó a elecciones. En la presente contribución no vamos a analizar dichas sentencias, sino ofrecer algunas reflexiones sobre el rol que el TC debe desempeñar en relación con el principio de equilibrio de poderes.

515

---

\* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa. Ex Decano de la Facultad de Derecho y actual profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

## 2. El rol del Tribunal Constitucional y el equilibrio de poderes

Desde el origen de la jurisdicción constitucional ha estado presente el problema de la relación de los tribunales constitucionales con el principio de separación de poderes. Se advertía, por un lado, que un órgano constitucional de tal naturaleza y con el poder para declarar la nulidad de las leyes aprobadas por el parlamento democrático, suponía una alteración grave de la división funcional del poder. Para otros, la jurisdicción constitucional no suponía una ruptura o quiebra de la separación de poderes, sino un “redimensionamiento” a través de la división del poder horizontal (entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y vertical (entre los diferentes niveles de gobierno nacional, regional y local); por lo que el principal problema se reducía a determinar el lugar de la jurisdicción constitucional en dicho sistema. Una tercera posición sostiene que la jurisdicción constitucional es, esencialmente, garante de la división de poderes; pero como este principio significa no solo la mera separación de poderes, su rol principal radica en ser estricto guardián del delicado equilibrio que debe existir en las relaciones horizontales y verticales de poder.

516

Este es, a mi entender, una de las principales funciones del TC en la actualidad: garantizar el equilibrio de poderes. Este equilibrio puede ser concebido de dos formas. En primer lugar, desde una *perspectiva estática*, como la relación entre los poderes y órganos constitucionales establecida por la Constitución, a través de la asignación no solo de competencias y atribuciones, sino también de diferentes instrumentos de pesos y contrapesos, tales como la censura, la cuestión de confianza, el control sobre la legislación delegada, el antejuicio y juicio político, etc. Desde una *perspectiva dinámica*, el equilibrio de poderes no se concibe como algo ya preestablecido, sino como una cuestión dinámica y cambiante, una cuestión a construir y garantizar en el contexto de una realidad constitucional que también está expuesta a transformaciones. Esta realidad ha demostrado que no siempre los actores políticos, sobre todo, tienden al equilibrio, sino más bien son proclives a imponer frente al otro su visión de las cosas. Esto es especialmente claro en la relación entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo, de cuyos conflictos de poder hemos sido testigos en los últimos años.

Ahora bien, si el rol del TC es el de ser garante del equilibrio de poderes, surge una pregunta bastante relevante: ¿puede el TC garantizar dicho equilibrio sin que él mismo se convierta en actor del conflicto político? Desde mi punto de vista ello es posible, pero bajo determinados presupuestos que pueden ser expresados a modo de tesis.

### **2.1. Primera tesis: la Constitución (también) como documento político**

La Constitución, desde la segunda posguerra mundial, ha visto reforzado uno de sus rasgos fundamentales, como es el de su reconocimiento como norma jurídica. Su fuerza normativa ha permitido que muchas de sus disposiciones dejen de concebirse como simples programas cuyo cumplimiento o no estaba sujeta a la voluntad del que ostentaba o detentaba el poder. Esa fuerza normativa hoy no se pone (ni debe ponerse) más en duda. Sin embargo, la Constitución como documento político no debe significar un desmedro ni un estigma para ella, a pesar de que lo político muchas veces se asocia con el desprestigio. Su naturaleza política, por el contrario, exige capacidad y disposición para los consensos políticos y sociales básicos, ya que muchas exigencias de la sociedad no solo se traducen a través de normas jurídicas, sino de necesidades legítimas que deben ser atendidas. El TC como institución y los magistrados que lo integran tienen que entender, a partir de esta primera tesis, que su rol no es suplantar a los actores políticos ni decidir por ellos, sino garantizar que, bajo tal comprensión de la Constitución, se garantice la vida, la libertad y la seguridad de las personas fundamentalmente.

517

### **2.2. Segunda tesis: la Constitución como un orden de valores abierto**

La Constitución es un conjunto de normas, pero también es un sistema de valores abierto. En las Constituciones democráticas se entiende que estos valores expresan un consenso elemental de la sociedad; valores en torno a los cuales se construyen determinadas políticas públicas basadas en la libertad, igualdad y seguridad, por ejemplo, pero que también definen las relaciones sociales y políticas, tales como la tolerancia y el pluralismo. En la Constitución como orden plural de valores no

existen verdades ni posiciones políticas absolutas; mientras se encuentren dentro del marco constitucional, la diferencia e incluso oposición de valores no debe ser motivo para asumir que unos grupos son más importantes que otros, o que las ideas que representan unos son mejores que las de los demás. El rol que le corresponde, en este marco, al TC es el de vigilar que los valores que reivindican los grupos sociales o políticos sean los que la Constitución acoge; pero no le corresponde al TC asumir que los valores de ciertos grupos son mejores o más importantes que los de otros. Tampoco le corresponde al TC imponer su propia percepción personal valorativa; los magistrados del TC son elegidos para materializar o concretizar los valores de la Constitución, no sus particulares puntos de vista.

### **2.3. Tercera tesis: en el conflicto político el TC es árbitro, no un actor más**

518

Una sociedad democrática se fortalece sobre la base de la solución de los conflictos políticos. Los conflictos son importantes para el avance de las sociedades; es una suerte de catalizador, cuando es bien canalizado y resuelto, del avance y mejoras sociales y políticas. Los conflictos pueden ser de dos tipos: los que se expresan y resuelven institucionalmente (*conflictos democráticos*) y los conflictos que son ocasionados con la finalidad de debilitar el sistema constitucional y democrático, y, por tanto, buscan una solución fuera o al margen o de la Constitución (*conflictos antidemocráticos*). En el primero, el rol del TC es de árbitro; en el segundo, el TC debe ser un garante activo y defensor militante de la Constitución. En los conflictos democráticos, en tanto árbitro, debe velar porque las reglas y principios constitucionales del juego democrático se respeten cabalmente y con lealtad a la Constitución. Lo que no puede hacer el TC es convertirse en un actor más del conflicto político. Cuando un tribunal abandona su rol de árbitro y entra de lleno en el conflicto político se deslegitima y traiciona el mandato constitucional para el que fue instituido. Las reglas democráticas son vinculantes incluso para el propio TC. Este no está por encima ni al margen de la Constitución. Que al TC no le guste o que sus magistrados individualmente no compartan la visión de las cosas o los valores de determinados grupos políticos, no los autoriza



para descalificarlos mientras ellos estén dentro del marco constitucional. No existe nada más desleal para un magistrado constitucional que instrumentalizar la Constitución para imponer sus simpatías o antipatías personales y particulares.

#### **2.4. Cuarta tesis: evitar el “populismo constitucional”**

Uno de los males actuales de las democracias modernas es creer que la Constitución o un grupo de jueces son factores suficientes para solucionar los problemas estructurales de una sociedad. No solo los políticos, sino también los magistrados constitucionales muchas veces se ven tentados a corresponder el sentir de las mayorías o minorías, o se dejan presionar por los sutiles intereses particulares de los medios de comunicación. En los últimos tiempos, la “necesidad de ser o parecer políticamente correcto” está llevando también a una suerte de peligrosa autocensura. La libertad de expresión no debe ser coartada por el pensamiento o descalificación de determinados grupos sociales o políticos. La Constitución no ha erigido a nadie como censor o vigía de la libertad de expresión y de pensamiento. Pero no siempre se tiene la suficiente entereza y honestidad para expresar lo que se piensa realmente, sobre todo, en relación con determinados “temas tabúes”. Los magistrados del TC no deben sucumbir, por ello, a la presión de quienes se sienten moralmente superiores a otros. Los magistrados constitucionales no han sido elegidos para contentar con sus decisiones a las mayorías o minorías, sino para defender los valores y derechos reconocidos en la Constitución. Con justa razón se exige que los magistrados constitucionales sean transparentes con sus posiciones políticas, deben ser honestos consigo mismos, pero también con la sociedad. Saber cuáles son sus tendencias políticas y qué piensan realmente sobre temas cruciales y altamente controvertidos, ayuda a que los ciudadanos puedan conocer si sus decisiones están determinadas en verdad por la Constitución o por su ideología personal. Los jueces no solo pueden, sino que deben tener una ideología y una posición política, esto es válido; pero hay que desconfiar de los jueces que se dicen “apolíticos” o “políticamente neutrales”. Sin embargo, cabe decir que no es legítimo que se sirvan de su posición de jueces constitucionales para imponer su propia cosmovisión o su particular punto de vista.

## 2.5. Quinta tesis: evitar la “sobreinterpretación” de la Constitución

Por naturaleza, la Constitución no puede ser un código, pues ello impediría su adaptación a los cambios sociales, políticos, culturales, económicos, etc. Por fuerza, sus disposiciones tienen que ser abstractas y abiertas a diferentes interpretaciones. Una Constitución excesivamente cerrada en su texto difícilmente podría reflejar el carácter plural y heterogéneo de una sociedad democrática. Recuérdese que Constituciones y sociedades homogéneas solo se han intentado en las dictaduras o en los gobiernos autoritarios. En este marco, la interpretación de la Constitución se convierte en uno de los instrumentos más importantes del TC para materializar el carácter evolutivo de la Constitución. Pero este *poder interpretativo* del TC no es absoluto, está limitado por la propia Constitución. En verdad, no hace falta que la Constitución diga expresamente cuáles son los límites interpretativos del TC; este debe saber hasta dónde una manera de interpretar las disposiciones constitucionales resulta razonable y a partir de qué punto se hace decir a la Constitución lo que ella no ha previsto. Un claro ejemplo del quebrantamiento de estos límites interpretativos constituye la decisión de cuatro magistrados constitucionales de sostener que el Congreso de la República puede ser disuelto cuando se produce una “denegación fáctica o tácita de la cuestión de confianza”. Con una interpretación así, desde mi punto de vista, la mayoría del TC sobrepasó claramente toda interpretación razonablemente posible del artículo 134 de la Constitución.

Las disposiciones que reconocen facultades o competencias se interpretan siempre de manera restrictiva y apegada, en lo posible, al espíritu de la disposición constitucional interpretada. En efecto, el artículo 134 de la Constitución no incorpora cualquier disposición, sino una facultad excepcionalísima del presidente de la República y a la cual cabe recurrir solo cuando no existe duda alguna de que el Congreso “ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros”. La exigencia de una interpretación restrictiva de dicha disposición constitucional se hace incluso más necesaria, ya que por más que la disolución del Congreso de la República era un supuesto previsto en la Constitución, se trata de una medida que altera el principio de equilibrio de poderes. Ello es así, pues

mientras dura la disolución y no se haya constituido el nuevo Congreso, en estricto, no existe órgano o poder del Estado que sea un auténtico contrapeso al Poder Ejecutivo.

El TC en distintas partes de su STC 0006-2019-CC/TC ha invocado la “especial coyuntura política” del momento. Que los magistrados constitucionales no pueden desconocer la realidad constitucional de un determinado momento de una sociedad es un imperativo que no se puede negar. Pero la coyuntura política no es, en sí misma, un argumento suficiente ni válido para convalidar la actuación del Poder Ejecutivo; es un elemento para tomar en cuenta en el momento en que se interpreta la Constitución, pero no es un argumento jurídico-constitucional propiamente dicho. El riesgo real que dicha sentencia ha instalado en nuestro sistema constitucional es que, en adelante, la censura o negación de confianza es una “cuestión interpretable” del presidente de la República. Este puede definir, según su arbitrio, qué acciones o conductas del Parlamento las puede entender como un supuesto de negación de confianza que lo habilita para disolver el Congreso de la República.

521

Era necesario, por el contrario, que la mayoría del TC haga también un análisis constitucional de previsión de consecuencias, lo que le hubiera permitido avizorar, por ejemplo, que con la disolución del Congreso no se solucionaba la crisis política, sino que se cerraba artificialmente solo un capítulo de ella. Tan es así que la elección del “nuevo” Congreso no significó la superación de la crisis política, sino que se ahondó, a tal punto que el presidente de la República que disolvió inconstitucionalmente el Parlamento terminó siendo vacado por este. Este es un claro ejemplo de que cuando el TC ingresa en el conflicto político como un actor más y no como árbitro contribuye solo con una solución aparente del problema, pero arriesga demasiado su legitimidad y autoridad frente a la sociedad.

Un TC no está llamado a ser el brazo largo de la política, ni una caja de resonancia de la crisis entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. No está para ponerse del lado de tal o cual poder del Estado o grupo político; él solo puede y debe estar del lado de la Constitución. Los magistrados constitucionales deben ser conscientes de que muchas veces la

política busca instrumentalizar a las instituciones para conseguir aquello que, por la vía del diálogo y la tolerancia política recíproca, no ha podido conseguir. Los magistrados no pueden ser ingenuos frente a ella. El TC al asumir competencia para resolver el conflicto constitucional tenía la posibilidad de reconducir la crisis política por los canales institucionales, estableciendo reglas claras sobre la interpretación del artículo 134 de la Constitución. Era previsible que la disolución del Congreso, forzada en su interpretación, no contribuía a dar una solución duradera del problema; el ejercicio del *poder moderador* del TC era en ese momento más decisivo que nunca.

### 3. Reflexión final

El TC es garante del principio de equilibrio de poderes. Sin embargo, el cumplimiento de este rol exige determinados presupuestos, tales como el entendimiento de la Constitución también como un documento político y como un orden de valores abierto. En los conflictos políticos el TC es, esencialmente, árbitro, no un actor más del mismo; de lo contrario, se puede ver tentado a caer en un “populismo constitucional”, para cuya satisfacción existe el riesgo de que incurra en un exceso interpretativo de la Constitución. El *poder interpretativo y moderador* del TC exige mucha prudencia y responsabilidad para los magistrados que lo integran, sobre todo, para no permitir su instrumentalización por parte de la política. La falta de previsión de consecuencias del TC puede llevar, en muchos casos, a su desprestigio y deslegitimación. Con la STC 0006-2019-CC/TC, el TC ha trastocado el delicado equilibrio de poderes y su decisión solo ha significado una solución pasajera y aparente de una crisis política cuyas consecuencias todavía se perciben hasta hoy en día.

## Ejercicio de las garantías constitucionales en el Perú

✎ PATRICIA JANNETT VELASCO VALDERAS\*

La conmemoración de los doscientos años de la independencia del Perú presenta una oportunidad, para crear espacios de reflexión en el Derecho Constitucional a fin de analizar el camino transitado, consolidar el progreso logrado y de terminar las tareas pendientes que como república nos corresponde aún cumplir, por lo que podríamos decir que el ser humano desde los inicios de su existencia, tuvo que afrontar tres grandes aspectos: Preservar su vida, dignificarla y desarrollarla. Su escenario fue el mundo natural, algunos elementos de este escenario le favorecerían, otros le resultaban inconvenientes y unos terceros le eran francamente hostiles. De cara a este hábitat, el hombre tuvo la imperiosa necesidad de diseñar un comportamiento inteligente y razonado. Al crearse la escritura, el Derecho Natural fue transformado en leyes escritas. Así empezó la existencia del Derecho Positivo. Sobre esta base, la Edad Antigua sistematizó el Derecho Privado; la Edad Media, el Derecho Público y la Edad Moderna, el Derecho Político. La Edad Contemporánea forjó el origen al Derecho Constitucional, haciendo una maravillosa síntesis de sus tres fuentes fundamentales: La praxis político-legislativa inglesa del siglo XVII, el Derecho Político francés del siglo XVIII y las constituciones escritas de América y Europa del siglo XIX.

523

---

\* Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Los hombres, en todo momento, quieren hacer todo aquello que les sea posible; pero, viviendo en sociedad, están obligados a ejecutar, solo y únicamente, lo que la norma les manda, absteniéndose de realizar todo lo que esta les prohíbe. Las ciencias políticas estudian las acciones sociales que caen dentro de la esfera del poder ser. Las ciencias jurídicas, en tanto, conocen la conducta humana que se circunscribe en el campo del deber ser. El Derecho Constitucional se ubica en la línea que separa los dilatados parajes de las ciencias políticas, de los no menos extensos terrenos de las ciencias jurídicas; Hans Kelsen, en su controvertida “Teoría Pura del Derecho”, sostenía que a la ciencia jurídica le interesa únicamente el conocimiento de las normas, procurando, en todo momento, descontaminarlas de elementos sociales, políticos, económicos, religiosos, artísticos, culturales, etc. Para este autor, el Derecho y, particularmente, el Constitucional, es pura construcción lógico- normativo, de lo que es un saber político y jurídico al mismo tiempo, el mismo que se genera para cumplirse. El Derecho Constitucional no es una ciencia privativa de los abogados especializados, debe constituir el saber jurídico natural de todos los ciudadanos. La esencia de este campo del saber está consagrada al estudio de la Ley Fundamental del Estado, la misma que es de obligatorio cumplimiento, por ser esa la voluntad soberana de la nación. El Derecho Constitucional es fundamental, debido a que las normas que constituyen su materia de estudio, sirven para unificar y dar validez a todo el ordenamiento jurídico del Estado, y para otorgar competencia efectiva, a todo el sistema de autoridades que encarna al aparato estatal y representa a la sociedad nacional.

Uno de los aspectos normativos más importantes del Derecho Constitucional son las Garantías Constitucionales, las mismas que han sido estudiadas por la doctrina de manera extensa. Por tanto entiéndase como garantías las seguridades o procedimientos tuitivos de la libertad, establecidos por la Carta Política para dar efectividad a los derechos constitucionales. La palabra “garantías” puede ser tomada en dos acepciones, lata y estricta. En sentido estricto, son garantías constitucionales los medios de protección de los derechos humanos, consistentes en la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el órgano jurisdiccional para que tutele ese derecho, si es conculcado o amenazado

de vulneración. En sentido lato, la expresión garantías constitucionales, como sucede en el Perú, es empleada por la Carta Política para enunciar los derechos humanos; de esta manera, se quiere dar a entender que tales derechos no han sido conferidos por el Estado, puesto que son previos a toda organización política, sino simplemente asegurados en su goce, o sea garantizados, por el poder público, el cual se ha constituido precisamente con esa finalidad.

En nuestro país, la defensa y respeto a las Garantías Constitucionales a lo largo de nuestra vida democrática ha sido materia de discusiones de niveles doctrinarios, políticos, sociológicos y de diversa índole, toda vez que pese a ser un país libre e independiente desde el año 1821, nuestra sociedad no ha valorado estas Garantías como herramienta eficaz en la defensa de los derechos fundamentales de la persona, la defensa de la supremacía de la Constitución y el control de la constitucionalidad.

Es por ello, que es menester rescatar la vital importancia de las Garantías Constitucionales y de su órgano de control y defensa para que en nuestras vidas cotidianas en pleno ejercicio de nuestros derechos ciudadanos seamos responsables en velar por su estricto cumplimiento, y exigir con vehemencia todo acto que violente la supremacía de nuestra Carta Magna.

525

Por tanto, el objetivo es lograr la comprensión de cada una de las Garantías Constitucionales, su ejercicio y mecanismos de defensa a través del análisis doctrinario y jurisprudencial.

Ello se logra, mediante el estudio y la aplicación de las llamadas garantías constitucionales, que, en nuestro caso, están otorgadas por el art. 200°, así como por el inc. 3 del art. 202° de la Constitución Política vigente. Los peruanos gozamos de seis garantías constitucionales: Hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular. Las seis primeras están establecidas por el Art 200 y la última por el inc. 3° del art. 202 de la Constitución Política vigente. Se conoce como garantías constitucionales al conjunto de normas, mecanismos, órganos y competencias que la Constitución ha establecido para asegurar el pleno cumplimiento de sus disposiciones normativas.

Las garantías constitucionales tienen naturaleza netamente procesal. Su objetivo es reponer las cosas al estado que tuvieron antes de materializarse la amenaza o el acto violatorio de una libertad o derecho constitucionalmente protegido. De esta forma se hace posible la supremacía constitucional, tanto material como formal, es necesario señalar las seis garantías constitucionales.

- a. La Acción de Hábeas Corpus, que sirve para proteger la libertad individual y los derechos vinculados a ella. Será recién a través de la ley del 21 de octubre de 1897 que el hábeas corpus incorporará al ordenamiento jurídico peruano, en su formulación clásica de mecanismo de defensa de la libertad física. Su Constitucionalización se verificó con la Carta de 1920, que respetó en esencia el modelo configurado en la ley de 1897. En la Constitución de 1933 se mantuvo la figura pero se amplió su ámbito de protección a todos los derechos reconocidos en dicha Carta, desviándolo de su esquema original. Fue la Constitución de 1979 la que devolvió el hábeas corpus a su fórmula tradicional de defensa de la libertad individual, estableciendo el proceso de amparo para la protección de todos los demás derechos fundamentales, se encuentra en el artículo 200 inc. 1.
- b. La Acción de Amparo, que protege todos los demás derechos que la Constitución otorga a los ciudadanos. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, ( regulada en el artículo 200 inciso 2) por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas del procedimiento regular. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional recoge la doctrina jurisprudencial antes mencionada precisando que: “El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo”.



- c. La Acción de Hábeas Data, que protege nuestro derecho a recibir información o a mantenerla en reserva cuando se amenaza vulnerar la intimidad personal.

En la norma constitucional peruana, el hábeas data es una garantía constitucional concreta destinada a proteger directamente determinados derechos constitucionales. Se halla recogida en el artículo 200 inciso 3, en el que se la define según los derechos constitucionales que debe proteger: los contenidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Ley Fundamental, se ha dispuesto que el hábeas data es una garantía constitucional que procede contra cualquier afectación de los mencionados derechos constitucionales, ya sea en la modalidad de amenaza, ya en la modalidad de lesión efectiva, configurada a partir de una acción o de una omisión, independientemente del sujeto agresor, que puede ser una autoridad, funcionario, persona jurídica o persona natural.

- d. La Acción de Inconstitucionalidad, (artículo 200 inciso 4) permite eliminar de nuestro ordenamiento jurídico las leyes inconstitucionales. El proceso de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Estado. La Constitución de 1993 lo contempla y asigna al Tribunal Constitucional la competencia para conocer y resolver, como instancia única, las demandas de inconstitucionalidad. En la actualidad este proceso viene siendo bastante utilizado y las decisiones emitidas en el marco del mismo han contribuido sustancialmente a la interpretación de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales.

La Constitución de 1993 y el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, publicada el 31 de mayo de 2004 y que entró en vigencia el 1 de diciembre del mismo año) constituyen el marco normativo para el estudio y análisis del proceso de inconstitucionalidad.

- e. La Acción Popular, nos pone a salvo contra los reglamentos, resoluciones, normas generales, decretos y directivas ilegales. El proceso de acción popular es un mecanismo de defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Estado. Fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Carta de 1933, pero recién fue reglamentado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963. Con una mejor precisión sobre sus alcances, este proceso también fue incorporado en la Constitución de 1979 y se mantiene en el actual texto constitucional de 1993 (artículo 200 inciso 5), aunque en este último no se precisan mayores aspectos procesales.
- f. La Acción de Cumplimiento (artículo 200 inciso 6) nos protege contra la renuencia de los funcionarios públicos al acatamiento del mandato legal o las resoluciones administrativas de rango superior. El proceso de cumplimiento, o la acción de cumplimiento como prefiere denominarlo el constituyente de 1993, no figura en ninguna de nuestras constituciones anteriores. Registra sus antecedentes en el derecho latinoamericano, donde se han consagrado una serie de mecanismos específicos para garantizar la efectividad de las normas y actos administrativos.

Con las precitadas garantías constitucionales, se pone bajo protección del Estado los dispositivos constitucionales y la constitucionalidad. Es nuestra obligación conocer las garantías constitucionales y ejercitarlas con regularidad. No olvidemos que estas constituyen valiosos mecanismos de control y medios eficaces para ejercer la democracia en la dinámica interna y externa del Estado.

A partir del 1 de diciembre de 2004 está vigente el nuevo Código Procesal Constitucional. Con este cuerpo legal se posibilita el acceso de cada ciudadano, individualmente considerado, a la defensa del orden constitucional. De esta manera, cada persona se convierte en un eficaz contralor del poder político y un elemento dinamizador del sistema democrático en nuestro país.

Las garantías constitucionales son importantes en cualquier democracia, porque permiten poner un límite a algunos abusos que podría llevarse a cabo. Dada su importancia, estas garantías se mantienen vigentes a lo largo de los años sin que sea posible eliminarlas por medios convencionales. En el caso de que la constitución quede suspendida por algún motivo político, las mismas deberían ser reestablecidas al momento de la normalización y seguramente acarrearían un duro tratamiento a los responsables de esta circunstancia. No obstante, cabe mencionarse que una situación como la descrita solo podría ocurrir en democracias inmaduras, en donde existen enormes conflictos civiles de difícil resolución; en el caso de un país con instituciones con una larga trayectoria, lo planteado es casi imposible.

Las garantías deben ser ante todo una defensa de derechos ampliamente aceptados, derechos que pueden entenderse connaturales al hombre; vienen básicamente a afectar derechos que pueden considerarse básicos para el desarrollo de una sociedad, estos derechos son a la libertad, al trabajo, a la integridad física, etc. Se busca que la protección de estos derechos sea mucho más que una declaración de deseos, por lo que se establecen mecanismos que permitan que sean protegidos de forma rápida en todo momento, en beneficio de nuestra sociedad.



## **Bibliografía**

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos y otros (1992). *Derecho Constitucional General / Selección de Lecturas de Derecho Constitucional*, 2 tomos, 3° ed. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- CARRUITERO LECCA, Francisco y Otros (2003). *Derecho Constitucional / Selección de Lecturas*, 1° ed. Lima: Ed. BL1G.
- CORREA NORIEGA L. (2016) *Teoría de la Constitución Política*.
- DALA VÍA, Alberto Ricardo (1999). *Derecho Constitucional Económico*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- DÍAZ REVORIO, F. Javier (2004). *Textos Constitucionales Históricos / El Constitucionalismo Europeo y Americano en sus Documentos*. Lima: Palestra Editores.

DIARIO DE LOS DEBATES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE  
1978; Publicación Oficial; Lima-Perú.

DIARIO DE LOS DEBATES DE LA COMISION PRINCIPAL DE  
CONSTITUCION DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-  
1979; Publicación Oficial.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1995). *Aproximación a la Ciencia del  
Derecho Constitucional*. Lima: Ediciones Jurídicas.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1985). *Cómo Estudiar Derecho Cons-  
titucional*, en *Derecho Constitucional y Teoría del Estado / Selección de  
Lecturas*, Raúl Chanamé Orbe (compilador). Lima: Ediciones Jurídicas.

GARCÍA TOMA, Víctor (1999). *Teoría del Estado y Derecho Constitucio-  
nal*, 1° ed. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial U de L.

HENRÍQUEZ FRANCO, Humberto (2001). *Derecho Constitucional*.  
Lima: Ed. FECAT.

HERRERA PAUSEN, Darío (1987). *Derecho Constitucional e Institucio-  
nes Políticas*, 2° ed. Lima, EDDILI.

MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl (2000). *Principios Fundamentales del  
Derecho Constitucional Peruano*, 2° ed. Lima: Ed. Gráfica Bellido S.  
R. L.

# Perú: Elecciones del Bicentenario

✉ RAFAEL RODRÍGUEZ CAMPOS\*

**P**reviamente, permítanme agradecerles tanto a la Presidenta del Tribunal Constitucional, doctora Marianella Ledesma Narváez, como al Director General del Centro de Estudios Constitucionales, doctor Ernesto Blume Fortini, por haberme invitado a participar como autor en esta importante obra colectiva denominada “Reflexiones Constitucionales sobre el Bicentenario”.

## 1. Punto de partida

El domingo 11 de abril los peruanos y peruanas acudimos a las urnas para participar en las Elecciones Generales 2021, también conocidas como las “Elecciones del Bicentenario”, en las cuales debíamos elegir a la fórmula presidencial (Presidente y dos Vicepresidentes de la República), a los 130 miembros del Congreso de la República (Unicameral) y a los 5 representantes ante el Parlamento Andino para el periodo constitucional 2021-2026.

531

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla - La Mancha (Toledo-España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla - La Mancha (Toledo - España). Post Grado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Jefe de Práctica y Asistente de Docencia en el curso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUCP (2006-2009). Jefe de Práctica en el curso de Teoría Política en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP (2014). Profesor de los cursos Derecho Electoral, Ciencia Política e Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (2015-2019). Profesor del curso Constitución y Ciencia Política en la Escuela Profesional de Comunicaciones de la Facultad de Comunicaciones de la USMP (2020-2021). Miembro de la Asociación Peruana de

## 2. Los resultados presidenciales

Al respecto, tomando como referencia el reporte al 100%, publicado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), organismo constitucionalmente autónomo encargado de organizar los procesos electorales en el Perú, podemos afirmar que en la segunda vuelta se enfrentarán los siguientes candidatos: Pedro Castillo del Partido Político Perú Libre (18.92%) y Keiko Fujimori del Partido Político Fuerza Popular (13.40%), quienes alcanzaron las primeras minorías. Ambos fueron secundados por Rafael López (11.75%), Hernando De Soto (11.62%), Yonhy Lescano (9.07%), Verónica Mendoza (7.86%), César Acuña (6.01%), George Forsyth (5.65%) y otros (15.67%).

Sobre lo antes expuesto, habría que precisar lo siguiente: 1) Que en estas Elecciones Generales se presentaron 18 candidatos presidenciales; 2) Que ninguno de los dos candidatos que pasó a segunda vuelta superó el 20% (algo inédito en la historia electoral peruana); y 3) Que en el Perú se requiere obtener la mitad más uno de los votos válidamente emitidos para ganar en primera vuelta.

---

Derecho Constitucional (2017). Asesor (Constitucional y Electoral) del Gabinete de Asesores de la Jefatura Nacional del RENIEC (2016 – 2018). Observador Electoral Internacional en Colombia (2016), Ecuador (2017), Bolivia (2017), Colombia (2018), Uruguay (2019) y Colombia (2019). Delegado Electoral Internacional en Bolivia (2017), Ecuador (2017), México (2018) y México (2019) representando al RENIEC. Miembro del Comité de Coordinación Electoral del Sistema Electoral Peruano representando al RENIEC (2015-2019). Representante del RENIEC ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República en el Proceso de Reforma Electoral, Reforma Política y Reforma del Sistema de Justicia (2018-2019). Secretario General Titular del RENIEC (2019). Asesor en temas de Derecho y Ciencia Política de la Gerencia de Política Migratoria de la Superintendencia Nacional de Migraciones (2019-2020). Asesor Principal en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República (2020). Asesor Principal en la Segunda Vicepresidencia del Congreso de la República (2021). Vocal del Tribunal del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil –SERVIR– (2021-2024). Es autor del Libro “Ideario Republicano I” (Quimera: 2019), “Ideario Republicano II” (Quimera: 2019), “La Protección del Derecho a la Identidad Trans. Avances, Retrocesos y Desafíos” (Quimera: 2020); y “El Poder del Voto: Elecciones y Bicentenario” (Quimera: 2021). Escribe y publica artículos sobre temas de Derecho Constitucional, Derecho Electoral, Derechos Humanos y Ciencia Política en medios especializados y periodísticos.

### 3. La participación política y la COVID-19

Del mismo modo, es necesario destacar la importante participación del electorado en estas elecciones. Digo ello, pues a pesar de encontrarnos en el pico de la pandemia ocasionada por la COVID-19 (234 personas murieron el día de la elección, según reportes oficiales), el 70% de los electores se volcaron a las urnas a ejercer su derecho de sufragio frente a un 30% de ausentismo. En todo caso, es importante recordar que el nivel promedio de ausentismo en los últimos procesos electorales en el Perú asciende al 20%.

### 4. Los resultados congresales

Ahora bien, con respecto a la conformación del Parlamento 2021-2026, según el reporte de la ONPE al 100%, serían diez las agrupaciones políticas que lograrían pasar la valla electoral (5%) y tendrían curules en el Congreso de la República que se instalará el próximo 27 de julio. Como ya lo he señalado, el Parlamento en el Perú está conformado por 130 congresistas, por lo que la distribución de escaños por partido político sería la siguiente: Perú Libre (37), Fuerza Popular (24), Acción Popular (16), Alianza para el Progreso (15); Renovación Popular (13), Avanza País (7); Juntos por el Perú (5), Podemos Perú (5), Somos Perú (4), y Partido Morado (4).

533

### 5. Entre ganadores y perdedores

La otra cara de la moneda la presentan los diez partidos políticos que, al no superar la valla electoral (5%), no lograron alcanzar ninguna curul en este nuevo Parlamento, y además perderán su inscripción: Victoria Nacional, FREPAP (tenía 15), Unión por el Perú (tenía 14), Partido Popular Cristiano, Partido Nacionalista Peruano, Frente Amplio (tenía 9), Democracia Directa, Renacimiento Unido Nacional, Perú Patria Segura; y Partido Político Contigo.

En esa misma línea, si hacemos una comparación entre el número de curules obtenidas por los partidos políticos en las Elecciones Extraordinarias 2020 frente al número de escaños alcanzados en estas Elecciones Generales 2021, podemos clasificar a las organizaciones políticas en dos

grupos: a) Ganadoras: Perú Libre que pasó de 0 a 37, Fuerza Popular de 15 a 24 y Avanza País de 0 a 7; y b) Perdedoras: Acción Popular que pasó de 25 a 16, Alianza para el Progreso de 22 a 15; Podemos Perú de 11 a 5; Somos Perú de 10 a 4; y Partido Morado de 9 a 4.

## **6. La mayor atomización política de la historia**

Entonces, si tomamos como referencia lo expuesto anteriormente, debo señalar que el Congreso 2021-2026 estará compuesto por el mayor número de agrupaciones políticas desde que el Perú retornó a la democracia en 2001. Es decir, en estas Elecciones Generales 2021 alcanzamos el récord de 10 partidos políticos con presencia en el Parlamento frente a los 9 (Periodo 2020-2021), 6 (Periodo 2016-2019), 6 (Periodo 2011-2016), 5 (Periodo 2006-2011); y 5 (Periodo 2001-2006).

## **7. Los partidos políticos más votados en Lima Metropolitana**

534

Por lo general, el candidato más votado a nivel nacional suele ser siempre uno que haya postulado en Lima Metropolitana. Esto es así porque se trata de la circunscripción electoral que concentra al mayor número de electores. En esta oportunidad, el Padrón Electoral de Lima Metropolitana está compuesto por 5,848,229. Sin embargo, en esta jornada electoral participó el 74.777 % de los electores, es decir, fueron 4,373,143 los electores residentes en Lima Metropolitana que decidieron ejercer su derecho de sufragio.

Ahora, con respecto a la distribución de las preferencias electorales de los peruanos residentes en Lima Metropolitana, según el reporte de la ONPE al 100%, tenemos los siguientes resultados: Renovación Popular fue el partido político más votado con el 13.58%, seguido por Fuerza Popular (11.70%), Avanza País (10.82%), Partido Morado (8.84%), Somos Perú (8.26%), Podemos Perú (7.33%), Juntos por el Perú (6.63%), Acción Popular (5.97%) y otros (26.82%).

## **8. Los candidatos más votados en Lima Metropolitana**

Entonces, a la luz de estos resultados, podemos identificar a los candidatos más votados por cada organización política en Lima



Metropolitana. Así, tenemos los siguientes resultados: 1) Jorge Carlos Montoya Manrique (Renovación Popular) que tenía el número 1 de la lista obtuvo 111,993 votos; 2) Hernando Guerra García Campos (Fuerza Popular) que tenía el número 1 de la lista obtuvo 44,467 votos; 3) José Daniel Williams Zapata (Avanza País) que tenía el número 2 de la lista obtuvo 36,015 votos; 4) Susel Ana María Paredes Pique (Partido Morado) que tenía el número 1 de la lista obtuvo 63,049 votos; 5) Martín Alberto Vizcarra Cornejo (Somos Perú) que tenía el número 1 de la lista obtuvo 172,939 votos, convirtiéndose en el candidato más votado a nivel nacional; 6) José León Luna Gálvez (Podemos Perú) que tenía el número 1 de la lista obtuvo 73,277 votos; 7) Sigrid Tesoro Bazán Narro que tenía el número 6 de la lista obtuvo 36,381 votos; y 8) José Alberto Arriola Uteros que tenía el número 1 de la lista obtuvo 28,040 votos.

Como se puede apreciar, solo en el caso de los partidos políticos Avanza País y Juntos por el Perú, respectivamente, el candidato más votado no fue quien llevó el número 1 de la lista, lo que demuestra la importancia del número en un sistema electoral de lista bloqueada, pero con doble voto preferencial.

## 9. La participación política de la mujer

En este punto, debemos anotar que el Parlamento 2021-2026 contará con la presencia de 48 congresistas mujeres, por lo que el Congreso estará compuesto por un 64% de hombres (82) y un 36% de mujeres. Es decir, apenas se supera el 30% que la cuota de género estableció en el Perú desde 1997 (hace 24 años). Del mismo modo, conviene señalar que en Lima Metropolitana (el distrito electoral con más curules) las mujeres alcanzan el 42% de los escaños (14 de 33), por encima del promedio nacional antes referido.

Ahora bien, si comparamos estos resultados con los obtenidos en las Elecciones Extraordinarias de 2020 podemos afirmar que se ha registrado un crecimiento de 15%, debiendo recordar que actualmente la participación política de la mujer en el Parlamento se traduce en 28 curules frente a los 102 escaños ocupados por hombres. En términos porcentuales, hemos pasado de 21.5% a 36%.

Cabe precisar que a pesar de lo lejos que aún estamos de alcanzar la paridad en la conformación del Parlamento (esperemos que eso se logre con la eliminación del voto preferencial desde las próximas Elecciones Generales), lo cierto es que el Congreso 2021-2026 contará con el mayor porcentaje de mujeres desde 2001. Esto queda claro si comparamos este 36% con el 21.5% (Periodo 2020-2021), 28% (Periodo 2016-2019), 22% (Periodo 2011-2016), 29% (Periodo 2006-2011); y 18% (Periodo 2001-2006).

## 10. Los peruanos residentes en el extranjero

Al respecto, según el Padrón Electoral elaborado por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y aprobado por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), los peruanos residentes en el extranjero aptos para votar son 994,352. Sin embargo, en esta jornada electoral apenas participó el 22.76% de los electores, es decir, fueron 226,343 los peruanos que residiendo en el extranjero ejercieron su derecho de sufragio.

536

Ahora, con respecto a la distribución de las preferencias electorales de los peruanos residentes en el extranjero, según el reporte de la ONPE al 100%, tenemos los siguientes resultados: Renovación Popular fue el partido político más votado con el 21.49%, seguido por Fuerza Popular (14.14%), Avanza País (13.32%), Juntos por el Perú (13.09%), Acción Popular (7.18%), Victoria Nacional (7.15%), Perú Libre (6.55%), Partido Morado (3.98%) y otros (13.06%).

## 11. Las regiones y la segunda vuelta

Sobre el particular, tomando como referencia el reporte de la ONPE al 100%, podemos afirmar que Pedro Castillo ganó en 16 regiones, Keiko Fujimori en 8, y Rafael López (Lima) y César Acuña (La libertad) en una cada uno, por lo que nos atrevemos a señalar que la batalla será dura, región por región, distrito por distrito, voto a voto, ya que ningún candidato tiene asegurado el triunfo si analizamos objetivamente los resultados obtenidos por ambos a nivel nacional.

Así, por ejemplo, debemos destacar que en 12 de las 16 regiones en las que el candidato Pedro Castillo alcanzó el triunfo lo hizo superando el umbral de 30%: Ayacucho (51,97%), Apurímac (53,44%), Arequipa

(32,20%), Cusco (38,18%), Cajamarca (44,91%), Huánuco (37,59%), Huancavelica (54,20%) Madre de Dios (37,08%), Moquegua (34,37%), Puno (47,47%), Pasco (34,18%); y Tacna (33,21%). Por su parte, la candidata Keiko Fujimori sólo alcanzó ese registro en 1 de las 8 regiones en las que se impuso: Tumbes (37,05%).

Sin embargo, también es menester resaltar que Lima Metropolitana cuenta con distritos que por su número de electores son la clave para ganar en una segunda vuelta, y que en esos distritos la candidata Keiko Fujimori le saca una importante ventaja al candidato Pedro Castillo: Villa El Salvador (17,75% vs 7,52%), San Juan de Miraflores (15,06% vs 7,05%), San Juan de Lurigancho (14,95% vs 10,28%), Comas (14,85% vs 5,82%), El Agustino (17,85% vs 8,18%); Surquillo (10,12% vs 2,79%), Chorrillos (14,57% vs 4,69%), entre otros.

## 12. Las primeras proyecciones de abril

Por último, al cierre de la redacción de este artículo, considero oportuno 5compartir las primeras proyecciones (encuestas), elaboradas por las principales empresas de encuesta y opinión públicas, sobre las preferencias electorales para esta segunda vuelta, las mismas que han sido difundidas por los más importantes medios de comunicación.

537

Estamos hablando de las encuestas elaboradas por IPSOS, DATUM, CPI e IEP.

En la primera el candidato Pedro Castillo obtiene el 42% frente al 31% de la candidata Keiko Fujimori. En la segunda obtiene el 41% frente al 26%. En la tercera obtiene el 35.5% frente al 23.1%. En la cuarta obtiene el 41.5% frente al 21.5%. En suma, en estas cuatro encuestas publicadas por las referidas firmas entre el domingo 18 y domingo 25 de abril el candidato Pedro Castillo aparece primero en las preferencias electorales de cara a la segunda vuelta que se realizará el próximo domingo 6 de junio.

De todos modos, tomando en cuenta la volatilidad del voto en el Perú, queda claro que la segunda vuelta está abierta para cualquiera de ambos candidatos, y que el triunfo dependerá de los aciertos y errores de

los mismos. Ambos candidatos deberán convencer a ese 70% del electorado que no votó por ninguno de ellos. Es posible, veremos si esta hipótesis se va consolidando con el correr de las semanas, que seamos testigos de la segunda vuelta más polarizada -en términos ideológicos- que el Perú haya vivido desde el retorno a la democracia en 2001.

En todo caso, si hay algo que ambos candidatos deben tomar en consideración es que existe un promedio de voto blanco, viciado o indeciso que va entre 27% (IPSOS), 33% (DATUM), 34.7% (IEP); y 38% (CPI), al que deberán convencer si es que quieren aumentar sus posibilidades de triunfo en esta segunda vuelta. En suma, estando a más de un mes de la segunda vuelta, resulta prematuro aventurarnos a vaticinar un determinado resultado, por lo que reitero que la batalla será dura, región por región, distrito por distrito, voto a voto, ya que ningún candidato tiene asegurado el triunfo si analizamos objetivamente los resultados obtenidos por ambos a nivel nacional.

# Reflexiones sobre el Bicentenario:

## Muchas Constituciones y poca República

✎ RAÚL CHANAMÉ ORBE\*

“Engullimos de un sorbo la mentira que nos adula,  
y bebemos gota a gota la verdad que nos embarga”.

**Diderot**

**N**o nos engañemos: la Constitución no es la causa de todos nuestros problemas ni, tampoco, es la solución mágica a la suma de nuestros males<sup>1</sup>. Ella es, por sobre todo, un instrumento jurídico que busca establecer un pacto duradero entre los diferentes actores sociales. Su legitimidad no descansa únicamente en su texto, sino en la eficacia de los sujetos públicos para hacer que el acuerdo se traduzca en derechos ciudadanos y gobernabilidad permanente.

539

Cabe preguntarse si actualmente vivimos una simple controversia de restauración constitucional, o un momento de crisis del conjunto de nuestro marco institucional, que por derivación arrastra a la Carta

---

\* Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Universidad de San Marcos. Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Magistrado del Jurado Nacional de Elecciones. Investigador Renacyt. Director de la Cátedra del Bicentenario. Ha publicado una docena de libros sobre su especialidad entre los que destacan: *Diccionario de Derecho Constitucional* (5 ediciones), *Más (allá) de la Constitución* (6 ediciones) y recientemente *La República inconclusa* (5 ediciones).

1 “Hay países cuya clase política ha padecido con reiteración una psicosis colectiva que consiste en creer que todos los problemas de una sociedad se resuelven transformando la Constitución” Fernández de la Mora, Gonzalo (1987): *Los errores del cambio*; Plaza & James Editores, Barcelona, 2a Edición, p. 69-70.

Magna<sup>2</sup>. El ejercicio más simple es achacarle toda la responsabilidad al texto vigente; ergo, la Carta del 79 era menos mala que el documento del 93.

El problema, según algunos doctos, está en la redacción, no en la realidad. El estilo en un caso fue virtuoso<sup>3</sup> y en el otro la autógrafa fue defectuosa. No había que mejorar la realidad o la actividad política, sino perfeccionar el verbo y la sintaxis. Un Vademécum de derechos podía modificar la realidad social<sup>4</sup>.

La historia constitucional desmiente este razonamiento por falaz<sup>5</sup>. La Constitución de 1823, fue un documento que superó legalmente en su composición y libertades al texto de Cádiz (1812), proclamaba la República parlamentaria y anunciaba la abolición de la esclavitud: “Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros” (Art. 11°)<sup>6</sup>. Este bello documento de inspiración liberal nunca entró en vigencia, pues fue hecho para un territorio soberano y el Perú permanecía ocupado por las

---

2 Hakansson Nieto, Carlos (2009)., afirma “[...] me preguntaba si la mejor Constitución es la que promete más o es aquella que puede describir una realidad política e institucional que sea palpable a los ciudadanos. Hoy nos encontramos debatiendo cuándo y cómo reformar la Constitución, pero si no hemos aprendido a conocer lo que significa y exige, estoy seguro de que ninguna Carta Magna resolverá nuestros problemas para alcanzar la institucionalidad democrática”. Lima: Curso de Derecho Constitucional. Universidad de Piura-Palestra Editores. p. 465.

3 “En la historia de los Estados latinoamericanos abundan los textos constitucionales elegantemente redactados”. Garzón Valdés 1999. Citado por Woldmann, Peter (2003): El Estado anómico, Editorial Nueva Sociedad. Caracas, p. 51.

4 Constante histórica observada por Heraclio Bonilla: “[...] el resultado del fracaso de intentar construir una nación viable solo con el texto de las leyes”. “El pasado y el presente de las Constituciones en América Latina”. *El futuro del pasado*, Fondo editorial del Pedagógico San Marcos, Tomo II, p. 1092.

5 AA. VV. (2008): *Historia y Derecho. El derecho constitucional frente a la historia*. Tomos I y II, Lima: Fondo editorial UIGV, p. 982.

6 El historiador Alberto Flores Galindo sostenía: “Ocurre que la antigua estructura estamental y de castas heredada de la colonia, no desaparece con el nacimiento de la república, sino que se superponiéndose a la nueva configuración de clases sociales; el campesino es un indio así como el oligarca es un blanco”. Flores Galindo, Alberto (1998): *Tiempo de Plagas*. Lima: El Caballo Rojo Ediciones, pp. 24-25.

fuerzas coloniales del virrey José La Serna. El rigor de la realidad desmentía el idealismo del texto<sup>7</sup>.

Al revés; la Constitución de Huancayo (1839) era abiertamente conservadora, pues anuló las municipalidades y nos devolvió las Intendencias coloniales. Tras la muerte de su inspirador, Agustín Gamarra (en 1842), se pidió restaurar la Constitución precedente (de 1834), por ello el país se precipitó en una guerra civil de la cual salió victorioso Ramón Castilla, quien fue ministro gamarrista. El tarapaqueño llegó al poder con los conservadores y usó con pragmatismo la Constitución, haciendo de un texto mediocre un instrumento de consenso y estabilidad<sup>8</sup>. La sensatez gubernamental frenó un texto constitucional con pretensiones autoritarias.

La síntesis de esa dialéctica realidad-constitución, fue la Carta de 1856 y la Constitución de 1860. La primera era espléndida; la segunda, adusta. Una se reclamaba cosmopolita; la otra, modestamente localista<sup>9</sup>. Una era utópica; la otra, realista. El texto liberal fue efímero;

---

7 El ensayista venezolano, Esteban Gil Borges (1879-1942) ha observado que mientras en los Estados Unidos la fuente principal de la Constitución fue la experiencia colectiva, en Sudamérica lo fue la razón. Los autores de la primera trataron de adaptar su ideología a la realidad, mientras que los que redactaron las constituciones sudamericanas trataron de forzar la realidad para adaptarla a sus ideales.

8 La Constitución conservadora de 1839 fue la más duradera hasta entonces; tuvo vigencia 15 años. Lo mismo ocurrió en Chile con la Carta de 1833 auspiciada por Diego Portales, y con la Constitución (de 1830) de José Antonio Páez, que dio estabilidad a Venezuela durante 18 años.

9 A los liberales se les achacaba su excesivo apego a las doctrinas foráneas, en tanto los conservadores defendían un confuso nacionalismo que evidenciaba temor a las modernas teorías políticas. Por ello Felipe Pardo y Aliaga, uno de los más caracterizados intelectuales del conservadurismo local, recomendaba: “[...] que no se pretenda construir una nación entresacando principios de las constituciones y los libros de otras naciones y cuando se olvida que la Constitución del Perú no está en esos libros ni en esas constituciones, sino en el mismo Perú” (1859). Según Peter Waldmann “[l]os intelectuales y las personas interesadas en política que se preocupaban por encontrar una futura forma de organización de Estado para sus sociedades, tenían dos opciones; o bien, tomaban en cuenta las condiciones sociales existentes, con su desigualdad social y su diversidad regional, tratando de encontrar la mejor solución posible; o bien, sometían esta realidad, deficiente en su opinión, a constituciones liberales y progresistas, con la esperanza de que a largo plazo la realidad social se adaptará al espíritu vanguardista con el cual las leyes habían

el texto conservador duró más de medio siglo. El siglo XIX fue de aprendizaje constitucional; el siglo XX debió ser de madurez legal, sin embargo, no fue así.

Digámoslo sin eufemismos: todas las constituciones peruanas del siglo XX fracasaron en el propósito de dar estabilidad jurídica y, sobre esta base, alentar el desarrollo económico y social. La Constitución de 1920 incorpora el constitucionalismo social. Se nutrió de elementos de la Constitución de Querétaro (1917) e incluso de la Constitución de Weimar (1919). Sus teóricos fueron Javier Prado Ugarteche (1871-1921) y Mariano H. Cornejo, (1866-1942), dos talentos de la República Aristocrática<sup>10</sup>.

No obstante, sus avanzadas instituciones se perdieron en medio del continuismo del régimen de 'La Patria Nueva'. Tras sus escombros surgió la Carta de 1933, que reprodujo lo mejor del texto anterior, sancionando cualquier forma de perpetuación en el poder; no obstante, su ineficacia fue mayor, pues no evitó ni la guerra civil (aprismo-antiaprismo) ni las dictaduras entre 1933 y 1980 -con efímeros intervalos constitucionales-, a pesar de que prohibía expresamente la sedición: "Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas [...]" (Art. 19°).

El texto buscaba evitar los golpes militares haciendo de las Fuerzas Armadas "garantes de la constitucionalidad". Sin embargo, su diseño

---

sido redactadas. El primer punto de vista contaba sobre todo con el apoyo de un grupo llamado conservador, mientras que los liberales apostaban al efecto transformador de la Constitución". Ob. cit., 2003, p. 62.

10 Enrique Chirinos Soto toma la siguiente cita "Comentando los dones reformistas de Cornejo, Manuel Vicente Villarán había dicho que, según parece, "no hace falta vencer el desierto, la cordillera ni los bosques, ni multiplicar, civilizar y mejorar a los pobladores. No, lo que hace falta es cambiar la combinación de las formas y de la organización legal de las instituciones". Las enmiendas que Cornejo propone a la Ley Constitucional "bastarían para acabar con las revoluciones, el personalismo, las dictaduras, el fraude, la dilapidación, las intrigas y todos nuestros males políticos [...]. Si las formas son todo el progreso social ¿Por qué no escoger las mejores, las más bellas y nuevas? ¿Por qué no imitar las instituciones más perfectas de los pueblos cultos [...] Imitemos [...] Entreguémonos al alegre deporte del transporte y la copia [...]?" Historia de la República, Tomo II, 1883-1968. Bogotá: Editorial A. Ch. Editores S.A., 1991, pp. 117-118.



institucional facilitaba la crisis e inestabilidad del régimen constitucional, como ocurrió con el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero (1894-1989), que arribó a Palacio con cerca del 66% de los sufragios, representando al Frente Democrático Nacional, y al poco tiempo no podía dirigir ni su propio Consejo de Ministros. Cuando quiso reformar la Constitución -vía un referéndum no previsto en la *Carta Magna*<sup>11</sup>- se justificó la rebelión de la izquierda, primero; y, después, el golpe de Estado de la derecha.

Décadas posteriores, tras el contundente paro laboral del 19 de julio de 1977, los militares -buscando una salida política- convocaron a una Asamblea Constituyente, que marcaba el fin de la Carta de 1933<sup>12</sup>. En actitud consecuyente, Domingo García Rada, Luciano Castillo y Fernando Belaúnde Terry impugnaron esta tácita derogación, pues la Carta vigente castigaba esos cambios inconstitucionales propiciados por un “gobierno usurpador”<sup>13</sup>. Primó la fuerza de los hechos sobre un texto que, con virtudes y defectos, pretendió sin éxito generar un Estado de Derecho.

La Constitución de 1979 -a pesar de sus sinceras intenciones- no abrió un nuevo ciclo político, sino fue la síntesis del ocaso de una época. Su avanzada parte dogmática (derechos fundamentales) colisionó con su

- 11 Afirmaba José Bustamante y Rivero lo siguiente: “Entre implantar un régimen personalista y autocrático o acudir a un recurso no previsto en textos legales, pero apoyado en la colaboración del pueblo a base del sistema representativo, hube yo de escoger el segundo camino”. Tomado de Barrenechea Vitanea, Ramón (1978): *El problema constitucional ante la historia y el derecho*. Lima: Industrias gráficas Ingeniería S. A, p. 352.
- 12 En pleno gobierno militar (1969) el líder del PAP, Víctor Raúl Haya de La Torre, a la pregunta “Constituyente ¿para qué?” respondió; “No, no creo conveniente una constituyente, ni reformar fundamentalmente la Constitución actual. Puede corregirse y enmendarse en todo aquello que se considere obsoleto [...]. No creo que la actual Constitución del Perú debe ser transformada por completo [...]”. Revista *Informe Ilustrado*, Año 2, N° 11, marzo 20-abril 3 de 1969, Lima, pp. 16-18. Reproducido en *Haya de la Torre en 40 reportajes*, 2ª ed. Lima: Editorial Okura, 1983, p. 287.
- 13 Según Diego García Sayán: “Cuando el clamor expresado en varios paros nacionales -1977 y 1978- de un pueblo peruano harto de una dictadura militar que llevaba ya diez años, la Asamblea Constituyente elegida en 1978 funcionó. Ello, pese a que el cambio constitucional fue “inconstitucional”, pues no se hizo siguiendo el procedimiento de la Constitución de 1933, teóricamente vigente”. Constituyente; A veces es la salida, en *La República*, Lima, 8. VI. 2015, p. 5.

parte operativa, en tanto pretendía reglamentar absurdamente la economía<sup>14</sup>. Así, el artículo 124°, que fue el fundamento jurídico de la estatización de la banca privada en el año 1987 (lo cual precipitó la crisis inflacionaria), y el Artículo 127°, que impedía cualquier intento privatizador, configuraron el corsé de una economía cerrada. Era más fácil estatizar que privatizar. Había nuevos derechos, pero persistía la incapacidad gubernamental o judicial para hacerlos cumplir. No hubo pacto político, pues la izquierda legal -35% de la representación de la Asamblea Constituyente se negó a suscribir el acuerdo constitucional. Por ello, Héctor Cornejo Chávez, uno de sus constituyentes más lúcidos, diría que podía “[...] ser la mejor Carta del Perú tradicional, mas no la del Perú del futuro”<sup>15</sup>. Al cabo de doce años de ejercicio accidentado, nunca nos pusimos de acuerdo para reformar su texto, a pesar de la necesidad de superar sus evidentes incongruencias orgánicas.

La Constitución no se agota en el acto constituyente, sino que se renueva en cada momento en contacto con la realidad<sup>16</sup>. Por ello, Rudolf

---

14 Chanamé Orbe, Raúl (2007): “Exégesis de la Constitución económica”. *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, Vol. 64. N° 1-N° 2. Lima, pp. 95-126.

15 Entrevista en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 10-III-1991, p. A6. Héctor Béjar, ex guerrillero del FLN e intelectual de izquierda, coincide con Cornejo Chávez: “[...] para mi es claro –y esto es un punto de discusión con mis amigos de la izquierda– que la Constituyente, lejos de ser esa Asamblea que ha sido glorificada y rodeada de una aureola democrática por la propia IU, que forma parte oficial de la izquierda, en realidad fue una restauración borbónica en el Perú, porque significó el retorno de viejos partidos, que habían sido dado de vacaciones por el proceso –lo más viejos, ah, es decir, el APRA y el PPC–, al poder parlamentario y; entonces, la Constitución de 1979 es resultado de una transacción entre esa izquierda radical, que ahora se convierte en izquierda parlamentaria, y los sectores más de la derecha, más conservadora del Perú, que son el PPC y el APRA en ese momento, y un sector más o menos reformista, neutro, de derecha, por supuesto, como es Acción Popular de Belaunde, se quedó afuera” Navarro Gonzáles, Martín (2014): *Las condiciones políticas que concurren en la Construcción de Izquierda Unida (Perú 1968-1980)*. Tesis de Ciencia Política, UNMSM, Lima, p. 328.

16 Como bien sostiene Carlos Santiago Nino: “[l]a concepción de la Constitución desde el punto de vista externo como una práctica social implica pensar en ella como una regularidad de conductas y actitudes: las conductas de los jueces y de los ciudadanos en general de identificar a las normas que cumplen con ciertas condiciones positivas y negativas, procesales y sustantivas, como normas legítimas; las actitudes de criticar a quienes no

Smend define a la Constitución como una realidad integradora en constante renovación a través de sus legítimos operadores<sup>17</sup>.

En medio de la inflación, la violencia terrorista y la confrontación política, la Constitución fue derogada tras el autogolpe del 5 de abril de 1992, que en la usanza cesarista produjo un nuevo texto constitucional, que es una reproducción del 70% de la Carta precedente -con luces y sombras- con el agregado de las instituciones de la democracia directa, la iniciativa legislativa de la población, la remoción de alcaldes, la revocación de autoridades, la elección popular de los jueces de paz y un desarrollo contemporáneo del capítulo económico. Sin embargo, esta Constitución introdujo el Artículo 112°, que reinstalaba la reelección, y, al interpretarlo con arbitrariedad, rompió el pacto constitucional de su acatamiento consensual.

Hoy vemos la salida constitucional como instrumento para afrontar las cíclicas contradicciones políticas, y prescindimos de la memoria histórica; por tanto, las reformas constitucionales son meros cambios legislativos que burlan el pacto social duradero, colocando el adjetivo sobre el sustantivo, la abstracción sobre la idiosincrasia, la Constitución sobre la realidad<sup>18</sup>.

---

observan o aplican esas normas y de avalar a quienes lo hacen”. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2002. p. 47.

- 17 Smend fundamentó su teoría de la integración agrupando tanto los elementos fácticos como normativos, la realidad histórico-política y realidad jurídica, y rechazando la teoría decisionista de la constitución como la entendía Carl Schmitt. Véase mi ensayo “La razón y la sombra”. *Derecho Constitucional General y Teoría del Estado*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 479-483.
- 18 Esto que Jorge Astete denomina, “La tradición democratizante”, y debe entenderse como la propensión o tendencia a sobreponer los principios abstractos a la realidad, los sentimientos a la razón, la moral al derecho, los derechos a los deberes, la libertad subjetiva al orden objetivo de las cosas. Es la subjetividad emotiva afanosa en estatuir “derechos” desde el intelecto estético y no desde la realidad”. *El poder neutro*. Lima: Editorial. Euroamericana, p. 31. Luis Bedoya Reyes, constituyente de 1978, lo reconoce: “Todas las Constituciones de los países latinoamericanos son utópicas e imitativas. Nacieron con la emancipación republicana repitiendo en sus textos la parte dogmática del derecho político consagrada desde la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, insertas, además, en las Constituciones de Inglaterra y Estados Unidos que a todos nos sirvieron de modelo. Son utópicas en la misma medida que nuestros constituyentes y

Kelsen reconoció que la Constitución puede tener dos percepciones, una formal y otra material. Por la primera se observa un documento solemne<sup>19</sup> y, a veces, rígido<sup>20</sup>, aprehensible a través de la lectura, estudio y la hermenéutica; en cambio, en el segundo sentido, la Constitución supone una directa verificación con la realidad, con la praxis<sup>21</sup> y la cognición sociológica -antes que lectura de normas-. Si ambas constituciones

---

legisladores han incorporado en los textos constitucionales instituciones ajenas a nuestra propia realidad pretendiendo moldear nuestra verdad social y económica a instituciones que nos han sido ajenas.” Bedoya Reyes, Luis (2019): *Joven centenario*. Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, p. 542.

- 19 André Hauriou define el Derecho Constitucional como “[c]onjunto de preceptos de conducta obligatorios, establecidos por los hombres que viven en la sociedad y destinados a hacer reinar el orden y la justicia en las relaciones sociales”. Hauriou, André; *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona, Ariel, 1980, p. 26.
- 20 Paolo Biscaretti di Ruffia (1973) en su obra *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, distingue Constitución en sentido institucional, sustancial, formal y material. En sentido institucional significa estatus, orden, conformación, estructura esencia de un ente o de un organismo en general. En sentido puramente sustancial se refiere a todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento. En sentido formal entiende al complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo. (: 149). Y siguiendo a Mortatí, entiende que la Constitución en sentido material serviría, en realidad, para indicar el conjunto de elementos organizadores necesarios para que subsista el Estado, es decir, propiamente, la comunidad social subyacente al orden normativo, en cuanto se le considere ordenada según un mínimo de elementos organizadores (fuerza política) capaces de presentarla dotada de una actividad dirigida hacia un fin determinado (fin político). La fuerza política y el fin político serían, por tanto, los elementos fundamentales (el primero instrumental y el segundo material) de la concepción en cuestión (: 152).
- 21 Manuel García Pelayo ha formulado su tipología distinguiendo tres conceptos tipo; el racional normativo, el histórico tradicional, y el sociológico. El primero 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”. En cambio, para el concepto histórico tradicional “la Constitución de un país no es la creación de un acto único y total sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y frecuentemente de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa”. Y es característica del concepto sociológico de Constitución “entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se pueda dar una normatividad jurídica constitucional un desacuerdo con la estructura real. Derecho Constitucional Comparado, Madrid: Alianza Editorial, 1989, p. 48.

coinciden, se da la integración recomendada por Smend; si discrepan, entonces reconoceremos a la primera como una simple “hoja de papel”<sup>22</sup>, incapaz de generar un orden constitucional duradero<sup>23</sup>. Muchos derechos nominales no garantizan un real Estado de Derecho sino, como denuncia Sartori, evidencia simplemente una exagerada “grafomanía constitucional”<sup>24</sup>.

Nuestros liberales forjaron las repúblicas nominales<sup>25</sup> que proclamaban: Presidencias limitadas, división de Poderes, respeto a la legalidad; pronto, la realidad desmintió este voluntarismo político. Los liberales terminaron de comparsa del nacionalismo provincial y minimalista, que se encarna en el militarismo que fragmentó los frágiles estados en 20 “Repúblicas” adicionales, con Constitución, banderas y beligerancia soberanista. Argentina se mantuvo en caos hasta 1853, México hasta 1857 y Perú hasta 1845. Las Repúblicas del aire –como las llamó Bolívar– empoderaron el caos institucional y la asonada montonera, a pesar de las frondosas Constituciones que copiamos por doquier.

Los extremistas de las teorías recrearon nuevas mentiras republicanas. Octavio Paz lo denuncia: “Cada una de las nuevas naciones tuvo,

22 LASSALLE, Ferdinand (1964): ¿Qué es una Constitución? Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, p. 55.

23 Por ello un sector de la doctrina constitucional se adscribe a la Teoría Tridimensional como observación de la realidad y de la evolución con que el derecho sigue a la vida, y que nos muestra que, además de la norma jurídica, deben tomarse en cuenta los valores en juego, o sea, la dimensión axiológica y las circunstancias reales. Podemos decir que todo problema constitucional debe estudiarse mediante el triple enfoque, porque norma, realidad y valores, se dan unidos en la experiencia jurídica. Así, pues, el Derecho Constitucional es el derecho de la realidad. Dicha teoría señala que cuando las circunstancias cambian y las normas no se adaptan a la evolución histórica, los valores quedan sin protección, por eso se establece la relación “normas-valores-circunstancias. Para mayores referencias, puede revisarse Reale, Miguel (1988): “El concepto de cultura, sus temas fundamentales”. *Filosofía de la cultura*. Madrid: Trota, pp. 37-52.

24 SARTORI, Giovanni: Ob. cit., p. 213. El ensayista peruano Fernando Iwasaki denominaba este hecho como “Incontinencia constitucional” (Estado republicano). Madrid, Ediciones Algaba, 2008, p. 71.

25 Alberto Vergara coincide “El republicanismo es el rasgo político más distintivo y duradero de nuestro país” (p. 18), no obstante, contradiciendo el título de su libro *Ciudadanos sin república* (2013).

al otro día de la Independencia, una Constitución más o menos (casi siempre menos que más) liberal y democrática [...] la ideología liberal y democrática, lejos de expresar nuestra situación histórica concreta, la ocultaba. La mentira política se instaló en nuestros pueblos casi constitucionalmente”, el Premio Nobel mexicano plantea un desafío político al continente: “De ahí que la lucha contra la mentira oficial y constitucional sea el primer paso de toda tentativa seria de reforma”<sup>26</sup>.

Desde el inicio de la independencia hemos tenido constitución, república y un régimen autoproclamado democrático. Somos un país de formas, de normas, de solemnidades, donde las frágiles instituciones republicanas han convivido con prácticas autoritarias, excluyentes, intolerantes y pre-modernas. El racismo –en un país mayoritariamente cobrizo– es una de las manifestaciones de las prácticas anti-democráticas en una República de desiguales.

A esa institución que solo toma el nombre, pero no su contenido, la analizó con sereno equilibrio Francisco García Calderón Rey en *El Perú contemporáneo*, llegando a la conclusión que no habíamos establecido una República moderna, sino una ilusión que pretendía ser avanzada, pero mantenía viejos atavismos; no estableciendo límites entre la democracia y el autoritarismo, combinado tiempos y valores, que la denominó la República Monárquica, que se pretendía democrática pero que se manifestaba cesarista; que tenía formas constitucionales, pero esencias autocráticas. Es desafío es hacer que la Constitución, se corresponda con valores republicanos que están más allá de cualquier texto ideal.

---

26 PAZ, Octavio (1996): *El laberinto de la soledad en Obras Completas*, t. 8, FCE, México, pp. 127 y 128.

# El Bicentenario de la independencia del Perú y el gran reto de la cultura constitucional

✎ RAÚL GUTIÉRREZ CANALES\*

**L**egamos al año del Bicentenario de la declaración de la independencia del Perú. Del grito que expresó José de San Martín el 28 de julio de 1821 que, en realidad, fue un acto dentro de un proceso superior que empezó mucho antes y se definió después como un ideal de República, cuya consolidación es todavía un anhelo. Todo este tiempo, desde la definición del régimen político inicial hasta la propuesta actual de una nueva carta política, ha sido una constante la puesta protagónica de una Constitución que oriente, legitime y limite el poder. Entonces, difícilmente podemos reflexionar sobre el Bicentenario sin observar los valores y los fines constitucionales presentes en la construcción de la nación. Solo así comprenderemos las exigencias que enfrentamos si ansiamos definir un Estado constitucional que integre ciudadanos conscientes de la importancia del ejercicio de sus derechos y del resguardo del interés público.

549

## 1. La limitación del poder como fundamento constitucional

El período que antecedió a 1821 contó con una Constitución formal, la Constitución de Cádiz de 1812, con vigencia para los territorios hispanos, incluido el Alto Perú. La norma fue derogada en 1814 para regresar al absolutismo y desautorizar las ideas liberales que recogió. La

---

\* Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Parlamentario por la Universidad Complutense de Madrid y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Escuela de Posgrado de la UPC y asesor principal del Congreso de la República.

derogación, entre otros aspectos, contribuyó al alzamiento de las colonias de América por la frustración de sus expectativas de reconocimiento y relativa autonomía. No obstante, esta Constitución, sin haberse aplicado, configuró una fuente relevante para las primeras constituciones republicanas de los países que se independizaron de España, como fue el caso peruano.

Lo descrito resulta lógico, porque la esencia de la Constitución se encuentra, como recordó Karl Loewenstein, en su deber principal: limitar el poder político. Sin Constitución no hay límites y sin límites no hay derechos. El Perú no fue la excepción. La Constitución de Cádiz y la Constitución peruana de 1823, con sus diferencias, buscaron sentar las bases para frenar los excesos de la autoridad. Si su elaboración escrita respondió a la influencia del constitucionalismo moderno que emprendió Francia y Estados Unidos en el siglo XVIII, el sustento y los fines respectivos debieron encontrarse en el proceso histórico previo nacional, que comprendió la atención del riesgo de no atender el hartazgo de una población predominantemente indígena, abusada por el poder político.

550

En tal sentido, la dación de la Constitución en el Perú es el resultado natural del objetivo de la gesta por la independencia. Sus fundamentos y sus causas, de hecho, se encuentran en la lucha por las libertades que emprendieron hombres y mujeres que vivieron la represión y que, mediante un pacto social posterior, se exigió en su nombre la garantía de un cambio sustantivo. Recuérdese que las Cortes de Cádiz formaron parte de un extendido proceso de deterioro del poder de la monarquía española, que integró en América la severa interpelación de parte de la Gran Rebelión de 1780<sup>1</sup>. No en vano Charles Walker refirió que “la rebelión de Túpac Amaru cambió al Perú para siempre, y tuvo importantes repercusiones en la América hispana y al otro lado del Atlántico”<sup>2</sup>.

---

1 SALAS, Miriam, Economía del Virreinato del Perú: Reformas borbónicas, la Ilustración y la Constitución de Cádiz. En: *Las Cortes de Cádiz y su impacto en el Virreinato del Perú*, GUERRA, Margarita (compiladora), Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú, Lima, pp. 148-149.

2 WALKER, Charles, *La rebelión de Túpac Amaru*, Instituto de Estudios Peruanos IEP, Lima, p. 277.



Entonces, un primer reto que queda cumplir en este Bicentenario es entender que la historia constitucional peruana, como propósito de racionalizar el poder y garantizar las libertades ciudadanas, tiene sus fundamentos en el reclamo emancipador del sector de peruanos vulnerados, que produjo una serie de levantamientos previos a la llegada de los denominados libertadores. Este entendimiento no solo es un asunto de objetividad y justicia, sino también de revaloración de la identidad nacional, no como un patriotismo vacío o de revancha, sino como la tarea de integración de las culturas originarias del país a las políticas públicas de desarrollo humano. La inclusión debe respetar la pluriculturalidad del Perú y su complejidad. Las lenguas originarias, las costumbres comunales de tomas de decisiones, la protección del medio ambiente y la biodiversidad, la representación inclusiva mediante acciones afirmativas legislativas, entre otros, son aspectos sustanciales que requieren ser reforzados. Es oportuno reflexionar sobre la vigencia de la conversación entre Pablo Macera y Jorge Basadre:

“Basadre: La independencia terminó siendo una revolución no cumplida.

Macera: Secuestrada, pienso yo (...) ¿Qué es lo que ocurre con hombres como Mariátegui, Sánchez Carrión; y otros más que verdaderamente hubieran podido radicalizar el proceso de independencia, o sea hacer que la República cumpliera, no solamente los objetivos reformistas de algunos criollos, sino los objetivos revolucionarios que compartían las masas indígenas? ¿Qué ocurrió para que se vieran obligados a ceder su lugar a quienes exclusivamente querían un cambio político, terminar con el dominio español pero no cumplir ninguna de esas promesas (...), dejando así intacta la vieja estructura social interna?”<sup>3</sup>

---

3 MACERA, Pablo, *Conversaciones con Basadre*, Mosca Azul editores, Lima, 1979.

## 2. La eficacia de la Constitución y la identificación ciudadana

Aun cuando podemos identificar las causas y los fines de las primeras constituciones, su efectividad no fue inmediata. No es, sino, hasta la Constitución de 1828 en que se empezó a sentar las bases del modelo republicano, lo que responde a que la carta fundamental no puede desligarse de la realidad en que se aplica. Ya para 1828 había transcurrido un tiempo prudencial desde el destierro del último bastión de dominio español en nuestro territorio (1826), con lo que, aunque primigeniamente, pasamos a tener las condiciones para forjar la República.

En ese sentido, un segundo reto en este Bicentenario es comprender que la Constitución es parte de la cultura de una sociedad, si no hay identificación con ella, difícilmente caminaremos hacia un Estado constitucional. En este cometido, es urgente impulsar la cultura constitucional. Nunca tan oportuno el profesor Peter Häberle cuando afirma:

552

“La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas (...); ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos (...) es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas.”<sup>4</sup>

Para que la Constitución sea eficaz, es impostergable que los ciudadanos internalicen una pertenencia cotidiana a ella, lo que traspasa al puro formalismo de mirarla como una norma ajena en el desenvolvimiento cotidiano de los miembros de la sociedad. Si la Constitución reconoce derechos o mecanismos de participación ciudadana para lograr transparencia en las decisiones públicas, pero los ciudadanos no conocen los mismos o no tienen mayor interés en su ejercicio, entonces, no habrá cultura constitucional.

---

4 HÄBERLE, Peter, La Constitución como cultura. En: *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° 6, 2002, p. 194.

Es verdad, como afirmó el profesor Konrad Hesse, que el contenido de una norma constitucional no se agota en las pretensiones del texto, menos cuando esta es incompleta e indeterminada<sup>5</sup>. La norma requiere realizarse, lo que se logra con la consideración de las relaciones vitales de la sociedad donde rige, caso contrario, transita al fracaso. Ahora bien, pese a que la mutación constitucional, que es necesaria para dichos fines, es dinámica y la interpretación cumple un papel decisivo en su reconocimiento, también es cierto que la atención de la cultura en el desempeño de la Constitución debe involucrar incentivos para los ciudadanos respecto no solo de su cumplimiento, sino también de su defensa.

La cultura constitucional no se debe agotar en que su contenido refleje las prácticas y aspiraciones de una comunidad determinada, también es preciso que promueva en la sociedad la motivación de hacerla cumplir en su dimensión objetiva. Es decir, que no solo se recurra a ella como fundamento o, de modo directo, para reclamar intereses personales. La cultura constitucional debe comprender la convicción de la población de ser parte activa en la defensa del contenido constitucional cuando medie el interés público.

Para tal efecto, es indispensable generar las respectivas condiciones, como la implementación en la currícula escolar de materias sobre Constitución y Derechos Humanos con un enfoque accesible, antes que jurídico. Esto debe involucrar medidas integrales, como la capacitación docente y la formación superior en el mismo sentido. Igualmente, acciones de difusión masiva e inclusivas. Ya el Tribunal Constitucional tiene interesantes experiencias que bien pueden ser tomadas en cuenta, como programas para niños sobre el contenido de la Constitución o iniciativas de socialización de su trabajo en idiomas nativos. Además, los servidores públicos en su conjunto, sobre todo los que tienen contacto con la ciudadanía, deben contar con los conocimientos básicos del contenido constitucional, con énfasis en su parte dogmática. Las facultades de Derecho deben tener un rol activo en la difusión interna como en la respectiva

---

5 HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de Pedro Cruz Villalón, 2da. edición, Centro de Estudios Constitucional, Madrid, 1992, p. 27.

proyección social, para estos efectos se pueden crear alianzas estratégicas con el sector privado y el Estado.

Mención aparte, los medios de comunicación. La Constitución, cuando regula el servicio y derecho a la educación, establece que “los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural” (Art. 14). La Ley de Radio y Televisión reconoce como principio de la prestación del servicio, el fomento de la educación y la formación integral de los niños y adolescentes (Art. II). Lamentablemente, todos estos años el incumplimiento de la regulación en esta materia ha sido tolerado por el Estado y los ministerios responsables no han trabajado por efectivizar el mandato constitucional. Es tiempo de iniciar el cambio en la gestión pública escolar y su incidencia en los medios de comunicación, donde la cultura constitucional debería tener un espacio significativo.

554

La Constitución y su defensa son aspectos que deben estar presentes en el ideario común de las personas de modo continuo. Si esto se expresa en la implementación progresiva de una política estatal firme, todo lo demás caerá por su propio peso, desde el fortalecimiento de los partidos políticos (entidades centrales en la democracia) hasta la lucha contra la corrupción.

### **3. La evaluación objetiva de la propuesta de una nueva constitución**

Dicho lo anterior, pasemos al tema recurrente de la propuesta de una nueva constitución. Lo primero es identificar si nos encontramos en un contexto de solvencia para afirmar que el nuevo pacto social tendrá la deseable legitimidad social que justifique su dación ¿podemos afirmar que hoy existe una mínima cultural constitucional en el Perú, que garantice que todos los sectores sociales sean conscientes de la importancia, alcances y efectos de un nuevo proceso constituyente? No es suficiente que una Constitución se vote (obligatoriamente) para que haya conciencia sobre su contenido y relevancia. La Constitución vigente fue la única votada en referéndum y hasta la fecha es muy cuestionada, desde expresidentes de la República que juraron al cargo por una Constitución dejada sin

efecto hasta el apreciable número de partidos políticos que propugnan su derogatoria. Pero, estos cuestionamientos no bastan para plantear nuestra Constitución número trece, pues mientras no haya cultura constitucional repetiremos los mismos problemas y sentiremos que la Constitución no refleja las aspiraciones de todos con equidad. Y esto, inevitablemente, repercute en la sensación del Estado fallido.

Actualmente, varias organizaciones políticas anuncian el cambio de Constitución con ligereza manifiesta, como si su aprobación solucionará inmediatamente las brechas sociales, los problemas de la economía, la falta de acceso a derechos con plenitud e igualdad, o las prácticas de corrupción. Y eso no es así. Si la Constitución sigue siendo contradictoria con la realidad, solo terminará debilitándose o, incluso, retrocediendo en el camino hacia el Estado constitucional. Es válido exigir una legitimidad reforzada de la Constitución, que todos, la sociedad y el Estado, reconozcan su autoridad en el curso regular y en el rumbo de las políticas públicas, pero primero es necesario involucrar objetivamente a la comunidad en su discusión. Mientras la sociedad no tenga interés ni conocimiento sobre la importancia del contenido y cumplimiento de los postulados esenciales de la Constitución, la legitimidad de esta seguirá siendo un asunto de pocos y no se habrá cumplido el objetivo de haber aprobado un real acuerdo social de carácter nacional y con pluralidad.

Entonces, un tercer reto en este Bicentenario es comprender que, antes de plantear una nueva Constitución, es necesario generar la suficiente cultura constitucional para tener certeza de si realmente la necesitamos o solo se requiere una reforma parcial. No debe olvidarse que desde la primera Constitución hasta la actual, tenemos contenidos orgánicos centrales que no han cambiado, como el modelo republicano, la separación de poderes, el Estado unitario o el propio presidencialismo atenuado. Difícilmente, estos aspectos van a variar en una nueva Constitución y se terminarán repitiendo o parafraseando. Asuntos como la bicameralidad o modificaciones a la regulación de la vacancia presidencial, el voto de confianza, la censura, el veto del presidente a las autógrafas del Congreso, entre otros, que son los temas que se encuentran en debate,

pueden materializarse con una reforma parcial<sup>6</sup>. Asimismo, ya existe una reforma política en marcha que ha logrado en el ámbito parlamentario la no reelección inmediata, la paridad en las listas, la eliminación de la inmunidad, así como avances en la regulación electoral y en el fortalecimiento de la administración de justicia con el establecimiento de la Junta Nacional de Justicia.

Por otro lado, las reformas en materia tributaria, laboral, pensionaria, agraria, de justicia, del régimen policial, de seguridad ciudadana, de impulso a las pequeñas empresas, entre otros, son asuntos que corresponden hacerse desde la fuente legislativa y no constitucional. Incluso, asuntos de permanente controversia, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, la despenalización de la eutanasia y el aborto, la reducción de la edad para ser pasibles de cometer delitos comunes y la flexibilización de las condiciones para adoptar, son aspectos que corresponden a la normativa de rango legal.

#### **4. El fortalecimiento de la justicia constitucional**

Ahora bien, el fortalecimiento de los derechos sociales y su vinculación con el régimen económico constitucional son desafíos aún, pero volvemos a lo mismo. Si no hay condiciones para su garantía el cambio de Constitución no hará la diferencia. En el período parlamentario 2016-2021 se ha incluido expresamente en la Constitución los derechos de acceso al agua potable y a la vivienda y, francamente, de una norma declarativa no ha habido mayor repercusión práctica. Asimismo, el Estado constitucional no se reduce al texto literal de la carta política, estando vigente el bloque de constitucionalidad y, sobre todo, la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho ineludible en este campo.

Precisamente, es el Tribunal Constitucional el que ha interpretado con carácter vinculante que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional y que la regla es la indivisibilidad de los derechos

---

6 En el período parlamentario 2016-2021 se aprobó el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento (proyecto de ley 1869 y otros) que prevé estas modificaciones de modo parcial.

fundamentales, no existiendo jerarquía entre los mismos. Se ha precisado que la salud, la educación y el trabajo son derechos constitucionales. Igualmente, la economía social de mercado prevista en la Constitución ha sido<sup>7</sup> definida con criterios que hacen ver que eventuales cambios literales no serán contradictorios con la interpretación constitucional aplicable a la fecha: “la recomposición de las desigualdades sociales y económicas no debe quedar librada a la supuesta eficiencia de un mercado”, “toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia”, “la economía social de mercado se trata del Estado de la integración social”, “la iniciativa privada es libre en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad”, “el bien común permite reconocer la función social de la propiedad” y “el modelo económico social de mercado impone límites a la libertad de empresa”.

Entonces, un cuarto reto es entender que la Constitución no se agota en su contenido expreso o formal, que tiene un contenido implícito basado en principios constitucionales, muchos de los cuales han sido identificados y definidos en la jurisprudencia constitucional. Cualquier reforma sería debe observar la integridad de las fuentes de derecho de la Constitución, sobre todo, el trabajo de interpretación y uniformización temática del Tribunal Constitucional que, valgan verdades, es el órgano que tiene el mérito de haber empezado y promovido la senda por el posicionamiento de la Constitución en el ejercicio del poder público y en el cumplimiento de los derechos y deberes de las personas. Avanzar en el cumplimiento de los ideales de la República, integra la tarea medular de consolidar la autonomía e independencia de la justicia constitucional.

## **5. A modo de conclusión**

En resumen, el gran reto es trabajar por la integración de la Constitución con la sociedad peruana y su diversidad. En la Constitución están las aspiraciones de la República y el camino para su cumplimiento es el emprendimiento de la cultura constitucional, como política central. Quizás, para ello, sea necesario recordar el legado moral de las peruanas

---

7 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 008-2003-AI/TC.

y peruanos que construyeron nuestra historia en sus diferentes roles. No es cierto que no tengamos experiencia de trabajar por objetivos comunes, tal como nos recordó José María Arguedas: “Es la fraternidad humana la que hará posible la grandeza (...) del Perú. Y esta es la que practican los indios y la practican con un orden, con un sistema, con una tradición. Eso es todo”. A doscientos años de la declaración de la independencia, es tiempo de que se levante el “bello durmiente” que identificó Chabuca Granda, de que asumamos la resolución de Micaela Bastidas de no tener paciencia para aguantar más y, ante todo, de que pongamos en práctica el encargo de César Vallejo: “hay, hermanos, muchísimo que hacer”.



# Reflexiones constitucionales en el Bicentenario: Propuestas de reforma en el sistema de Justicia

La jurisdicción judicial y la jurisdicción arbitral

✎ RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS\*

Conmemorar y celebrar los doscientos años de vida independiente nos obliga y nos fuerza a ponernos de pie y sin dejar de estar atentos y revisar lo que ocurrió en nuestra historia, mirar adelante. No olvidemos las enseñanzas del paradigma acerca de que, quien no aprende de la historia está condenado a repetir los errores. Y curiosamente, hablar de independencia en un mundo cada vez más interdependiente, más vinculado, más necesitados unos de otros. El mundo es apenas una pequeña aldea en donde lo que ocurre en un lugar lo sabemos todos, al instante, y por lo tanto, las acciones en unos países causan alegrías o trastornos en los otros, de inmediato.

559

Recuerdo a mí querido padre cuando en las ‘sobre mesas’ domingueras contaba cómo se informaba la ciudadanía en Lima, de los acontecimientos de la segunda guerra mundial: los avances de los tanques nazis, Adolf Hitler, Benito Mussolini, *El Duce*, Japón, y las movilizaciones en Francia, Inglaterra o Bélgica, y después, EEUU. Eran los periódicos colgados en las paredes o en los kioscos, en las avenidas o jirones de las calles principales del Centro, o la radio, en ocasiones, con muchas dificultades del audio. Todo eso se acabó, y hace mucho. Las comunicaciones y la tecnología,

---

\* Profesor Principal en la UNMSM y en la Universidad San Ignacio de Loyola, USIL. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional.

incluyendo el internet, han revolucionado las relaciones nacionales e internacionales. Los beneficios o los desastres se producen de inmediato ante las acciones de los gobernantes adoptados en su respectivo país.

Todo esto sin olvidar, sin embargo, la necesidad del reencuentro de nuestras naciones, por ejemplo, en nuestro medio latinoamericano, y para ello es que formulo una propuesta legislativa constitucional que anoto al final.

No podemos, al escribir unas cuantas líneas sobre el tema, dejar de mencionar la impresionante cantidad de Constituciones durante nuestra vida republicana<sup>1</sup>. Tres en la década de la independencia: 1823, 1826 y 1828; tres en la década siguiente: 1834, 1836 y 1839; dos en la década de los 50' aunque el primero fue sólo un Estatuto Provisorio: 1855 y 1856; dos en la década de los 60': 1860 y estatuto provisorio del 1867; y aunque hubo otro Estatuto Provisorio en 1879, con aquella Constitución de 1860 nos quedamos hasta la de 1920<sup>2</sup>, la de don Augusto B. Leguía, la de la 'Patria Nueva' a la que le siguió la de 1933<sup>3</sup> de Luis M. Sánchez Cerro<sup>4</sup>. Nosotros vemos cercana las del 79 y la del 93 que ya cuenta con 28 años de vigencia.

- 1 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Historia de las Constituciones del Perú*. Editorial Andina S.A. Lima 1978.
- 2 Proyecto de Reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución 1919. CEC. TC. "Este Proyecto de reforma dio lugar a la Constitución leguista, promulgada el 18 de Enero de 1920. Fue pionera en la región en reconocer derechos sociales, agrupados bajo el título de 'garantías sociales'; así mismo, estableció el sometimiento de la propiedad a las leyes; el reconocimiento expreso y protección de las comunidades indígenas; el compromiso de legislar sobre la seguridad del trabajo industrial, las condiciones del trabajo y los salarios mínimos; la prohibición de monopolios y acaparamientos; la declaración del profesorado como carrera pública y el número mínimo de escuelas en distritos y provincias".
- 3 "Anteproyecto de Constitución del Estado 1931. CEC. TC. Se trata de uno de los documentos más trascendentales de nuestra historia constitucional, por todo lo que supuso a nivel de reconocimiento de derechos entonces emergentes y de insoslayable atención, como los de raigambre económica, social y cultural. Si la Constitución de 1856 es recordada por los importantes aportes desde la perspectiva liberal, la Carta de 1933 será igualmente determinante por haber consagrado los derechos de carácter social".
- 4 VALDIVIESO, Joffré Fernández. *Nuestras Constituciones*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, julio del 2009.

Como bien lo dice José Francisco Del Solar, las Constituciones, de una u otra forma, son el reflejo de la realidad existente o de la que se desea poner en vigencia o imponer, tratándose por ejemplo, de casos de autoritarismo. La doctrina reconoce al poder constituyente originario el que se instala especialmente para hacer la constitución al surgir un Estado o romperse el orden constitucional anterior. También puede aparecer después de la independencia de un país, de su separación de una federación, después de un golpe de Estado, de una guerra o de una revolución<sup>5</sup>. Destruído el orden constitucional anterior, es preciso dictar una nueva Constitución.

Pero también la doctrina reconoce al poder constituyente institucional. La expresión soberana del pueblo para hacer o reformar la Constitución se justifica mediante su institucionalización constitucional. Este poder institucionalizado puede estar destinado a la reforma total o la reforma parcial de la Constitución. En la historia peruana, ha ocurrido de todo. El caso del Perú actual es distinto, porque la vigente de 1993 admite la opción de la reforma constitucional y el procedimiento que le respecta, en su artículo 206°. No cabe ninguna duda.

Como abogado consultor y litigante, muchos años, profesor universitario y ex magistrado del Tribunal Constitucional, desearía formular algunos planteamientos de reforma constitucional, con la mirada puesta en el bicentenario de nuestra independencia. Quiero exponer muy brevemente o hacer algunos apuntes concernientes a mi tesis sobre la necesidad de la reforma del Poder Judicial y del Sistema de Justicia, tomando rutas distintas a las tradicionales. Me alinee y suscribo la obra del reconocido profesor principal e investigador de la PUCP Dr. Luis Pásara, en su obra *Misión Imposible* (Fondo Editorial de la PUCP. 2016), en la que relata y sustenta la imposibilidad de lograr una reforma real y sostenible de nuestro Poder Judicial, y por ello, mi propuesta. Nuestro pueblo no podrá soportar más el vigente sistema. Tenemos que proporcionar alternativas para solucionar las controversias y los conflictos. Veamos.

---

5 ESCOBAR FORNOS, Iván. *Breviarios Jurídicos 1*. Impresión Comercial La Prensa S.A, Nicaragua. 2004.

Primero hagamos una propuesta acerca de lo que debemos corregir, enmendar, en la jurisdicción judicial en la Carta vigente de 1993. Después, cambiar de ubicación y no conferirle carácter jurisdiccional puro sino contractual-jurisdiccional a lo que hasta ahora se llama la jurisdicción arbitral.

Soy de opinión, en primer lugar, que debemos hacerle una pequeña adición, un pequeño ajuste al siguiente artículo:

Artículo 44°.- Deberes del Estado

“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Del mismo modo, asegurar un sistema de justicia eficiente y eficaz, por igual, a todo el país”. (el subrayado es la adición)

562

Estamos conscientes que los problemas de la administración o impartición de justicia en el país son numerosos pero lo triste, prácticamente insuperables. Hay que ser sinceros y honestos. Las falencias en lo tocante a recursos humanos y económicos son evidentes. Pero además, de una parte, son problemas estructurales e históricos y se remontan a la época colonial y por cierto a la República, en donde jamás se produjeron los cambios requeridos cuando ellos fueron necesarios. La administración de justicia siempre estuvo al servicio del poder político y del poder económico. No cabe ninguna duda. Pero de otra, cada vez es mayor la demanda y los requerimientos de justicia por parte de los ciudadanos, por parte de los micros, pequeños, medianos y grandes empresarios, de las personas naturales y jurídicas, sin excepción. Es obvio que resultará imposible atenderlos.

En efecto, la oferta de justicia que presenta el poder judicial es insuficiente y con esa pequeñez administra una justicia deficiente, por ello es que, a través de la historia, es decir con el devenir, se le ha ido quitando espacios, de desempeño, concediéndoselos, a otros. Así aparecen ahora en la Constitución Política de 1993, la justicia militar, la justicia arbitral (artículo 139.1 de la CP), la justicia electoral (artículos 178.4 y 181°) y la

justicia comunal (artículo 149° comunidades campesinas y comunidades nativas). Ello, sin perjuicio de una impresionante cantidad de asuntos que han sido encargados, en cuanto a justicia, a diferentes instituciones y órganos o dependencias, casos del Indecopi, de la ONP, de la SBS, SMV, las Notarías y otras tantas organizaciones de la administración, en donde el poder judicial va a aparecer como remoto, residual, último, con el llamado 'proceso contencioso administrativo.

Vamos al Poder Judicial.

El artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia, expresa:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

563

Se refiere a la unidad y sin embargo termina reconociendo tres jurisdicciones. Sugiero cambiar su texto, por el siguiente:

1. La función jurisdiccional ordinaria está a cargo del poder judicial. Se reconocen la jurisdicción militar y la jurisdicción contractual-arbitral con arreglo a su ley especial. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

El inciso 2, expresa:

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Esas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

Sugiero cuatro cambios:

Uno, referir que ‘ninguna autoridad, funcionario o persona’ que es expresión ésta, frecuente en el Código Procesal Constitucional, extendida en los últimos veinte años, en la doctrina y jurisprudencia, y así cerramos la puerta a esos otros advenedizos, que no siendo propiamente ‘autoridad’, y que pueden ser ‘funcionarios’ o ‘personas naturales o jurídicas’ (órganos, dependencias u oficinas), pretendan o quieran interferir en procedimientos jurisdiccionales.

Dos, mejor poner “ante el ‘correspondiente’ órgano jurisdiccional, porque llegado el caso, sí se podría interferir ante un órgano que podría decir que sí tiene jurisdicción, y falso, no la tiene; o que no tiene competencia, y la está pretendiendo usurpando. De este modo, queda claro que es ante el ‘pertinente’ es decir, el correspondiente órgano jurisdiccional, frente al que no se puede interferir.

564

Tres, dice ‘ni interferir en el ejercicio’; preferiría retirarle el ‘en’. Pondría, ni interferir el ejercicio de sus funciones.

Cuatro, le retiraría toda la segunda parte. En efecto, el ‘derecho de gracia’ está previsto con absoluta claridad en el Capítulo IV Poder Ejecutivo, artículo 118.21 como una inobjetable atribución del Presidente de la República. Y lo referente a la facultad de investigación del Congreso, pues esto se encuentra en su Reglamento, que es Ley de la República, con arreglo al artículo 94° de la misma Carta Magna. No tiene sentido repetirlo. En su Reglamento está normado, que su facultad investigadora no interfiere la labor jurisdiccional y todos conocemos además, que ella tiene carácter político y no jurisdiccional, de modo tal que su claridad es incuestionable.

El inciso 3, dice “La observancia del debido proceso y la tutela procesal”. Aprovecharía en agregarle ‘tutela procesal efectiva’ expresión que se encuentra en el artículo 4., del Código Procesal Constitucional de Diciembre del 2004 y que se ha extendido

en toda la jurisprudencia y doctrina sobre la materia. En una ya antigua jurisprudencia del TC., el supremo intérprete dijo que la tutela procesal que no es efectiva, no es verdadera tutela procesal.

Como lo voy a demostrar, estos principios y derechos de la función jurisdiccional estuvieron pensados y redactados con la mirada puesta en el poder judicial, en la jurisdicción judicial y en el quehacer de este poder del Estado, lo que no debe llamar la atención, pues este Capítulo VIII se denomina PODER JUDICIAL. Por eso y por lo que expondré a continuación, considero que también el nombre del Título debe modificarse, por PODER JUDICIAL Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

El inciso 5, dice: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Para que en este principio se incorpore a las otras dos jurisdicciones, debiera retirarse el vocablo ‘judicial’ y sólo decir: “La motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. Los decretos de mero trámite no precisan motivación”.

565

El inciso 6, dice: “La pluralidad de la instancia”.

En el arbitraje, la norma vigente, Decreto Legislativo 1071, dispone que el procedimiento arbitral se sigue en instancia única, final y definitiva. No está regulada la segunda instancia. No hay recurso de apelación. Por ende, la norma constitucional debiera decir:

“La pluralidad de la instancia, según ley” con lo cual queda claro que la ley especial que no regula la segunda instancia, es decir, la pluralidad, no tiene por qué ni cómo aplicarla, obvio.

Antes de la Constitución Política de 1993, fue con el Decreto Ley 25935 de diciembre de 1992, que se expide la primera norma que regula el arbitraje en nuestro país. Después de haberla ignorado, acá se la reconoce y regula, pero en gobierno de facto y mediante decreto ley. Fue después de tres años a contar de la promulgación de la Constitución

Política de 1993 que mediante la Ley 26572 se deroga el Decreto Ley 25935 y se promulga la Ley General de Arbitraje, en 1996, denominada así por su esfuerzo en incluir en un solo texto al arbitraje nacional y al internacional. En el Anteproyecto de Reforma Constitucional del 2002 se propone al ARBITRAJE como técnica no jurisdiccional de solución de conflictos, en los términos siguientes:

Artículo 232°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.

Se reconocen las técnicas no jurisdiccionales de solución de conflictos e incertidumbres jurídicas, como la conciliación, a negociación y el arbitraje, de conformidad con las leyes sobre la materia.

566

También se reconocen las formas comunales y ancestrales de aplicación del derecho consuetudinario para la solución de conflictos, por parte de las comunidades campesinas y nativas, así como de las rondas campesinas, dentro de su ámbito territorial, en tanto respeten los derechos fundamentales. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Respecto al arbitraje no es bueno decir que es jurisdiccional pero tampoco es bueno decirlo que no lo es. Preferible llamarlo contractual-jurisdiccional. Hacer de ella, una mixtura jurídica, perfectamente posible.

Tuvo que aguardarse doce años, contabilizados desde 1996, para que con motivo de (i) un Acuerdo Comercial con los EE. UU., de Norte América, (ii) un Hábeas Corpus que llegó hasta el Tribunal Constitucional y gracias al pronunciamiento de éste y, (iii) una muy prolija revisión de las leyes sobre la materia de diversos países, tales como España, Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza, Francia y EEUU, amén de Reglamentos Arbitrales de importantes instituciones de nivel internacional, que vía un Decreto Legislativo, el 1071 de Junio del 2008, se dicte y se da paso firme, a la normativa sobre el arbitraje en nuestro país.



Por cierto que, siendo éste un muy importante documento, sugerimos ahora varias modificaciones y ajustes, hasta incluso, para un futuro próximo, una modificación constitucional, que traslade la ubicación del arbitraje de la sede jurisdiccional que actualmente posee al régimen económico, tema ‘libertad contractual’ artículo 62° de la vigente carta Magna.

En suma, tanto se ha trabajado a fin de que se reconozca al arbitraje, al lado de la jurisdicción judicial, en la misma Constitución Política, por primera vez en 1979 y luego en la de 1993, para que ahora, después de cuarenta años, propongamos que ciertamente, se lo mantenga en sede constitucional, pero ya no en la casa jurisdiccional sino en la casa contractual, en el Título III Régimen Económico, como una opción, que tratándose de bienes disponibles<sup>6</sup> según derecho, pueden ser decididos en forma libre por sus titulares, mediante un contrato, ‘Libertad de contratar’, por cierto, en procedimiento arbitral y con laudo final ante eventuales controversias, pero sin las imposiciones y otras restricciones que impone la casa jurisdiccional judicial, tanto en las actuaciones arbitrales como en la expedición del mismo laudo.

567

También se aceptará el Recurso de Anulación de Laudo, pero para que se revisen, sólo, dos cosas: existencia del Convenio Arbitral y ejercicio del Derecho de Defensa. Con éstos dos, se pone en evidencia que no ha habido abuso, que es lo que interesa al ‘derecho’, que es lo que el ‘derecho’ no quiere. Punto. Siempre será posible Amparo contra resolución judicial pero no contra Laudo. El Laudo se ejecutará en sus propios términos y dentro del proceso de Amparo, si se desea una medida cautelar, habrá que presentar una contra cautela, garantía o fianza bancaria solidaria, irrevocable y de ejecución inmediata, que asegure eventuales daños y perjuicios.

En efecto, haber insertado la jurisdicción arbitral al lado de la jurisdicción judicial, qué duda cabe, le daba prestancia al arbitraje, ‘nadie podía avocarse a causas pendientes en ella, debido proceso, tutela procesal, cosa juzgada y un largo etcétera’, pero como ha sido dicho, le imponía

---

6 Exp. N° 06167-2005-HC/TC Fernando Cantuarias Salaverry c/ Ministerio Público.

también las cargas de la motivación pertinente o adecuada, entre otras, que ello, aunque no se debía hacer ni se deseaba, imponía e impone revisar por la sede judicial, el fondo, además de revisar la existencia y validez del convenio arbitral, del derecho de defensa, de las actuaciones arbitrales y otro largo etcétera.

Hasta aquí mi propuesta, en términos muy breves e incompletos, dadas las circunstancias ofertadas.

Tal como lo ofrecí al principio de esta ponencia, a continuación presento una propuesta sobre la NACIONALIDAD. En efecto:

El artículo 52° de la Constitución Política dispone que:

“Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley. Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú”.

568

El artículo 53° sanciona que:

“La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad. La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana”.

Mi propuesta es agregarle dos o tres líneas que apuntan a nuestra hermandad latinoamericana y con la madre patria:

Artículo 53°.-

(...).

El peruano que adopta la nacionalidad de otro país latinoamericano o la española, no pierde la nacionalidad peruana.

# Ensayo a propósito del bicentenario de nuestra independencia

¿Es factible una nueva Constitución Política para el Perú?

✎ RICARDO VELÁSQUEZ RAMÍREZ\*

## 1. A modo de presentación

**E**n el bicentenario de la independencia del Perú, como Estado libre e independiente, es pertinente y necesario mirar aquello que tiene que ver con la expresión formal de toda comunidad política, es decir con la Constitución, ya que en ella se establece los fines de la comunidad, los derechos y deberes de sus miembros, los órganos públicos que estarán a cargo de la conducción del Estado, entre otros. En resumida cuenta es el pacto político donde se establece los acuerdos, los valores, principios y reglas fundamentales sobre el cual se va a conducir el Estado. En consecuencia, no se trata de cualquier documento y de un simple formalismo, sino más bien de aquello que lo da contenido, identidad y consistencia a dicha comunidad.

Lo que salta a la vista en el caso peruano, es el hecho de tener muchas constituciones, pues ello muestra la fragilidad institucional y la poca capacidad para construir un Estado-nación, el poco compromiso de la clase dirigente y de los partidos políticos con los intereses de la

---

\* Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León de México, Director del Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina (CEDDAL), docente de pregrado y posgrado de los cursos de Teoría del Estado, Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Filosofía Política.

colectividad o el grupo humano y la falta de una idea única de lo que se quiere hacer y que ésta tenga la fuerza necesaria de articularnos a todos. Quizá este último sea lo más difícil de construir, sobre todo si tenemos una sociedad que desde sus inicios es fragmentada, con una variedad y diversidad cultural, pero también con exclusiones de determinados grupos sociales. De ahí que esto se vea reflejado en el número excesivo de constituciones, lo cual, a estas alturas del camino, precisamente en el año del bicentenario, no nos debe sorprender.

Nuestra historia, la historia del Estado peruano, es de avances y retrocesos, de marchas y contramarchas, de encuentros y desencuentros, y de no pocas pugnas estériles y banales. En ella la Constitución está presente, por regla general pocas veces entendida y muchas veces utilizada para imponer un orden que ella no necesariamente justifica. De esta manera la mayoría de constituciones proceden de regímenes de facto que con el tiempo se han ido legitimando, sin embargo, por ahora no ha sido posible afirmar una Constitución democrática que logre el consenso nacional, ni mucho menos el respaldo mayoritario. Es un mal que nos acompaña y que en el marco del bicentenario es necesario abordarlo, sin prisa, pero con bastante responsabilidad y sin más postergación.

570

## 2. ¿Será necesario un cambio de Constitución Política del Perú?

Sinceramente no es fácil contestar esta pregunta, ya que ello implica una enorme responsabilidad, pues no se trata de cualquier documento sino del pacto más importante de una nación. Lo ideal es que la Constitución rija para siempre o el mayor tiempo posible en un país o nación determinada. Pero ello dependerá de cada sociedad, de su grado de madurez y de su propia tradición, del grado de cohesión que ha alcanzado la sociedad, del origen de la Constitución y del grado de responsabilidad de su clase dirigente.

En aquellas sociedades donde las autoridades no respetan la Constitución, ésta no es sino una norma semántica y sin eficacia, carente de fuerza imperativa y con severos cuestionamientos a su legitimidad de ejercicio. Constituciones de este tipo tienden a desaparecer y dar paso tarde o temprano a una nueva Constitución.

Lamentablemente la política de un país no siempre se mueve por nobles ideales, suelen existir en ella fuerzas e intereses a los que poco o nada les importa la nación, por lo mismo, buscan desestabilizarla no pocas veces socavando la autoridad de la Constitución. Lo más preocupante es cuando ello proviene de las más altas esferas del poder de turno. Por ello, no siempre la vigencia de una Constitución es un tema de deseo, sino de la dinámica política nacional, del grado de madurez de su clase política, del grado de memoria histórica de su sociedad o nación, así como de los intereses e ideologías en juego.

Un país más que necesitar de un sentimiento constitucional requiere de una conciencia constitucional histórica, de un compromiso con la grandeza de la nación y de una acción inspirada en los fines y valores que encierra la Constitución y los nobles ideales de la nación. Pues no se trata de una defensa a ojos cerrados de algo y de alguien cuando la base moral de una nación se degrada y cuando las instituciones son destruidas por las propias autoridades, cuando la Constitución se convierte en un papel de letra muerta que solo se le invoca cuando el grupo que está en el poder le conviene y se desacata cuando hay que defender los derechos de la ciudadanía.

Tampoco es cierto que por mantener una Constitución se resolverá los problemas de inmediato o en el mediano plazo; pueda que sí, pero es más seguro que no, sobre todo cuanto dicha Constitución no importa a los detentadores del poder. La permanencia o no de una Constitución tiene que ver con su legitimidad de origen y con su legitimidad de ejercicio. De tal forma, que la Constitución debe ser tomada como aquella posibilidad y a la vez oportunidad para cohesionar a la nación, buscando la fórmula de crear conciencia nacional, constitucional y democrática. Si algo hemos aprendido de nuestra historia constitucional es que la mayoría de constituciones tienen un origen espurio, provenientes de dictaduras. Lo lamentable es que los órganos llamados a la defensa de la Constitución y de gestar una conciencia y tradición democrática y constitucional, no hacen sino reforzar todo lo contrario, es decir el darle continuidad y un manto de aparente legitimidad a todo aquello que precisamente es antidemocrático, inconstitucional y antinacional. Lo grave reside cuanto estos órganos públicos se valen de la historia no precisamente para

afirmar los principios democráticos y constitucionales, sino más bien para debilitar estos, incluso para justificar constituciones autocráticas.

El cambio de Constitución no es un simple deseo y propósito de un grupo de aventureros, es el resultado de la salida a una crisis política generalizada y que encuentra en ella una posibilidad de superar tal situación estableciendo un nuevo pacto político, involucrando a toda la sociedad a través de la representación constituyente.

Las constituciones, no por tener instituciones que están presentes en cada una de ellas o mejor dicho no por tener instituciones que se reproducen en cada una de ellas, significa que adquieren eficacia o hay en ellas una conciencia constitucional histórica de parte de sus autores o propulsores. Es necesario, que responda a un espíritu democrático y constitucional, así como a su respeto por las autoridades públicas y por la ciudadanía, pues si ello no ocurre simplemente es una Constitución semántica o un documento carente de eficacia.

572

La vida política, para bien o mal, siempre trascenderá más allá de lo jurídico constitucional, de tal forma, servirá para dar nacimiento una Constitución, para respetarla, para debilitarla o para destruirla. Lo ideal es que no solo sea para dar nacimiento a una Constitución sino también para consolidarla, pero la tradición y los valores de la clase política y de la sociedad, tienen que ver mucho en ello.

La Constitución para que sea democrática, al momento de su formulación y posterior aprobación, por ningún motivo debe ser de una mayoría o de una minoría, pues su esencia reside en responder a la nación entera y a cada uno de sus miembros; pues de ocurrir lo contrario, es una Constitución que tendrá serios problemas de legitimidad de origen. Ella es una de las razones de la falta de permanencia o del corto periodo de vigencia de las constituciones en Perú y en la mayoría de países de Latinoamérica. El imponer una Constitución, ya sea por una mayoría o una minoría, lo único que genera es resentimiento y resistencia de aquellos grupos y sectores que están en contra de la misma.

Es necesario que una Constitución no solo recoja los aspectos fundamentales y relevantes de una sociedad, sino también que todos sus

miembros encuentren en ella los valores, principios y reglas básicas para la convivencia comunitaria o societaria, además de las demandas más sentidas y trascendentes de dicha sociedad. Para garantizar el respeto y eficacia de la Constitución, es importante que sea producto de un acuerdo de consenso nacional en la instancia de representación constituyente, llámase Convención Constituyente, Asamblea Constituyente o Congreso Constituyente, según sea el caso.

Los hechos o acontecimientos políticos constitucionales que se dan en un país no necesariamente tienen impacto inmediato en otro país, así tengan similares o muy parecidos problemas o demandas, pues para que ello ocurra, mucho cuenta la correlación de fuerzas políticas, la predisposición de los grupos que tienen la hegemonía política, la disposición de la ciudadanía de luchar por la causa de una nueva Constitución, la crisis política generalizada, el descrédito o falta de legitimidad de ejercicio de la Constitución vigente y la convicción que con una nueva Constitución podrán redireccionar el rumbo de la sociedad.

573

Tampoco la Constitución es la vara mágica con que disponen las autoridades o las sociedades para que una vez aprobada de inmediato se resuelvan los problemas, pues se necesita disposición y voluntad política de todos, en especial de las autoridades y de nuestra clase política, del mismo modo, se necesita de conciencia ciudadana constitucional, compromiso para respetarla y acciones para protegerla.

La Constitución de 1993, a pesar del cuestionamiento por la forma como se originó o aprobó, parecía que había encontrado una legitimidad temporal de ejercicio, sin embargo, los hechos provenientes de las autoridades de turno, consistentes en desacatar dicha Constitución, la convierte en una norma semántica, por lo que su futuro es incierto. Sin duda, el justificar constituciones de dudoso origen, nos lleva desafortunadamente a ese círculo vicioso de cambiar constituciones cada cierto tiempo. Es que la forma de discutir y aprobar la Constitución es importante, pero también la de identificar y reivindicar los hechos democráticos que se han constituido en hitos históricos, más no aquellos hechos que justifican constituciones autocráticas.

Es comprensible el temor a discutir una nueva Constitución, sobre todo en tiempos donde algunos medios de comunicación se prestan a oscuros intereses y a desinformar a la población. Pero también es legítimo que el pueblo, como titular del poder constituyente originario sea quien lo determine. Sin duda, ello no es en cualquier momento. Ello será cuando la crisis se extienda y llegue a su punto más alto, y cuando no quede otro camino que discutir una nueva Constitución. ¿Cuándo será ese momento? No lo sabemos, puede ser pronto o puede tardar, nada está dicho en política.

Lo que sí es importante establecer, recogiendo la experiencia histórica, que cuando un grupo llega al poder valiéndose de las reglas establecidas en la Constitución vigente, no es pertinente, ni democrático, ni mucho menos recomendable que en cuanto acceda al poder promueva cambiar dicha Constitución, ya que dicho acto es la prueba evidente que busca aprobar una nueva Constitución a su medida y de esta manera perpetuarse en el poder. En esto no hay reglas y principios por las cuales valerse, pero si hay lecciones históricas que te pueden indicar que es lo recomendable. Es preferible que en el marco de un Estado o sociedad que funge de democrática, que dicho cambio de Constitución sea al final del mandato del grupo que está en el poder. Desde luego si se dan las condiciones que los cuales hablamos en párrafos anteriores.

574

### **3. ¿Qué es lo que estaría en juego si llegase el momento de discutir una nueva Constitución?**

En primer lugar, el régimen político, los fines del Estado y la sociedad, la forma de Estado y gobierno, el régimen económico, el sistema jurídico, los derechos y libertades fundamentales, las garantías constitucionales, los órganos de gobierno, la reforma constitucional, etc. Es decir, se trata de acogernos a un sistema de ideas y de Estado, a un régimen político. Por lo mismo, la lucha y disputa será de ideas y de modelos de Estado. Desde luego, hay quienes estaremos defendiendo un régimen democrático constitucional, donde se respete la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales, así como un orden social justo y solidario. Seguramente en la otra orilla estarán quienes propugnen un sistema autocrático o autoritario o totalitario u otro orden de ideas.



#### **4. A modo de conclusión**

A pesar de los momentos difíciles que vive el Perú, no solo por la pandemia del Covid-19, sino por la situación de polarización política y la crisis económica en el cual estamos inmersos; paradójicamente la celebración del bicentenario de nuestra independencia debe ser el motivo para levantar la mirada hacia el futuro con optimismo, pero aprendiendo de nuestro pasado para terminar de construir un Estado-nación que se afirme en valores democráticos, en la unidad y diversidad cultural, en la libertad, en la igualdad, en la solidaridad; en la división, equilibrio y autonomía de poderes y en la supremacía constitucional.

Lo importante es que la discusión sea conducida por la grandeza y prosperidad de la nación y la construcción de un Estado y una sociedad digna y democrática. La tarea y los desafíos están planteados desde la perspectiva del constitucionalismo contemporáneo que propugna un Estado constitucional y democrático de Derecho, de una democracia constitucional y garantista, y de una Constitución democrática y republicana.



#### **Bibliografía**

1. AGUILERA, Rafael (2011). *Constitución y Democracia: Fundamentos Políticos del Estado de Derecho*, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú.
2. BOBBIO, Norberto (1997). *El futuro de la democracia*, Fondo de la Cultura Económica, México.
3. LOEWENSTEIN, Karl (1982). *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona.
4. GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2007). *Constitución y política*, Biblioteca de Derecho Constitucional N° 2, Lima, Perú.
5. PACHECO, Toribio (2015). *Cuestiones constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Lima, Perú.
6. FERRAJOLI, Luigi (2011). *Principia iuris, Teoría de la democracia*, Tomo 2, Editorial Trotta, Madrid, España.



# Aportes del constitucionalismo latinoamericano para la consolidación de una identidad nacional rumbo al Bicentenario de la Independencia del Perú

✎ ROBERTO CABRERA SUÁREZ\*

Celebrar doscientos años de nuestra independencia, además de mirar los caminos tomados, es también una ocasión para la reflexión sobre nuestro futuro, la proyección de nuevos senderos, la afirmación de ideales. Mirar el pasado hace que el presente se entienda, y ciertamente es en dicho aspecto donde aún no hemos logrado comprender la relevancia de nuestros procesos históricos y los aportes que se han ofrecido al constitucionalismo global desde nuestra especial y variopinta experiencia constitucional.

577

## 1. Constitucionalismo latinoamericano

El constitucionalismo latinoamericano, en el que el Perú ha formado parte, ha sido un fenómeno que ocurrió tempranamente, si lo comparamos con el resto del mundo. La mayoría de los documentos fundacionales de las repúblicas independientes ya habían sido publicados hasta 1830. Estas cartas compartían muchas características distintivas que las mantenían fuera de la mayoría de las ideas preexistentes sobre el gobierno y la política. (Valadés, 1978). No habría gobierno hereditario, ni aristocracia de la corte, ni casta sacerdotal, ni control religioso de la esfera secular.

---

\* Maestro en Gestión Pública, Maestrante en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España, Asesor en el Congreso de la República del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de San Martín.

En cambio, todos los funcionarios públicos fueron vistos como titulares temporales de cargos, elegidos y responsables ante los ciudadanos de la República. De acuerdo con la filosofía de la Ilustración, habría una separación de poderes entre el ejecutivo y el legislativo (cuyo mandato sería limitado) con una tercera rama independiente del gobierno, el poder judicial, responsable de arbitrar los conflictos entre ellos. En el mismo espíritu, las autoridades municipales y provinciales se constituyeron de acuerdo con la misma línea republicana, con sus propias reglas procesales, y ámbitos de funcionamiento protegidos judicialmente.

Estos principios eran muy innovadores entonces, aunque ahora se han vuelto familiares y casi universales. Pero, si eran innovadores, no dejaban de tener influencia. Evidentemente, las fuentes directas de inspiración fueron los Estados Unidos de América, la Primera República Francesa y las Cortes de Cádiz de 1812.

A su vez, las bases de estas experiencias se encontraban en la República Romana, la Revolución Inglesa y la Constitución de Córcega, y se basaron en las ideas teóricas de pensadores como Locke, Montesquieu y Rousseau. Así, el constitucionalismo latinoamericano fue innovador, pero también inspirado en el pasado. El subcontinente fue ampliamente visto como un componente periférico de una ola constitucional centrada entre París y Washington.

Sin embargo, debemos tener cuidado si queremos caracterizar la especificidad regional de América Latina. Todo esto puede llevar fácilmente a la idea de que las instituciones políticas del subcontinente son marginales e inauténticas. De hecho, estas evaluaciones negativas del constitucionalismo latinoamericano se han convertido en un lugar común y, a menudo, no solo los observadores “del norte” u occidentales, sino también muchos “locales” las dan por sentado.

Si bien es cierto, muchas de nuestras instituciones políticas funcionaban mal y no eran favorables a la intervención política de la ciudadanía (Dalmau, 2009); ello ha permitido la creación de fórmulas dirigidas a abrir mayores oportunidades y espacios de control y decisión populares. En tal sentido, las últimas constituciones aprobadas en la región incluyen mecanismos de iniciativa popular.

Aunque las constituciones escritas tuvieron lugar en Francia y América del Norte una generación antes de que existieran las repúblicas latinoamericanas, no son los únicos precursores por considerar. Después de todo, durante los tres siglos de colonización europea, los funcionarios locales (virreyes, capitanes generales, etc.) ya estaban sujetos a nombramiento, destitución, revisión legal y supervisión (débil) de una autoridad superior.

Durante el Imperio español, la monarquía distante solo podía gobernar indirectamente, a través de poderes delegados que debían ser definidos, limitados, controlados y que finalmente podrían ser revocados en la Ley de Indias. Las universidades coloniales capacitaron a abogados y administradores en habilidades que luego podrían movilizarse en la redacción de constituciones.

Es más, los inicios del constitucionalismo latinoamericano no fueron meras copias, sino intentos de adecuar principios generales a las realidades locales. (García, 2014) Es cierto que en muchos sentidos estas adaptaciones han resultado inadecuadas, pero esto no debe distraernos de los elementos de creatividad local presentes.

579

Algunos de estos procesos han dado lugar a sistemas centralizados con fuertes poderes ejecutivos, como en Chile; otros han tomado los elementos de la “ley estatal” existente en el federalismo y los han adaptado, como en Colombia; algunos eran fuertemente anticlericalistas, otros más conciliadores con la Iglesia Católica.

Desde el principio, estas cartas no solo se enfrentaron a problemas políticos, sino también sociales. Más que simples préstamos del modelo estadounidense, de una manera bastante mediocre, como consideran muchos autores anglosajones, los autores de estos documentos, deseosos de ir más allá que sus predecesores norteamericanos, a menudo se consideraban vanguardistas. Así, su peculiar rechazo de las leyes de estratificación colonial condujo a la abolición de la esclavitud mucho antes que América del Norte.

Más allá de estos ejemplos, sería útil construir una cuadrícula analítica o una tipología que recorra los aspectos multidimensionales de las

diferencias entre todas las Constituciones latinoamericanas de los dos últimos siglos.

Consideremos esta lista: unitario versus federal, unicameral versus bicameral; superioridad del ejecutivo frente a las prerrogativas del Congreso; sistemas legales unificados contra sistemas legales diferenciados; enmendada fácilmente contra extremadamente rígida; mecanismos abiertos a la democracia contra la representación indirecta como único mecanismo; preponderancia de los derechos civiles y políticos versus énfasis en los derechos sociales.

Es particularmente interesante observar cómo a menudo se ha demostrado que estos criterios son frágiles. La evidencia de convergencia en torno a un modelo de “mejores prácticas” sigue siendo débil. Es bastante fácil prever que cualquier República con una legislatura unicameral, durante su existencia, será llevada al bicameralismo y viceversa.

## **2. ¿Un modelo constitucional exitoso?**

Dentro de la tradición anglosajona, se acepta comúnmente que el mundo de habla inglesa (liderado por los Estados Unidos) ha establecido los estándares para un modelo constitucional exitoso, y que le corresponde al resto del mundo ponerse al día. Según esta visión, algunos países que se resistieron a este principio fundacional (como Alemania, Japón y Rusia) finalmente descubrieron los errores en su camino y cambiaron su enfoque. Otros, como China o Irán, aún no han aprendido la lección.

En este contexto, los casos latinoamericanos aquí analizados aparecen como secundarios y como un lamentable conjunto de desviaciones y oportunidades desperdiciadas. Contribuyen muy poco a la comprensión del constitucionalismo como un aspecto deseable y necesario de la política moderna. Al final, probablemente aprenderán de sus errores, pero no tienen nada que enseñar a las naciones constitucionales más ejemplares y exitosas.

Contra este punto de vista, consideramos que los casos de América Latina son componentes integrales de las experiencias constitucionales, y que han sido injustamente puestos fuera del interés del constitucionalismo

global. Cuestiones centrales como la naturaleza de la representación, el papel de la Iglesia, los métodos de gobierno del pueblo o el alcance de los poderes de emergencia aún no se habían resuelto cuando los latinoamericanos ya habían puesto en práctica estas ideas.

Cuestiones relacionadas con la extensión de la democracia directa, el papel de los mecanismos de participación ciudadana o la revocación de los mandatos, todavía se están explorando. Por tanto, no es de extrañar que América Latina tenga una contribución que hacer al cuerpo universal de conocimientos sobre estos temas, a la vista de estos dos siglos de práctica y estas experiencias constitucionales diferentes. Sobre todo, porque muchos temas que prevalecen en nuestra región también son muy relevantes fuera de ella.

América Latina tiene ejemplos de regímenes constitucionales que comenzaron como empresas partidistas, pero con el tiempo ganaron una amplia legitimidad social. Los casos latinoamericanos no son ni marginales ni una pura excepción regional.

Desde un punto de vista teórico, parece relevante plantear el problema en los siguientes términos: ¿La elaboración constitucional es puramente una cuestión de construcción institucional racional, o requiere necesariamente elementos de socialización y compromisos emocionales para movilizar el imaginario colectivo? ¿Cuál es el lugar que se le debe dar a la identidad política, al discurso moral, a la construcción de la comunidad a través del mito en la legitimación de un orden constitucional?

### **3. Constitucionalismo y democratización**

Es difícil concebir la democratización de un Estado moderno sin darle un cierto marco constitucional. No es obligatorio que el documento esté escrito, incluso si en la práctica está consagrado en una sola carta o en una constelación de tratados, leyes y convenciones. Puede ser muy breve e inespecífica u ofrecer muchos detalles sobre sus planes, asemejándose a más leyes que una constitución clásica. Puede consagrar ciertos derechos fundamentales considerados constitutivos de un orden democrático o reducir las obligaciones y limitaciones requeridas para preservar el Estado y mantener una estructura autoritaria del orden. Puede invocar a Dios o proclamar un orden secular.

Por tanto, podemos deducir que la relación entre orden constitucional y legitimación democrática no es necesariamente homogénea. Algunas características de las constituciones democráticas más admiradas pueden entenderse razonablemente como arreglos hechos para eliminar del ámbito del voto democrático y la responsabilidad pública los procesos clave de la toma de decisiones colectivas.

Nuestro sistema también se ve debilitado por una ineficiencia administrativa crónica y severa que socava la confianza pública en las instituciones gubernamentales formales. Sin embargo, es posible defender la idea de que, ante las generaciones pasadas, en toda la región, los obstáculos al orden constitucional hegemónico han ido disminuyendo. Una nueva generación de funcionarios públicos altamente calificados podría fortalecer gradualmente las numerosas instituciones políticas y mejorar el sistema de justicia.

#### **4. Conclusiones**

582

- a) La principal fuerza que ha impulsado durante mucho tiempo la democratización de las instituciones latinoamericanas es la demanda aún insatisfecha de una gran parte de la población por el respeto real de sus derechos más básicos como ciudadanos y no la influencia de los modelos norteamericanos o franceses.
- b) Con tal diversidad de reclamos sobre derechos que se superponen y que son parcialmente opuestos, las exigencias para la tutela de derechos ya no tienen como objetivo solo el apoyo legal ante los tribunales (un medio de protección que tiene la merecida reputación de decepcionar a la mayoría de los demandantes). Se requieren respuestas más inmediatas y tangibles, a menudo mediante acciones directas.
- c) Incluso declarada, la independencia sigue siendo un proceso por lograr y, después de doscientos años desde aquella famosa declaración, aún nos queda un largo camino por recorrer para ejercerla de manera efectiva.



- d) Ser independientes consiste en ejercer la capacidad de elegir nuestro propio camino, tomar decisiones de autogobierno y participar activamente en la deliberación y debate de propuestas que busquen solucionar los grandes problemas sociales que caracterizan a nuestro país.
- e) Para ello, una nación debe tener un carácter y una identidad propia que se va afirmando a lo largo de su historia. Dicha identidad puede construirse y consolidarse en base a nuestras experiencias constitucionales; donde podemos identificar nuestros matices, necesidades y aspiraciones, propias de la realización histórica de los cimientos que se han plasmado en nuestras cartas políticas. En esta revelación tendremos nuestra verdadera independencia como nación.



## **Bibliografía**

1. Martínez Dalmau, R. (2009). ¿Qué es el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano?’”. *Gaceta Constitucional*, 52.
2. Valadés, D. (1978). *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*. Fernández Segado F (ed) *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, cit., 471 y ss
3. García Belaunde, D. (2014). Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas. *Revista de Derecho Político*, 1(89).



# El modelo constitucional económico peruano y las propuestas para su reactivación

A propósito de las elecciones presidenciales  
en el Bicentenario

✉ SUSANA TÁVARA ESPINOZA\*

**E**sta breve contribución busca hacer una reflexión de lo que trae el bicentenario en cuanto a los modelos económicos imperantes en la Constitución peruana en el transcurso del tiempo; así como hacer una mención y breve análisis de lo que en este 2021 (año electoral) traen como propuestas -en la recta final- los candidatos a la Presidencia de la República.

585

## 1. ¿Cómo llegamos al Bicentenario de la Independencia del Perú?

Muy cerca de 28 de julio 2021, que debería ser una fiesta nacional, motivo de gran orgullo y un momento oportuno de reflexión tras 200 años del primer grito de libertad, la realidad nos golpea al ver que las expectativas ciudadanas no se han cumplido en su mayoría. La aguda crisis sanitaria mundial causada por el COVID-19, la política, la económica e institucional nos hacen ver la dura realidad que nos rodea. El panorama no es el mejor, ciertamente pero estas líneas tienen por objeto que en este duro clima analicemos la coyuntura económica; de la que tanto hemos escuchado en las promesas electorales, centrándonos en los modelos económicos que hemos tenidos en nuestras Constituciones; así como en las propuestas de los dos candidatos que se encuentran en la recta final de esta justa electoral.

---

\* Abogada, Directora Académica del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, ex Secretaria General del TC y Docente.

1.1. La brecha de desigualdad; debemos partir del mayor problema -a mi modo de ver- en materia de nuestra economía, la desigualdad que separa a los peruanos sin lograr el objetivo más importante de nuestra Constitución de 1993, “la dignidad humana como piedra angular de la sociedad y del Estado” (artículo 1 de la Carta Magna). Este es uno de los problemas fundamentales que ha tenido siempre nuestro país, ser todos “peruanos” como país multicultural y plurilingüe. Debe quedar claro, como lo han enfatizado varios constitucionalistas que la economía debe estar al servicio de la Constitución y no lo contrario, las reglas deben estar claramente marcadas por nuestro régimen económico constitucional y auxiliarse de otras ciencias para apoyarse e interpretarse.

1.2. Constituciones de coyuntura; nuestro país se ha caracterizado justamente en que cada gobierno de turno tenga como promesa -algunas veces cumplida y otras no- una Constitución que supuestamente cubra las expectativas de los ciudadanos, cayendo en el populismo y en la improvisación creando falsas expectativas que no dan solución a ningún problema ni antiguo, ni actual. Ello, no ha sido ajeno a la actual coyuntura.

## 2. La Constitución Económica Peruana. Los Modelos en el Tiempo

Según el profesor García Belaunde<sup>1</sup>, “La Constitución Económica vista como norma jurídica suprema será una formal, entendida por la manera como la Constitución escrita recoge, reconoce o regula la realidad. En un inicio la expresión “Constitución Económica” aparece utilizada por economistas como sinónimo de “orden económico”, o “sistema económico”, sin mayores connotaciones jurídicas.

En realidad es con la Constitución de 1979 que podemos hablar de un modelo económico.

---

1 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*. Tomo II, Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L.

## 2.1. Antes de la Constitución de 1993:

Las Constituciones de 1823, 1826, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933 estuvieron principalmente referidas a la libertad de industria y comercio, así como a las facultades del Congreso respecto al presupuesto estatal, a la creación de tributos, al pago de la deuda pública y al sistema monetario. Ninguna de ellas, trató en forma amplia y orgánica el sistema económico que tanto se ha mencionado en la acalorada campaña electoral de 2021.

Es como decíamos con la Constitución de 1979 con la que se inaugura un tratamiento sistemático, coherente, ordenado, orgánico y de cierta forma armónico del sistema económico peruano, dedicando en forma inédita en nuestro país un título especial (Título III) al “Régimen Económico”, el que comprendió ocho capítulos y cincuenta y cuatro artículos.<sup>2</sup>

Yendo un poco más allá, esto es, la exposición de motivos y discusión de esta parte de nuestra Constitución, fue don Ernesto Alayza Grundy, Presidente de la Asamblea Constituyente quién tuvo a cargo el tema del régimen económico y financiero, que fuera debatido y definido un 2 de mayo de 1979, resultando imprescindible -en su modo de ver las cosas- empatizar la parte política y orgánica con la estructura económica de la Carta Política y fue así como se hizo y sostuvo: “el proyecto ha establecido cuatro instituciones... que son las bases generales sobre las que creemos que se debe asentar el régimen y financiero del país. La primera y fundamental, el pluralismo económico; la segunda, la planificación democrática, la tercera, la iniciativa libre dentro de una economía social de mercado, y la cuarta, un enérgico papel promotor del Estado”.

---

2 BLUME FORTINI, Ernesto. “La Constitución económica peruana y el derecho de competencia”, Revista *Themis* PUCP, 1997.

## 2.2. La Constitución de 1993:

Nuestra Carta actual contiene en su título III (artículos 58 al 89) el denominado “Régimen “Económico”, que contiene como modelo rector a la economía social de mercado que se caracteriza, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso, b) Mercado libre lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios y, c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. (Exp. N° 0008-2003-AI, 11/11/03, P, FJ. 13.a). *“Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia no olvidemos que se gesta en una enorme crisis inflacionaria, que no solamente estaba en nuestro país. Había colapsado el modelo de planificación centralizada, la mayoría de los países de centro y sur américa tenían una deuda externa significativa, así como gran intervención estatal en la economía”*.

588

En la STC 008-2003-AI-TC, se definen las características de la Constitución Económica peruana:

- Derecho a la libre iniciativa, el cual consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación.
- Principio de Subsidiariedad, el Estado emerge como garante final ante la ausencia de un particular, cuando el ente privado no está en condiciones de realizarlo.
- El Estado se convierte en un vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite.

- La libertad de contratación; que se garantiza en que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.
- La Constitución vigente establece tentativamente que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, añadiendo que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.

Es decir, en los últimos casi 30 años el Perú ha ido madurando principios que rigen nuestra vida económica, como son:

- a) La Economía Social de Mercado
- b) La Libertad para contratar
- c) La Libre Competencia
- d) Pluralismo Económico
- e) La Igualdad de Tratamiento al capital y los derechos de los consumidores y usuarios.

Sobre el tan mentado Principio de Subsidiariedad podemos decir que surge en el constitucionalismo contemporáneo como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y que tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal. Ahora bien, desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo. Estas serían las ideas más importantes de nuestro régimen económico.

### **3. Propuestas de Modelo Económico de los Candidatos Presidenciales: “El Modelo Económico del Bicentenario”**

3.1. Propuestas de la Sra. Keiko Fujimori (Fuerza Popular): La candidata apuesta por la continuidad del actual modelo económico. Desarrolla la idea de reactivación económica y generación de empleo. En ese sentido, “Rescate 2021, Plan de Rescate y Reconstrucción Nacional” tendrá como motivo principal, recuperar el bienestar de todos los peruanos con el desarrollo de una verdadera economía social de mercado, generando oportunidades de trabajo formal, simplificando procesos para el desarrollo de emprendimientos, promoviendo las asociaciones público privadas y generando confianza para impulsar la inversión sostenible y socialmente responsable en nuestro país. El capítulo económico de nuestra Constitución Política: planteamos iniciar las reformas del sistema previsional y de desempleo, del sistema de salud, del sistema tributario y financiero y de la reforma del sistema de gestión del Estado. Para enfrentar esta dramática situación, nuestro Plan Rescate 2021 plantea abordar el problema en dos etapas:

590

Etapas:  
Etapa 1: Compromisos de Corto Plazo (medidas de emergencia económica)

- a. La reducción significativa de la pobreza y pobreza extrema en el país en el marco de la generación de empleo formal y productivo.
- b. El aumento de las tasas de empleo y del trabajo formal digno, promoviendo un crecimiento 6 del PBI anual, balanceado y sostenible a través del aumento del ingreso per cápita medio generado por el empleo.
- c. Lograr la consolidación fiscal eliminando el gasto superfluo, la reasignación del personal y eficiencia en el gasto público, especialmente en los gobiernos locales y en el proceso de descentralización.



## Etapa 2: Compromisos de Mediano Plazo (Reformas)

**Reforma Tributaria:** Debemos recuperar la política de simplificación de fondo y de forma en la tributación. El Sistema Tributario debe ser pensado en torno a la persona y no en quién lo recauda. Debe buscarse la menor cantidad de tributos, asegurando que los mismos sean transparentes, no arbitrarios y sencillos para todo contribuyente.

Ampliará la base tributaria de contribuyentes, entre otros.

**Reforma del Sistema Financiero:** Impulsar desde el Banco Central de Reserva en cuanto a políticas monetarias no convencionales. A raíz de la pandemia, hemos visto políticas tales como Reactiva y el acuerdo de recompra (Repo) con las Administradoras de Fondos de Pensiones. Sin embargo, estas medidas no han llegado a quienes más lo necesitan, a los sectores populares.

591

**Formalizar la economía peruana;** La formalización de 1 millón de pymes. Para ello buscará realizar cambios tributarios para integrar a las empresas medianas, así como también crear con rango ministerial la Comisión Nacional para la Formalización, que pretende terminar con las trabas para alcanzar un mayor grado de formalidad en la economía.

Desarrollará mecanismos asociativos que permitan emular una economía de gran escala para las mypes. c. Crear la Comisión Nacional para la Formalización (CONAFOR), entidad autónoma con rango ministerial pero solo por el plazo de 3 años. En esta entidad participarán las secretarías generales de ministerios, Indecopi, gobiernos regionales y locales, SUNAT, SUNAFIL, ESSALUD, representantes de la sociedad civil, gremios representantes de la actividad privada y Promypme (entidad a crearse). Desarrollar un programa de apoyo especial a la Mype del sector turismo, restaurantes y afines en

los próximos 3 años con reducción de impuestos, préstamos brindados por COFIDE y capacitación y mejoras de infraestructura. Destrobará los grandes proyectos mineros para reactivar la economía, priorizando el agua para consumo humano, luego para agricultura y en tercer lugar para actividades extractivas.

Para reducir los efectos de la dura cuarentena por la pandemia en la economía, propone ampliar horarios de atención de empresas de servicios, bancos y restaurantes para evitar aglomeraciones; y utilizar espacios abiertos en los negocios. Ante pedidos de cambios a la Carta Magna, promete defender la Constitución de 1993 y su capítulo económico.

- 3.2. Propuestas del Sr. Pedro Castillo (Perú Libre): Plantea desde la izquierda cambios profundos al modelo, los cuales se cristalizan en la propuesta de una nueva Constitución. El plan de gobierno establece la creación de un nuevo régimen económico del Estado al que denominan “Economía Popular Con Mercados”, basándose en lo trabajado en países como **Bolivia y Ecuador**. Con este cambio se propone que el Estado regule el mercado, sea “descentralizado, redistribuidor de riqueza y nacionalizador”.

592

Propone un nuevo pluralismo económico. Al plantear la Economía Popular Con Mercados en contraste a la Economía Social de Mercado, liberamos al Estado para que pueda crear empresa y competir equitativamente con el empresariado privado.

Promueve la Nueva libre competencia.

El plan de Castillo plantea luchar contra el centralismo económico modificando el presupuesto. Se llevaría a cabo una descentralización tributaria, pues sostiene que actualmente el “gobierno central recauda el 98% de los impuestos fiscales, los municipios el 2% y los gobiernos regionales 0%”.

Se indica que se establecería un cambio con el cual los gobiernos subnacionales tendrían la facultad de grabar y recaudar tributos, de los cuales podrían administrar hasta el 70%. El 30% se transferiría al gobierno central.

Nueva libertad de contratar: El Estado puede contratar, pero sin privilegios ni inmunidades legislativas, jurídicas ni tributarias, como lo prevé la actual CPP. Deben revisarse todos los contratos-ley. Plantean invertir la proporción del reparto de utilidades, 20% a favor de la transnacional y 80% a favor del Estado. Ecuador y Bolivia demostraron, bajo gobiernos de izquierda que esto es posible y viable.

Impuestos a todas las empresas sin excepción.

La estatización o nacionalización de los principales yacimientos mineros, gasíferos, petroleros y centros energéticos, es lo que garantizará dar uso a nuestros recursos con la soberanía del caso: Estatización de sectores estratégicos. En algunos casos solamente debe recurrirse a la nacionalización y no la estatización, indemnizando al privado lo invertido y administrando el total de las utilidades generadas, industrializando el país, generando empleo, fortaleciendo los sectores estratégicos (educación, salud, agricultura, defensa, etc.), y sosteniendo los programas sociales.

Revisarán los tratados de libre comercio (TLC) y otros convenios internacionales. El partido argumenta que “los TLC son los que han liquidado la empresa nacional, aplicando dumping, es decir, vendiendo un objeto por debajo del costo de producción, con la finalidad de liquidar a las empresas nacionales que compiten en el mercado y lograr la exclusividad”. Las revisiones de estos tratados concluirían en su reafirmación, regulación o anulación.

El gas de Camisea como pan de la educación. El verdadero impuesto anual entre canon gasífero, regalías e impuesto a la

renta que debe cobrarse por la explotación del gas de Camisea asciende a un monto de 23 mil millones de dólares. Así el gas de Camisea se convertiría en el pan de la educación peruana.

Descentralización fiscal y tributaria Actualmente el gobierno central recauda el 98% de los impuestos fiscales, los municipios el 2% y los gobiernos regionales 0%. En los estados federados cambiaría drásticamente esta realidad, los gobiernos subnacionales tendrían la facultad de grabar y recaudar tributos, de los cuales podrían administrar hasta el 70% del mismo (40% regional y 30% municipal) y el 30% de la recaudación debe transferirse al gobierno central para las políticas rectoras y de control del Estado. Por último, ofrece la apertura de las cajas o financieras regionales.

#### **4. Ideas Finales**

594

- 4.1. Otros países hermanos como México, Colombia, Venezuela, Argentina ya han tenido la oportunidad de conmemorar y celebrar su Bicentenario permitiendo que las personas tengan siempre presente la libertad e independencia y calar ese sentimiento ciudadano. Lamentablemente la coyuntura en todos sus niveles no nos permite tener las condiciones necesarias para que este Bicentenario sea como se había planificado hace algún tiempo. Me voy a centrar en el análisis de la reforma de nuestra Constitución Económica.
- 4.2. Sobre el “Modelo Económico del Bicentenario”, podríamos decir que hemos tenido dos épocas -marcadas por la democracia- la Constitución de 1979, con mayor intervención del Estado y la del 1993 con un Estado vigilante y menos intervencionista (economía social de mercado). Ninguno de estos modelos ha sido perfecto, claro está, pero han servido, cada uno en su momento para que nuestro país crezca y se consolide en los mercados internacionales.

- 4.3. En cuanto a las propuestas de los candidatos presidenciales en esta última recta de las elecciones presidenciales, son totalmente opuestas, por un lado, y sin marcar sesgos políticos, tenemos un modelo que refuerza el fallido proceso de descentralización, una verdadera reforma tributaria, en base a las personas y ampliando la base de contribuyentes, la reforma del sistema de las AFP, entre otros (Fuerza Popular). De otro lado, tenemos todo lo contrario con la agrupación Perú Libre que plantea “La Economía Popular con Mercados”, que no es otra cosa que la copia fiel de los modelos económicos bastante menos acertados que los que hemos tenido, de los países de Bolivia y Ecuador, que plantean: Un Estado Empresario, Descentralización Tributaria perjudicial al empresario, retroceso en los Tratados de Libre Comercio y la Estatización Minera, entre otras propuestas.
- 4.4. Entonces, es el ciudadano el que decidirá finalmente cual será “El Modelo Económico del Bicentenario”, me permito indicar que no podemos permitirnos un retroceso tan brusco en una materia tan transcendental como la económica, tampoco caer en pánico, pero me atrevo a establecer que la constitución económica en nuestro país ha ido en una progresión positiva desde 1979 a la fecha y, que, ello, ha costado mucho al Perú.



# El derecho a la igualdad rumbo al bicentenario

✉ TULA BENITES VÁSQUEZ\*

## 1. Introducción

Las actuales circunstancias, reales, palpables, decididamente retardoras que afectan al Mundo entero y en particular al Perú, especialmente con la denominada pandemia Covid 19, actualizan temas tan gravitantes como son la igualdad y la justicia. Por ello esta inquietud.

El objeto de este trabajo incide en el contenido de la igualdad y el análisis de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional del Perú en el Bicentenario de la Independencia nacional.

597

La dimensión de la igualdad como principio fue consagrado en el Preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos. “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 elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”, en tanto su artículo primero establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, manifestaciones éstas a su vez recogidas en el medular Preámbulo de la Constitución promulgada el 19 de julio de 1979 y también en el artículo 2.2 de la vigente Carta.

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego. Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo.

Es importante anotar que estas ideas expuestas, hace más de setenta años, asocian a la igualdad y la justicia.

El Tribunal Constitucional peruano califica a la igualdad como “principio- derecho” materia de defensa en la normativa constitucional de todos los Estados reconociendo su trascendencia y doble alcance como derecho fundamental y como derecho básico, a nivel de los instrumentos internacionales reguladores.

Se conceptúa, por otra parte, que la justicia es igualdad. Igualdad entre iguales. Ambos conceptos ligados estrechamente a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad, el respeto al ordenamiento jurídico, el respeto a nuestros semejantes, en suma, la sujeción al orden social vigente.

Y esas concepciones, plasmadas en nuestra Constitución, ubican a ésta en un papel protagónico; es decir, le otorga papel principal en todos los ámbitos del quehacer cotidiano.

598

Pero no solo eso. La realidad actualísima, esa que confrontamos los peruanos y, en general, los habitantes de todo el Planeta devastado por la letal plaga, sean desarrollados o no, científica y tecnológicamente en vertiginosa avanzada económica, científica, económico-financiera; y, de otro lado, gobernantes y gobernados de países pobres, esto es, desprovistos de recursos nos preguntamos si bastan las declaraciones de igualdad, fraternidad, justicia social, preservación maciza del ordenamiento jurídico para alcanzar la realización del Derecho y sus principales sustentos como son las ideas de igualdad, libertad, justicia, paz social, entre otros.

El año 2021 es todo un hito histórico. Conmemoramos el Bicentenario de nuestra Independencia actualizando y valorizando, por ello, de modo excepcional los fundamentales derechos de igualdad y justicia.

Desde el primer texto constitucional de 1823 hasta la actualidad nuestra vida económica, política, social y cultural se encuentra regida por constituciones sustentadas, en valores superiores, asignándole vital importancia al derecho a la igualdad conjuntamente con el derecho a la libertad, justicia y pluralismo político.



La Carta de 1979 en su artículo 2 inc. 2 dispuso: Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.

La vigente Constitución Política de 1993 en su artículo 2 inc. 2. estableció: Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

## **2. Alcances generales sobre los valores superiores**

Efectivamente, la Constitución determina un orden de valores democráticos, como son la igualdad, libertad, justicia y pluralismo político de naturaleza superior, sin determinar orden jerárquico entre ellos, pese a su aparente contradicción (libertad frente a igualdad). Es importante, entonces analizar estos valores como derechos-principios dentro del marco de la Constitución Política del Perú de 1993.

599

Los valores constitucionales son los principios políticos que establecen relaciones de preferencia con contenido ético del Estado constitucional pues son la causa y efecto de su institucionalidad jurídica.

Al respecto, afirma García (2003, p.191) “la valoración implica una actitud crítica frente a un objeto o una conducta, lo que trae como resultado la asignación de una calificación positiva o negativa. Los valores constitucionales son “algo” que la comunidad siente y estima que deberían tener las situaciones o las conductas; en sí mismos las trascienden y en ese aspecto se les hace portadores de valencia. Mediante la intervención del espíritu humano (inteligencia y voluntad) se les otorga existencia y se transforman en un bien”.

Sostiene García (1995), citado por García (2003, pp. 191-192), que las características básicas de los valores constitucionales son cuatro: a) Plantean la enumeración de postulados políticos generales, informantes, orientadores y críticos; b) Conducen a la consecución de fines o metas políticas predeterminadas; e) Presentan un carácter vinculante, eficaz y

expresivo, de contenido material, para la praxis político-jurídica; d) Plantean una vocación de complementariedad y coordinación. Los valores constitucionales tienen igual jerarquía entre sí”.

### **3. Valor derecho a la igualdad de la Constitución Política de 1993 según la doctrina y el Tribunal Constitucional**

El valor igualdad es concebido como derecho fundamental en el artículo 2º de la Constitución Política de 1993. Comenta Huerta (2005) que este artículo alude únicamente a dos aspectos relacionados con el derecho a la igualdad: el derecho a la igualdad ante la ley; y la prohibición de discriminación, omitiendo el derecho a la igualdad en la ley y la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una igualdad material, a favor de las personas en estado de desigualdad.

La doctrina y el Tribunal Constitucional se ha encargado de superar estas falencias. En línea de principio, en la STC 02974-2010-PA/TC, fundamento 5 del Tribunal Constitucional postula: “En coincidencia con Álvarez apuntamos “que contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se está frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación”.

600

Particularmente Hernández (1994), destaca que el derecho a la igualdad tiene dos ámbitos: el primero, igualdad ante la ley significa que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; el segundo, la igualdad en la ley significa que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Acertadamente Álvarez (2003) asevera que el valor igualdad es también concebido como un principio rector de la organización del Estado Constitucional de Derecho y de la actuación de los poderes públicos, toda vez que no toda desigualdad es una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano refiriéndose al valor derecho de igualdad ha establecido las siguientes líneas jurisprudenciales:

1. La doble condición de la igualdad, la igualdad consagrada constitucionalmente detenta la doble condición de principio y derecho (FJ 20) STC 0045-2004-AI/TC.
2. La dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que no realice diferencias injustificadas, pero también, a los demás órganos del Estado para que no apliquen la ley de forma desigual a supuestos semejantes (FJ 10) STC 0606-2004-AA/TC.
3. La dimensión material, aparte de la obligación de abstención por parte del Estado de realizar actos discriminatorios, existe una obligación positiva para equiparar situaciones desiguales (FJ 11) STC 0606-2004-AA/TC.
4. La igualdad ante la ley, la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma (FJ 59) STC 0048-2004-PI/TC.
5. La igualdad en la ley, se realiza cuando un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales (FJ 61) 0048-2004-PI/TC.
6. La diferenciación de la igualdad esta constitucionalmente admitida pues no todo trato desigual es discriminatorio. Se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables (FJ 62) STC 0048-2004-PI/TC.
7. La discriminación positiva se concretiza cuando el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos, o en general tratamientos más favorables. La finalidad de esta acción no es otra cosa que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente con la finalidad de que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran (FJ 63) STC 0048-2004-PI/TC.

#### 4. Conclusiones

- a) El principio de igualdad y el derecho a la justicia deben conciliarse cada vez con más profundidad a la realidad que vivimos
- b) El Tribunal Constitucional del Perú efectúa importante logro al establecer líneas jurisprudenciales que permiten esclarecer la eficacia de este valor- derecho evitando situaciones de discriminación.
- c) El contenido y alcance del valor superior de igualdad como derecho en la Constitución Política de 1993 se refiere a la igualdad ante la ley, debería incluir la igualdad en la ley
- d) Se observa que la doctrina constitucional en esta materia es coherente y se encuentra dentro de los parámetros del Estado Constitucional
- e) Ediciones de esta naturaleza deben preceder con mayor intensidad en vísperas del Bicentenario de la Patria para promover conciencia nacional.



#### Bibliografía

1. Álvarez, E. (2003), *Curso de derecho constitucional. Vol I*. Tecnos, 4<sup>o</sup> edición.
2. Díaz, F. (1997). *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
3. García, V. (2003). “Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional”. *Derecho y Sociedad* . N° 21. Pontificia Universidad Católica del Perú.  
[file:///C:/Users/toshiba/Downloads/Dialnet-ValoresPrincipiosFinesEInterpretacionConstitucional-7792886%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/toshiba/Downloads/Dialnet-ValoresPrincipiosFinesEInterpretacionConstitucional-7792886%20(1).pdf)
4. García, E, (1995). *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.

5. Hernández, M. (1994). “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre.
6. Huerta, L. (2005). “El derecho a la igualdad”. *Pensamiento Constitucional* Año XI N. 11. Pontificia Universidad Católica del Perú.



# Ciudadanía virtuosa

## Un reto pendiente y necesario en el Estado Constitucional peruano

✍ VANESSA TASSARA ZEVALLOS\*

La celebración del bicentenario de nuestra independencia nos obliga a hacer una pausa para analizar cuál ha sido el desenvolvimiento institucional de nuestra comunidad política, así como también para realizar una autoevaluación de nuestro comportamiento ciudadano como integrantes de esa sociedad democrática que nos propusimos construir desde nuestro momento fundacional y en cuya consolidación seguimos trabajando hasta la actualidad.

605

Dicho análisis exige revisar el fundamento filosófico que subyace al significado del Estado constitucional y, en particular, al constitucionalismo peruano. Fundamento que, en nuestra opinión, es de naturaleza liberal, aunque comparte algunos de los objetivos perseguidos por el republicanismo, principalmente, aquel vinculado a la idea del bien común.

En efecto, uno de los propósitos del constitucionalismo peruano es justamente alcanzar el bien común. Y para la materialización de este gran objetivo constitucional no resulta suficiente configurarlo como una norma rectora del sistema jurídico o considerarlo como una pauta orientadora en el diseño de políticas públicas, es decir, no basta con las medidas

---

\* Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional y Doctoranda en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora en la Carrera de Derecho de la Universidad Esan. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

públicas que desde el Estado se establezcan bajo dicho norte; sino que, además, se requiere de un comportamiento virtuoso de parte de los ciudadanos y de un fuerte compromiso cívico para alcanzarlo.

Somos de la idea que debido a la predominante influencia liberal en el constitucionalismo moderno es que no se ha puesto énfasis en la importancia de cultivar virtudes. Para que las democracias constitucionales funcionen correctamente, además de las leyes y de las instituciones, se requiere de ciudadanos activos, participativos, comprometidos con lo social y que posean virtudes cívicas. Así lo viene demostrando la realidad democrática. En nuestra comunidad política, por ejemplo, basta retroceder treinta años en el tiempo y observar todo lo acontecido (vgr. ex presidentes procesados penalmente –incluso, uno de ellos ya condenado– por corrupción y otros delitos, la declaración de dos vacancias presidenciales por incapacidad moral, financiamientos partidarios con fondos de proveniencia ilícita, fragmentación parlamentaria entre otras razones por la ausencia de partidos políticos sólidos, una fracción importante de la clase política orientada a representar solo intereses económicos, apatía política por parte de la ciudadanía, entre otros hechos) para poder afirmar sin ningún temor a equivocarnos que el comportamiento ciudadano de los peruanos (o de un número considerable de peruanos que incluye sin duda a quienes han ejercido cargos públicos) no está identificado ni con la idea de bienestar común (la pandemia que actualmente vivimos, por ejemplo, ha hecho evidente la existencia de una fuerte indiferencia con la desgracia ajena), ni con la consolidación del Estado peruano como uno democrático y constitucional, sino exclusivamente con sus intereses personales (que en la mayoría de veces son de tipo económico).

606

Por ello, en las líneas que siguen intentaremos explicar porqué la formación de una ciudadanía virtuosa es un reto pendiente y necesario en la agenda del Estado constitucional peruano.

\*\*\*

El liberalismo como filosofía política básicamente postula la idea de que los seres humanos son personas racionales que poseen derechos individuales inviolables y que en virtud de su autonomía diseñan su propio



plan de vida; que las relaciones de poder se estructuran sobre la base del principio de separación de poderes y que el gobierno es elegido libremente por el pueblo; que tanto el Estado, así como los ciudadanos, están obligados al cumplimiento de reglas jurídicas; y que el elemento determinante para el progreso de la sociedad, es el ejercicio de la igual libertad.

De otro lado, como se sabe, la aparición del Estado legal de Derecho se justificó en la necesidad de erradicar el ejercicio arbitrario del poder y garantizar las libertades individuales de las personas. Esto exigió la aprobación de textos constitucionales que además de reconocer derechos diseñaran políticamente la estructura estatal conforme al principio de separación de poderes, así como la participación de los ciudadanos en la designación de autoridades y adopción de decisiones fundamentales para la sociedad conforme al principio democrático. Siendo estos dos hechos los que han contribuido en la configuración de dicho Estado legal de Derecho y los que le han dado legitimidad.

Contrastados, entonces, los rasgos que definen a la filosofía liberal con el significado del Estado legal de Derecho, no hay duda, pues, de su influencia en la configuración de dicho modelo estatal.

607

Pero el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho ha supuesto desde una perspectiva política la adopción de una idea de justicia social, y, en ese sentido, protege ya no solo la igualdad formal propia del liberalismo clásico, sino además la igualdad material, valiéndose para este efecto de la promoción de acciones afirmativas; asimismo, busca garantizar a las personas la satisfacción de sus derechos sociales y también diseña políticas públicas inclusivas en beneficio de las minorías existentes. Es decir, se manifiesta como un Estado no solo más sensible, sino también más consciente de la diferencia y de la pluralidad.

En tanto que el liberalismo clásico con el transcurso del tiempo también ha recogido nuevos enfoques. Así, por ejemplo, con el propósito de ampliar la igual libertad ha adoptado la exigencia de garantía de los derechos sociales básicos (liberalismo igualitario); consciente de que la pluralidad es una característica que hoy define a las sociedades, ha dejado atrás su concepción de sociedad homogénea; y, no obstante su promoción del

consenso frente al desacuerdo, sin haber descartado su utilidad instrumental, hoy el liberalismo también se decanta por una mayor participación de los ciudadanos en la discusión pública y en la adopción de decisiones, promoviendo en esta lógica a la argumentación razonada y a la deliberación como las herramientas que hacen posible la construcción de acuerdos.

Por tanto, si se toma en cuenta esta renovada propuesta del pensamiento liberal y, por otro lado, se considera de qué va la acción política del Estado constitucional, no es posible rechazar la tesis de que la influencia liberal también alcanza a la dimensión política del modelo de Estado Constitucional.

El republicanismo, por su parte, alude a esa filosofía política que pone énfasis en la idea de bien común y que promueve la importancia de la existencia de ciudadanos virtuosos comprometidos con la comunidad política. Conforme a esta corriente de pensamiento, el funcionamiento correcto de una sociedad no solo está garantizado con la adopción de la libertad como el valor básico y de la democracia como forma de gobierno, tal como lo considera el liberalismo; sino que, además, es necesaria una ética de la virtud.

Para el republicanismo, ni la institucionalidad, ni un complejo normativo según el cual se articule el comportamiento social, hará de las personas ciudadanos virtuosos. Para que esto se produzca, considera que es necesario un sentido de identificación con unos valores éticos básicos (una moral mínima compartida por todos), así como también con las leyes y las instituciones que los gobiernan. La sola adhesión formal a los principios recogidos por la Constitución –como siempre lo ha creído el liberalismo y en gran medida lo asume también así el Estado constitucional–, no asegura que las personas se comporten como ciudadanos en la vida pública. Las democracias liberales por sí mismas no son productoras de ciudadanos virtuosos.

Por ello, el republicanismo insiste en la necesidad de que las sociedades estén integradas por personas virtuosas, por personas *realmente humanas*. Más aún, porque si la libertad individual es el valor básico para la época contemporánea, serán las virtudes las que pueden condicionar el ejercicio

responsable de nuestra libertad. Para el republicanismo un buen ciudadano es aquel que tiene consciencia de su libertad, es decir, ese individuo que concibe a la libertad no solo como la facultad que le permite disfrutar sino también para contribuir en mejorar la vida colectiva en la que se desenvuelve. Bajo esta lógica, entonces, los ciudadanos libres serán aquellas personas con la disposición a servir no solo sus intereses privados sino también a los intereses comunes. Y es esa ciudadanía que se responsabiliza por los demás la que garantiza el funcionamiento democrático de la sociedad.

Ahora bien, sostener que la filosofía liberal se constituye en el principal fundamento material del Estado constitucional, no impide sostener que la filosofía republicana también podría serlo. Si bien es cierto, la naturaleza republicana de la idea de bien común adoptada por los Estados constitucionales podría ser considerada como contraria a la promoción y garantía proferida a la autonomía personal por dichos estados; también es cierto que no existen argumentos razonables como para afirmar la existencia de incoherencia entre, por un lado, el hecho de perseguir el bien común como objetivo estatal, y, por otro lado, defender la autonomía.

609

Es cierto que en un Estado Constitucional se procura adoptar distintas medidas públicas para que las personas en ejercicio de su autonomía alcancen su bienestar personal. Pero, el bienestar personal, agregativamente, hace el bienestar general. Y nada puede impedir este hecho. Es más, el Estado constitucional se abstiene de hacer algo para evitarlo. Asimismo, el Estado constitucional –que ha adoptado un liberalismo igualitario– procura eliminar las desigualdades naturales (impuestas por la lotería de la vida) con el propósito de que todas las personas puedan ejercer igualmente sus libertades y tengan una vida acorde a su dignidad. Y este objetivo estatal de garantizar que todas las personas integrantes de la sociedad sean plenamente autónomas, no le impide al Estado constitucional perseguir el bien común ni involucrar en este objetivo a los propios ciudadanos.

En un Estado Constitucional, como sabemos, también rige el principio de solidaridad. Lo que supone asumir que el correcto funcionamiento de la sociedad no solo es responsabilidad de las instituciones, sino también depende de los ciudadanos. Estos no solo son sujetos pasivos titulares de derechos cuya garantía es tarea exclusiva del Estado. Los

ciudadanos también son responsables de la convivencia constitucional y de que sus conciudadanos puedan ejercer los mismos derechos. De ahí que cuando las personas ejercen un rol político, ya sea a través de su voto en las elecciones o como partícipes de discusiones público institucionales, les asiste el deber de civilidad. Sin embargo, el Estado constitucional persiste en el mismo error del liberalismo de no promover de manera decidida el cultivo de las virtudes cívicas. Aquí, pues, está uno de sus retos pendientes y de prioritaria atención en pro del anhelado bien común que también pretende alcanzar.

\*\*\*

Los primeros contenidos de la Constitución histórica del Perú los encontramos en el decreto denominado Bases de la Constitución de 1822, elaborado por la Comisión del Congreso Constituyente instalado el 20 de setiembre de ese mismo año y publicado el 17 de diciembre por la Suprema Junta Gubernativa del Perú. En este importante decreto no solo quedaron establecidos los principios en torno a los cuales se concretaría la aprobación de lo que fue la primigenia Constitución Política de la República Peruana de 1823, sino también de nuestros futuros textos constitucionales, y conforme a los cuales se articularían y ordenarían también las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Así, quedó establecido que la soberanía reside en el pueblo (artículo 2), que la forma de gobierno es republicana (artículo 4) y representativa (artículo 7), que el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar privilegiado en el Estado (artículo 9) y que el ejercicio del poder se organiza conforme al principio de separación de las funciones estatales (artículo 10) [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 0014-2002-AI, fundamento 37].

610

Estos principios que constituyen el fundamento material del constitucionalismo peruano, tal como se puede advertir de su contenido, encuentran justificación en la ideología liberal propia del siglo XVIII; la misma que ha influenciado nuestro devenir constitucional.

Sin embargo, de una revisión integral del citado decreto de 1822 y del análisis de otras normas de nuestra Constitución histórica que hacen referencia a la persecución del bienestar general, al comportamiento

cívico de los ciudadanos y a la lealtad constitucional; es posible afirmar que el republicanismo también aportó sustento axiológico al constitucionalismo histórico del Perú.

De ahí que la regulación del artículo 16, inciso 1 de las Bases de la Constitución de 1822, que estableció como una de las atribuciones del Senado central velar “sobre la observancia de la Constitución y de las leyes”, así como velar “sobre la conducta de los magistrados y ciudadanos”, no encontraría justificación si es que las ideas republicanas no habrían estado presentes en el pensamiento de los constituyentes peruanos de la época.

Como puede inferirse, entonces, desde el origen de nuestra vida independiente siempre ha formado parte del ideario colectivo la importancia del compromiso cívico, no solo de parte de los propios ciudadanos, sino especialmente en el caso de las autoridades públicas; así como también la necesidad de que nuestros representantes sean ciudadanos que ejerzan sus funciones con absoluta fidelidad a la Constitución y desplegando esa práctica de virtudes que los cargos públicos propiamente exigen.

611

Sin embargo, cuando observamos lo que realmente viene escribiendo nuestra historia de vida republicana, ya sea a través de los representantes elegidos, de los funcionarios públicos y también de los ciudadanos, nos encontramos con un accionar teñido de corrupción, con una falta de identidad ciudadana por lo público y, en particular, con un desinterés general por el bien común.

Para nosotros la principal explicación de nuestra penosa realidad está en la ausencia de una educación en valores y en el hecho de no cultivar virtudes públicas. Lo que vive hoy nuestra República es consecuencia de un *dejar hacer* y de la ausencia de un *ejercicio necesario pero razonable autoridad*, pero, sobre todo, de haber colocado a un lado ese imperativo según el cual las personas deben ser formadas en una moral mínima que se encuentre identificada con el sentido de justicia y con el respeto mutuo.

¿Qué hacer entonces? ¿Cómo hacer de los peruanos personas virtuosas y responsables?

Las virtudes son aquellos valores que cada persona hace suyos con el objeto de orientar su vida éticamente. De ahí que estén referidas a esos rasgos que definen la personalidad moral. Ninguna persona nace siendo virtuosa. Las virtudes se adquieren con la educación, pero, sobre todo, con la práctica y el ejemplo. Si bien es cierto adquirir virtudes es una tarea individual, también es cierto que el Estado puede y *debe* contribuir en la formación ética de las personas; más aún, porque las virtudes ejercen una función pública, es decir, contribuyen a la mejor convivencia social. Por tanto, es un reto pendiente, tanto personal como estatal, el coadyuvar a la formación de una ciudadanía virtuosa y, así, como integrantes del Estado peruano que somos, empezar a reescribir una mejor historia republicana ahora que estamos *ad portas* del bicentenario.

## La Constitución, el Poder Constituyente y el sentimiento constitucional en el Perú

✎ VÍCTOR GARCÍA TOMA\*

**E**l texto fundamental de un Estado es, en puridad, un instrumento que corresponde a su propia organización, mediante el cual se expresan fundamentalmente las relaciones de poder de una sociedad en un tiempo determinado, valiéndose para ello de la formalización jurídica que todo acto de derecho contiene.

La Constitución deviene en el formato legal en donde aparecen los aspectos centrales de la vida ciudadana, tales como los derechos y garantías personales, la participación en los asuntos políticos y en el goce de la riqueza nacional, la ordenación del funcionamiento del aparato estatal, el concierto de las relaciones socioeconómicas, etc. En esta perspectiva, la carta básica tiene como sello particular el ser mandato jurídico, formal e imperativo y, por consiguiente, inherente a las funciones tuitivas y coactivas del Estado. Más, sin embargo, de manera paralela y revestida por lo jurídico, ella expresa una naturaleza política entre los distintos sectores sociales.

Ello obliga al legislador constituyente a correlacionar el texto fundamental con una realidad concreta; a determinar de manera clara las aspiraciones sociales y las responsabilidades específicas de los ciudadanos en la forja del bien común.

---

\* Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Una Constitución necesita recoger los recados emanados de la historia, lo privativo y natural del quehacer social, a efectos de establecer un connubio sólido, estable e integrado. Cabe agregar la necesidad de que sea dictada por consenso, a fin de preservar normativamente todos los intereses generales de las distintas capas del pueblo.

En nuestro caso particular, bajo el síndrome del “complejo de Penélope”, los peruanos a lo largo de casi dos siglos de vida republicana hemos vivido haciendo y deshaciendo constituciones. El germinar promedio de un texto entre diez y quince años, nos muestra que ellos no provinieron ni del mandato de la historia ni de las exigencias de una realidad puntual y precisa, ni mucho menos fueron corolario del consenso social.

Este acreditado exceso constitucionalista es fruto, a la postre, de un evidente defecto de apreciación de la realidad que llevó a gobernantes y políticos, a cambiar tantas veces lo que por su *carácter de fundamental* exige, de por sí, estabilidad; o lo que es peor utilizándolo como coartada para consolidar una acción facciosa.

614

Las dogmáticas preocupaciones de facción, las situaciones políticas transitorias consideradas como definitivas y, sobre todo, la ingenua deformación mental que encarga a la Constitución la “creación de la realidad”, llevaron al país a tantos –y en gran parte inútiles– esfuerzos constituyentes.

Así, la práctica constitucional muestra el conflicto entre la “Constitución formal” y la “Constitución real”. Ello obligó a nuestros doctrinarios a descubrir sus ambigüedades y silencios. Aplicadas parcialmente, o simplemente no aplicadas, nuestras constituciones terminaron negadas por la praxis diaria de los gobernantes de turno.

En simbólica conflagración frontal unas veces, o en guerra fría en otras, los hechos y los textos son, en la historia republicana del Perú, como la tesis y la antítesis de una lógica exorcizante. La realidad ha ido perfilando períodos ensombrecidos, convulsiones anárquicas, tumultos, motines y hasta despreciables autocracias pretorianas. A cambio de ello, nuestros documentos constitucionales nos dejaron utopías vehementes y fervores



obcecados, amén de los antiguos anhelos de libertad y bienestar ciudadano, del respeto franco a la ley y del decoro en la conducta pública [Enrique Chirinos Soto. *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima: Andina, 1980].

Lo expuesto revela que el divorcio prematuro entre el país legal y el país real y profundo, gestado a los pocos días de dictada nuestra primera carta republicana, nos ha perseguido como una sombra cada vez que nos hemos encaminado a la dación de otro texto fundamental.

Como bien afirmara Víctor Andrés Belaunde [Citado por José Pareja Paz Soldán. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1981]:

*“En la historia del Perú, el alma nacional dormita sin querer nada o despierta para orientarse en el sentido de lo irrealizable o lo equivocado, siendo nuestra vida una triste sucesión de antagonismos”.*

Por ello, aparecen la hipocresía legislativa o el alegre deporte del trasplante y la copia de instituciones jurídicas extrañas a nuestra identidad y modo de ser.

615

Como bien expresara un estudioso de nuestra literatura:

*“En el Perú nuestra producción escrita no es más que ecos de ecos y reflejos de reflejos”.*

En resumen, nuestras cartas políticas solo fueron catecismos llenos de dogmas republicanos y listines de promesas, pero sin creyentes ni adeptos convencidos. Toribio Pacheco [Citado por José Pareja Paz Soldán. ob. cit.], en sus certeras *Cuestiones constitucionales*, al respecto consignó:

*“Forjamos una Constitución y no nos volvemos a acordar de ella; proclamamos los derechos y garantías que todo hombre debe gozar en una sociedad medianamente autorizada, y no los respetamos en los otros, ni exigimos que ellos los respeten en nuestra propia persona; establecemos autoridades y tampoco las respetamos; nos burlamos de ellas, las desacreditamos y las derogamos el día que se nos antoja”.*

Nuestro siempre trunco, incompleto e incumplido pacto social y, por consiguiente, el “exceso constitucionalista” derivado de aquello, es el fruto de un evidente defecto de la apreciación de la realidad, de una falta de constancia y de un permanente prurito innovador que ha llevado a la postre, a modificar permanentemente aquello que por su carácter de fundamental exige, de por sí estabilidad. Nuestra historia es la prueba indubitable que no es posible la gobernabilidad sin estabilidad política ni vigencia cabal de las instituciones constitucionales.

A contracorriente de las exigencias de la realidad, en alegórica lucha incesante, los hechos y los textos se han enrumbado por horizontes diferentes.

El fracaso de la obra institucionalista de los legisladores constituyentes, de espaldas a la verdad histórica del país, permite explicar la peculiar naturaleza de nuestra cultura política gestada después de la guerra emancipadora. Así ha quedado documentado como prueba de cargo, los falsos supuestos, las frustradas expectativas y las equívocas formas de respuesta supuestamente encaminadas a la forja de un bienestar hipócritamente formulado como inclusivo para todos.

616

El léxico constitucionalista, “fundado” en los principios y valores de las revoluciones atlánticas de finales del siglo XVIII, en puridad, cimentó una pluralidad de perversas prácticas políticas en torno a una sociedad con robustos y aún indoblegables paradigmas prerrepúblicanos.

El constitucionalismo peruano como promesa nacional –tomando la feliz expresión de Jorge Basadre– jamás afrontó los problemas de la segmentada y jerarquizada sociedad nacional, ni atacó programáticamente la distribución desigual de la riqueza. La retórica constituyente vació de contenido los principios y valores de la democracia.

La idea de pueblo y ciudadanía fue siempre y solo ciudadana; la democracia emergente se preño de jerarquías sociales y paternalismo.

En ese cuadro en donde se concibió el temprano divorcio entre las reglas y las conductas de los gobernantes y ciudadanos, apareció continuamente la anarquía. La inestabilidad política ha sido

nuestro sino y destino. Buena parte de dicha responsabilidad le cabe al ilusionismo constitucionalista de los políticos y legisladores del siglo XIX.

### **1. La mimesis constitucionalista**

Don José de la Riva Agüero con aguda rotundidad en alguna ocasión afirmó que “en el Perú la producción escrita no es más que ecos de ecos y reflejos de reflejos”. Con ello –quizá sin imaginarlo específicamente– aludía a el reiterado y nacional vicio constituyente de practicar el alegre deporte del trasplante y la copia de instituciones político-jurídicas ajenas a nuestro peculiar e intransferible modo de ser.

Dicho mal ya había sido avizorado por el Libertador Simón Bolívar cuando en su histórico Discurso de Angostura, advirtió acerca de la necesidad de crear textos constitucionales compatibles y concordantes con el espacio-tiempo histórico latinoamericano; y, que, por ende, ese era el “Código que debíamos consultar”. En dicho texto consignó lo siguiente:

617

*“¿No dice el Espíritu de las Leyes que estas deben ser propias para los pueblos que se hacen, que es una gran casualidad que los de una Nación puedan convenir a otra, que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos, referirnos al grado de libertad que la Constitución pueda sufrir, a la religión de sus habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su minería, a su comercio, a sus costumbre, a sus modales?”*

En esa misma línea, Víctor Raúl Haya de la Torre expuso el 28 de julio de 1978, en ocasión de ofrecer su Discurso de Instalación de la Asamblea Constituyente, lo siguiente:

*“[...] Si queremos que la Constitución resulte válida para los más amplios sectores nacionales, debe concebirse como un documento que conjugue propósitos superiores y comunes. Una constituyente no legisla para un partido, ni para un sector, sino para todo el pueblo y debe procurar la concordancia constructiva de aspiraciones fundamentales [...]. Gran parte del fracaso de anteriores constituciones*

*se explica por su inadaptación a la realidad nacional. El utópico extranjerismo de muchos legisladores y estadistas les hizo trasladar, sin mayor examen, instituciones que surgen de realidades espacio-temporales muy diferentes a las nuestras [...]. Nuestra Constitución debe emanciparse de la imitación y las copias, sin desdeñar el legado universal de la Ciencia Política”.*

Este accionar de los legisladores constituyentes –con todas las excepciones que la verdad histórica haga necesario reconocer– reafirma mi convicción ideológica acerca de la falencia y obstinada renuncia a pensar por nosotros sobre nuestra realidad particular, intransferible y específica. Esa desidia nos ha llevado a las extralimitaciones de trasplantar innecesariamente o sin las correcciones del caso, lo expuesto en boga en la literatura, la jurisprudencia y el derecho constitucional comparado. Ello con los resultados infecundos que paradójicamente hoy casi todos reconocemos.

618

El Perú es una expresión clamorosa de la falsificación de la realidad. Así, quizá sea, a lo sumo, una copia al carboncillo acaso brillante por dar a conocer lo “nuevo” de los “otros”. Por ende, el paso del tiempo ha develado la incapacidad de poder configurar a nuestra sociedad política –siempre compleja– dentro de un marco institucional encajante con la realidad político-social subyacente.

La lección histórica que dejan nuestras constituciones, incita a que en el futuro nos lancemos a la “imaginación constitucional” anclada en el realismo. El modo de crear formas e instituciones políticas, jurídicas y administrativas, debe apuntar a mostrar nuestra capacidad para la innovación en interdependencia con el verdadero “ser” de nuestra sociedad.

Las fracasadas construcciones artificiosas deben abrir paso a obras de ingeniería constitucional, imaginativas y prohijadas sobre la vida social que se conoce y se quiere también transformar. Si alguna obstinación cabe no es la obsesión por la moda o la imitación académica, es la aceptarnos como somos y a convertirnos en lo que queremos ser.

Jean Juarez, el gran líder socialista francés, decía que debíamos seguir un ideal, pero comprendiendo la realidad.

En ese sentido, las lecciones de la historia son una buena herramienta para que desde la perspectiva del derecho constitucional podamos saber quiénes somos, luego de conocer lo que hemos hecho.

La ignorancia del pasado es la clave de bóveda de buena parte de nuestros males. Ella es la expresión de la falta de libertad para pensar por nosotros mismos; de allí que haya devenido en el lazarillo ciego de las desgracias nacionales.

## **2. La ausencia del sentimiento constitucional**

Un clásico de la psicología como James Whittaker ha señalado que gran parte de nuestra conducta social es determinada por las actitudes que resultan adecuadas al grupo social en que somos educados.

Es conocido que una actitud es la predisposición que existe para responder de manera predeterminada a los estímulos relevantes. De allí que cuando una colectividad política tiene una determinada actitud con respecto a los valores democrático-republicanos, posee también una predisposición para “contestar” de cierta manera a todos los estímulos que tienen que ver con dichas ideas-fuerza.

En la mayoría de los casos las actitudes colectivas pueden ser descritas por medio de dos propiedades: la dirección de la postura y el nivel del sentimiento representado.

Aquí a diferencia de lo exigido por Karl Loewenstein, la conciencia comunitaria no ha logrado “saltar” las tensiones y los antagonismos de carácter político, social, económico y cultural, lo que ha impedido integrar y reunir cohabitativamente a los detentadores y destinatarios del poder, al gobierno y la oposición, dentro del marco de un orden comunitario. Pareciera que la ciudadanía en general no se siente del todo implicada ni comprometida con los principios y valores recogidos por los legisladores constituyentes en las diversas constituciones que han regido en nuestra accidentada historia republicana.

Aún nos encontramos lejos –por razones que no es posible explicar del todo en este apartado– de una manifestación de fe colectiva

en la conveniencia de vivir dentro de la institucionalidad y de sentir con ardor ciudadano los basamentos axiológicos propios de una democracia.

La ausencia de un sentimiento constitucional es una adicional prueba incriminatoria de la no consonancia entre las normas constitucionales y las realidades que intentaron regular o construir.

Pablo Lucas Verdú en un artículo denominado *La imaginación constitucional como creación política*, explica que la ausencia de sensibilidad constitucionalista “ocurre cuando los constituyentes ignoran los deseos de la sociedad civil. Es decir, no cumplieron con el imprescindible conocimiento de la ciudadanía, o bien como sucede en países condicionados por el hambre, la incultura o una estructura socioeconómica y cultural subdesarrollada, o bien desgarrada por el enfrentamiento entre los partidos o el egoísmo de los grupos dominantes aferrados a sus privilegios y prácticas corruptoras”.

620

Quizá esta explicación sea insuficiente; empero es un buen punto de partida para examinar con detenimiento este problema.

Más allá de la existencia de pulidos y solemnes textos jurídicos se requiere por parte de todos, de la verificación de determinadas formas de conducta. La verdadera vocación constitucionalista —que en nuestro caso ha sido y sigue siendo débil— estriba en que la ciudadanía en su conjunto pueda realmente creer, luchar y persistir en la defensa de la vida, la libertad, la justicia social, la igualdad, el pluralismo, la cooperación, la tolerancia y la solidaridad ciudadana. En cambio, a la luz de los hechos que testimonia la historia al contrastar textos y conductas nacionales, cabe reconocer que nuestras constituciones solo han sido, como bien dijera Toribio Pacheco [Citado por José Pareja Paz Soldán. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Justo Valenzuela Editores, 1980] catecismos cívicos pletóricos de promesas, pero carentes de creyentes o adeptos genuinamente convencidos.

# Límites sustantivos de los poderes interpretativos de los jueces: un estudio pendiente

✉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE\*

## 1. Introducción

La dogmática constitucionalista peruana, frente al bicentenario y consolidación del Estado Constitucional, tiene la responsabilidad de formular y hacerse cargo de nuevos retos. Ello en el sentido de presentar nuevos programas de trabajo de investigación, tanto teóricos como prácticos.

621

A efectos de contribuir a la discusión, en el presente artículo voy a presentar una nueva pregunta de investigación y algunos primeros pasos sobre cómo responderla. En breve, propondré que la dogmática constitucionalista peruana debería empezar a preguntarse cómo determinar los límites de la judicatura al momento de crear excepciones.

## 2. Problema de estudio

Los aplicadores del derecho, entendidos como agentes con competencia para realizar interpretaciones oficiales del derecho en sede administrativa o judicial, emplean normas para resolver las controversias sobre las que son competentes. El antecedente de dichas normas es de tipo general y abstracto, es decir, delimita los destinatarios de un mandato a través de la selección de una clase de individuos y una clase hechos (Guastini 2016, Alchourrón 2010 [1993]). En instancias de aplicación del derecho dichos

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Austral de Chile y la Universidad de Génova.

agentes suelen tener que resolver problemas normativos en los que, si aplicaran la norma relevante, producirían consecuencias injustas, absurdas, ineficientes o incoherentes con el propósito para el cual fueron dictadas.

En este sentido, tenemos dos tipos de casos a ser resueltos por la judicatura constitucional: a) casos normales, los cuales hace referencia a supuestos en los que el aplicador del derecho considera que los posibles efectos de la aplicación de la norma son: i) idóneos para satisfacer la justificación de la propia norma; ii) no contradicen desmesuradamente los propósitos de otras normas que forman parte del sistema normativo; y/o iii) son axiológicamente aceptables; y b) casos anormales los cuales hacen referencia a supuestos en los que el aplicador del derecho considera que los posibles efectos de la aplicación de la norma son: i) contrarios a la justificación de la propia norma; ii) contrarios de manera desmesurada a los propósitos de otras normas que forman parte del sistema normativo; y/o iii) son axiológicamente inaceptables. Frente a esta distinción cabe formular algunos puntos.

622

En primer lugar, identificar un caso anormal supone un juicio evaluativo por parte del aplicador del derecho basado en las posibles consecuencias de la decisión (que él mismo ha identificado) de aplicar una determinada norma jurídica. Dicha calificación depende del acceso a información disponible sobre las consecuencias, que tenga herramientas para comprender dicha información y del tipo de criterios de corrección empleados para evaluar sus pronósticos.

Si un aplicador del derecho considera que está frente a un caso anormal caben dos posibilidades. Por un lado, tome la decisión de no resolver la anormalidad, esto es, imponga las consecuencias negativas de la norma, a pesar de considerarlas absurdas, injustas o ineficientes. Esta postura es adoptada por quienes consideran incorrecto resolver los casos anormales, pues las consecuencias prácticas de los casos anormales deben ser consideradas irrelevantes. Por ejemplo, los formalistas en interpretación, o por quienes consideran que estos casos deben ser resueltos por el legislador. Por el otro lado, tome la decisión de resolver la anormalidad, esto es, derrote la norma (introduzca una excepción en el antecedente de la norma). Asumamos este segundo camino.



En segundo lugar, en relación a cómo resolver un caso anormal, lo que hace el aplicador del derecho es manipular los antecedentes de las normas mediante la variación de su generalidad, su abstracción o ambas, lo cual se consigue incorporando una distinción en el antecedente que suele llamada excepción (García Yzaguirre 2020).

Para aclarar esta operación es pertinente analizar el conjunto de normas que atribuyen competencia para realizar tales actos. Al respecto, cabe distinguir entre: a) normas que atribuyen competencia a estos aplicadores del derecho; de b) normas que limitan el modo en que dichas competencias pueden ser ejercidas (Guastini 2018, Arraigada 2021). Estas últimas son normas que establecen los alcances de la competencia, es decir, operan como límites sustantivos de los posibles actos a producir. Atendiendo esta precisión, considero que uno de los retos que debería hacerse cargo la dogmática constitucionalista peruana es: ¿qué criterios interpretativos disponemos para identificar los límites sustantivos en materia de creación de excepciones por parte de jueces constitucionales (en especial, por parte del Tribunal Constitucional)?

623

Esta pregunta aún no ha sido contestada por los teóricos del derecho ni por los dogmáticos peruanos. Cabe precisar que no es posible establecer respuestas categóricas a la pregunta propuesta, pues ella depende de múltiples factores que varían en cada espacio-tiempo (por ejemplo, cómo la comunidad jurídica suele entender que una práctica del derecho es correcta, el contexto socio-político, entre otras). Ello ha supuesto amplios márgenes de discrecionalidad por parte de las instancias jurisdiccionales de revisión de decisiones y de los órganos de cierre jurisdiccionales para decidir si la creación una excepción es válida o no, únicamente tomando en cuenta su acuerdo o desacuerdo valorativo con las consecuencias producidas por tal acto.

Frente a este reto, solo voy a presentar (dada la extensión posible de este artículo) algunos criterios de solución que podrían ofrecer las mejores respuestas. Considero que a efectos de interpretar el contenido de los límites sustantivos de la competencia para crear excepciones a efectos de resolver casos anormales es pertinente analizar las condiciones institucionales del aplicador del derecho para identificar y resolver casos anormales.

Hasta el momento esta forma de presentar el problema no ha sido analizada, lo cual es problemático debido a su estudio permitiría poner de relieve aspectos teóricos y prácticos que tienen el potencial de mejorar los estudios y práctica de la resolución de casos anormales. Veamos este punto.

### **3. Propuesta de solución**

#### **3.1. Criterios**

Para la determinación de qué aplicadores del derecho están en condiciones institucionales idóneas para identificar y resolver casos anormales, considero que deberían ser tomadas en cuenta dos nociones a efectos de ser tratadas como criterios interpretativos de los límites sustantivos de las competencias de los jueces constitucionales. Estos son: (i) noción de posición epistémica; y (ii) noción de exigencias de universalidad. Veamos cada uno de ellos.

624

- i) Por “posición epistémica” del aplicador del derecho hago referencia a la pregunta sobre si este posee las condiciones institucionales idóneas o no para pronosticar, de forma satisfactoria, las consecuencias de sus actos de aplicación del derecho. Esto supone dos subelementos conceptuales: (i.a) la noción de impacto regulativo de sus decisiones sobre las dinámicas sociales de los agentes regulados; y (i.b) la noción de conocimiento especializado de la materia a resolver.
  - i.a) En relación al primer subelemento, considero que con este concepto podremos diferenciar entre aplicadores del derecho que, por su práctica jurídica, están habituados a resolver un tipo de problema normativo frente a otros que resuelven ese mismo tipo de controversias de manera extraordinaria. El punto a poner de relieve con esta distinción podemos diferenciar entre aplicadores del derecho que conocen cómo los sujetos regulados por un conjunto de normas suelen reaccionar o verse afectados por las decisiones que las aplican. En este sentido, es menester evaluar

ante qué tipo de aplicador del derecho estamos. Los puntos teóricos a ser analizados mediante este subelemento son:

- 1) La noción de relevancia de la experiencia;
- 2) Los métodos de solución de incomprensión técnica.

El concepto 1) permitirá distinguir entre dos posibilidades: por un lado, supuestos en los que la experiencia ha permitido o no mejorar sus capacidades de predicción o no de las posibles consecuencias negativas que generaría la aplicación de una norma (en otros términos, de identificar satisfactoriamente un caso anormal). Por el otro lado, supuestos en los que no es necesaria la experiencia para generar predicciones satisfactorias de las consecuencias de la aplicación de una norma (por ejemplo, por ser estas muy evidentes o de fácil demostración).

625

En cuanto a 2), este punto será analizado a efectos de poner analizar con mayor precisión que criterios emplear en casos en los que la experiencia no sea suficiente para generar una adecuada comprensión del impacto regulativo de las decisiones. En este tipo de situaciones, habrá que diferenciar dos posibilidades: por un lado, si durante el proceso el aplicador del derecho tuvo acceso a expertos que redujeron los problemas de comprensión técnica. Por el otro lado, si durante el proceso el aplicador del derecho no tuvo acceso a expertos que redujeran los problemas de comprensión técnica.

- i.b) En relación al segundo subelemento considero que, tras analizar las normas que regulan las competencias de los aplicadores del derecho (en otros términos, el microsistema de normas externamente aplicables que han de usar para resolver casos individuales), podemos diferenciar entre competencia general y competencia especializada sobre

una determinada materia. Este es el caso, por ejemplo, de la diferencia entre un caso resuelto por un juzgado de competencia civil y un juzgado de familia, o la diferencia entre la decisión tomada por una sala especializada de IN-DECOPI frente a un juez de primera instancia. En atención a dicha diferencia, considero que no son equivalentes las calificaciones de un caso como anormal por parte de un agente con competencia general de uno especializado, y que tal diferencia debe ser considerada normativamente relevante al momento de determinar si es correcto o no que un aplicador del derecho resuelva un caso que él califica de anormal.

De esta forma, la noción de posición epistémica del aplicador del derecho es un criterio que exige deliberar y valorar las capacidades de identificación de casos anormales que posee un determinado aplicador del derecho. De manera más precisa, exige analizar si dicho aplicador es el mejor de los disponibles (en función a un tipo de caso individual) para identificar información relevante que le permita hacer pronósticos fiables sobre las consecuencias de aplicar una norma y calificar si dichas consecuencias son contradictorias o incoherentes con el sistema normativo.

- ii) El criterio de “exigencias de universalidad” al aplicador del derecho hace referencia a la pregunta sobre si este posee las condiciones institucionales idóneas o no para que los actos de resolución de casos anormales generen seguridad jurídica. En otros términos, alude a la duda sobre si el sistema normativo requiere o no que sus decisiones sobre cómo ha resuelto un caso anormal sean vinculantes para sí mismo y para el resto de aplicadores del derecho. De esta manera, este criterio exige analizar si el producto normativo de la decisión de un determinado aplicador del derecho de resolver un caso anormal (creación de una excepción) deberá ser aplicada para casos futuros para sí mismo y/o para otros aplicadores del derecho. Este criterio exige

analizar, diferenciar y valorar, por lo menos, tres situaciones: (a) decisiones que no son relevantes para el propio aplicador del derecho que las emitió ni para otros; (b) decisiones que son relevantes para el propio aplicador del derecho que las emitió, pero no otros; y (c) decisiones que son relevantes para el propio aplicador del derecho que las emitió y para otros (en este punto se pondrán hacer ulteriores distinciones en función a la institución a la que pertenezca el aplicador del derecho).

### **3.2. Modelos de jueces**

A efectos de analizar los resultados de haber verificado la posición epistémica y exigencia de universalidad de cada uno de los aplicadores del derecho, considero que podríamos identificar cuatro modelos de aplicadores del derecho en función a las condiciones en las que se encuentran (esto es, en función a su posición epistémica y exigencia de universalidad). Dichos modelos sirven para presentar cuatro alternativas de entender los límites sustantivos a las competencias de los aplicadores del derecho.

627

Cada uno de estos modelos estará construido a partir de casos claros, es decir, supuestos respecto de los cuales no hay duda que un determinado aplicador del derecho posee una determinada condición institucional. Tenemos: Modelo I, esto es, posee la mejor posición epistémica y garantiza adecuadamente la exigencia de universalidad; Modelo II, esto es, posee la mejor posición epistémica y no garantiza adecuadamente la exigencia de universalidad; Modelo III, esto es no posee la mejor posición epistémica y garantiza adecuadamente la exigencia de universalidad; Modelo IV, esto es, no posee la mejor posición epistémica y no garantiza adecuadamente la exigencia de universalidad.

El Modelo ilustrar el caso claro de un aplicador del derecho que está en las condiciones institucionales idóneas para ser competente para resolver casos anormales, por lo tanto, la creación de la excepción contraviene los límites sustantivos que regulan sus competencias. El Modelo IV, en contraste, es el caso claro que está no posee condiciones institucionales para ser competente para resolver casos anormales, por lo tanto, la creación de excepciones contraviene los citados límites sustantivos.

Tanto en el Modelo II como en el Modelo presentan casos en los cuales un aplicador del derecho solo posee una de las condiciones institucionales idónea y que será necesario construir una regla de preferencia respecto de cuál de estas elegir y cual prescindir. De manera más precisa, presentan la necesidad de formular una tesis prescriptiva respecto si es aceptable o no que un aplicador del derecho cree excepciones sin estar en las condiciones institucionales idóneas. Frente a ello caben tres posibilidades: en primer lugar, una tesis prescriptiva bajo la cual las condiciones institucionales idóneas son imprescindibles para que el aplicador del derecho sea competente para resolver casos anormales. En otros términos, que una tesis bajo la cual solo los aplicadores subsumibles en el Modelo I son competentes para crear excepciones. En segundo lugar, una tesis prescriptiva de deferencia técnica, bajo la cual, ante condiciones institucionales no idóneas, se debe entender que el aplicador del derecho que posee la mejor posición epistémica es competente para resolver casos anormales. De acuerdo con esta tesis, se podrá prescindir de que el sistema normativo no garantice la seguridad jurídica mediante el *stare decisis*, siempre que se reserve la competencia de crear excepciones a los aplicadores que mejor comprensión tengan del impacto regulatorio de sus decisiones. En tercer lugar, una tesis prescriptiva de deferencia a la predictibilidad, bajo la cual, ante condiciones institucionales no idóneas, se debe entender que el aplicador del derecho que garantiza de mejor manera la seguridad jurídica es competente para resolver casos anormales. De acuerdo con esta tesis, se podrá prescindir de que el aplicador del derecho en mejor posición epistémica sea el competente para crear excepciones, pero necesariamente la deberá tener aquel aplicador sobre cuyas decisiones opere el *stare decisis*.

La presentación de estos modelos nos llevaría a dos retos: i) ¿cuál de estos mejor describe la práctica de aplicación del derecho por parte de los jueces constitucionales peruanos?; y ii) ¿cuál de estos modelos debería operar como ideal regulativo para nuestra práctica jurisdiccional?

Con lo expresado, he tratado de formular un reto posible a ser asumido por la dogmática constitucionalista peruana y una posible forma de responderlo. Sobre esto, no cabe duda, habrá mucho por discutir.



## **Bibliografía**

1. Alchourrón, Carlos, 2010 [1993]: “Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables”, en Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, pp. 77-128.
2. Arraigada, María Beatriz, 2021: “Las dos caras del precedente vinculante”, en Núñez Vaquero, Álvaro, Arraigada, María Beatriz y Hunter, Ivan (Coord.), *Teoría y Práctica del precedente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 365-400.
3. Garcia Yzaguirre, Víctor, 2020a: “Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual”, *Doxa*, N° 43, pp. 427-56.
4. Guastini, Riccardo, 2016: *La sintaxis del derecho*, Madrid. Marcial Pons.
5. Guastini, Riccardo, 2018: *Interpretar y argumentar* (2da edición), Madrid, CEPC.





# Sentimiento constitucional y Bicentenario

✎ VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ\*

## 1. Constitución y bicentenario

Aunque a cuestionable la afirmación, nuestra sociedad ha participado en el proceso constitucional durante estos doscientos años de República y ha querido hacer sentir su voz en la elaboración de nuestras Constituciones, pese a la intermitencia de su vigencia. Pero no solo es importante tener una Constitución. Esta debe hacerse efectiva y servir para que nuestra sociedad heterogénea ‘sienta’ que es una verdadera nación, con pleno ejercicio de una democracia militante –‘*wehrhafte*’– (Loewenstein).

631

## 2. Sentimiento constitucional en los peruanos

En todo ese proceso de formación y de revitalización y efectividad de la Constitución, debió existir en el debate público un ‘sentimiento constitucional’ (Lucas Verdú). Es esa emoción la que nos llevaría a adherirnos a un marco jurídico-político que nos permita ejercer nuestros derechos y a nuestros gobernantes ejercer correctamente su *ius imperium*. La pregunta es: ¿existe un sentimiento constitucional entre los peruanos?

---

\* Abogado por la PUCP, con máster en la Universidad de Salamanca, con especializaciones en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid) y en el Institut International des Droits de l’Homme (Estrasburgo) y con estancia de investigación doctoral en la Boston University. Experiencia laboral en la ONP, el FCR, el TC, el MEF, la Defensoría del Pueblo y el MINJUSDH. Es profesor universitario, y autor de libros y artículos.

### **La ‘Constitución Política’ de Pardo y Aliaga**

Un ejemplo de cómo ese sentimiento constitucional podría ser parte de nuestro imaginario colectivo (Morin) puede encontrarse en Felipe Pardo y Aliaga. En 1886 escribió ‘Constitución Política’, un poema satírico –o descriptivo, como él mismo lo llamaba– manuscrito al estilo de una verdadera Constitución.

El texto literario incluía títulos como Religión; Soberanía; Gobierno; Ciudadanía; Derechos; Poder Legislativo; Formación de las leyes; Poder Ejecutivo; Ministros del Despacho; Del Consejo de Estado; Del Poder Judicial; Régimen Interior; y Ejército. Parecía una Constitución verdadera, ¿no creen?

El autor hizo vastas reflexiones sobre cada uno de estos tópicos. Para muestra, las siguientes:

632

- Al escribir “Democrático electivo, Fundado en la unidad, republicana, temporal, responsable, alternativo, Emanación del pueblo soberano”, estaba exigiendo un gobierno adecuado.
- Su reclamo a los poderes públicos, para que respetaran sus límites, se observa en las siguientes líneas: “A cada poder de estos, decisivo, El código señala sus quehaceres, Mandándoles obrar con tal recato Que no saquen jamás los pies del plato”.
- Validaba el reconocimiento de nuestros derechos fundamentales afirmando tajantemente lo siguiente: “Libertad de la persona, Para todos los hijos de Adán y Eva, De los que por supuesto se excepciona A los apercollados por la leva. La propiedad, según la ley sanciona, También el sello de inviolable lleva, Salvo, si un militar y manda echar mano A la res y á la mula del paisano”.

### **3. Estudio de nuestros inicios constitucionales**

Pero, ¿por qué sería importante tener ese sentimiento constitucional? Desde un punto de vista doctrinario, debemos entender cómo se justifica el marco constitucional existente (Pegoraro) y las ‘reglas especiales’ de contención del poder político (Hauriou). Comprender estos temas se

vuelve relevante en un mundo jurídico como el de hoy, donde hay una ‘rematerialización constitucional’ y la Constitución se ubica sobre el resto del Derecho, básicamente legal (Prieto Sanchís). Por ello, es bueno volver al principio, allí donde validamos que todos nosotros podemos ponernos de acuerdo en el contenido de una Constitución.

- **Preocupación constitucional**

No es posible negar la preocupación de los peruanos en todas nuestras Constituciones. Pero ello no se tradujo en participación electoral. Incluso, algunos colectivos –mujeres o analfabetos– no pudieron participar hasta bien entrado el siglo XX.

- **Contractualismo y Constitución**

Pese a ello, de todos modos, siempre ha existido un pacto o contrato social. A través de él, la comunidad pasa de un estado de naturaleza a una verdadera sociedad dentro de un Estado y bajo un gobierno. La Constitución es la juridificación de ese pacto o acuerdo.

633

### **Contractualismo**

El contractualismo es parte de la filosofía política que surge de planteamientos de distintas épocas y distintas perspectivas.

Partimos de Platón, Aristóteles o Cicerón; seguimos con Tomás de Aquino, Juan de Salusbury, Maquiavelo o Bodin; llegamos a los clásicos Spinoza, Smith, Kant, Hobbes, Locke o Rousseau –estos tres últimos, los padres del contractualismo–; reconocemos a sus críticos, como Marx o Proudhon; y terminamos con los neocontractualistas Rawls, Nozick, Petit o Gauthier.

## **4. Antecedentes de la Constitución de 1823**

Nuestra primera Constitución fue producto de un acuerdo de la sociedad en su momento. Era el documento que volvía norma aquel deseo social de desligarse de la monarquía hispana. Recordemos algunos datos de este proceso.

- **Antecedentes**

La historia nos cuenta que a inicios del siglo XIX ya se notaba una intención de romper con el pasado de dominación española. Intentos como el de Túpac Amaru o los hermanos Angulo fueron prueba de ello.

- **Influencia del contractualismo clásico:** Antes de la independencia, ya se leía en el país a Hobbes, Locke o Rousseau. Se puede encontrar diversos artículos con claras referencias a ellos en El Mercurio Peruano.
- **Parte de un movimiento global:** Había revoluciones en Francia, Estados Unidos y otros países de la región. Todos buscaban romper con su pasado y en muchos de estos casos los levantamientos tenían como objetivo la independencia.
- **Situación de España**

634

Más allá de que ya había países de la región liberados de la ‘madre patria’, la situación española no era sencilla. En 1808 ocurrió la invasión napoleónica a España; en 1812 se proclamó la Constitución liberal de Cádiz; y en 1814 Fernando VII asumió el reinado y restauró el absolutismo.

- **Independencia nacional**

No tuvo que pasar mucho tiempo para que se produjera la Proclamación Independentista del 28 de julio de 1821, antecedido de un Reglamento Provisional de febrero de 1821 y seguido del Estatuto Provisorio del Protectorado de San Martín de octubre de 1821. Posteriormente se emitieron las Bases Constitucionales del ‘Soberano Congreso Constituyente’ de 1822 y, a partir de ellas, nuestra primera Constitución: la de 1823.

## 5. Constitución de 1823 y tradiciones francesa y estadounidense

El Perú tuvo su primera Constitución dos años después de su independencia. Había adoptado una forma de creación constitucional mixta,

siguiendo dos de las tres tradiciones existentes (Ackerman). Claramente, la nuestra no tenía nada de la tradición inglesa, donde la Constitución se va ‘descubriendo’ (Gomes Canotilho) –sin un momento constituyente determinado–, pero sí de los modelos estadounidense y francés. Esta influencia sobre nuestra Constitución republicana se concretiza en la adopción de ideas liberales y racionales, que dan forma a un arquetipo propio. El momento de creación constitucional se asemeja al francés, pero rescata del constitucionalismo norteamericano la supremacía de la Constitución escrita con intención de permanencia y un mecanismo especial de reforma.

- **Moderada influencia estadounidense**

La Constitución de 1823 tenía algo de la tradición estadounidense, que subyace tras la Constitución de 1787 (y su antecedente de Virginia, de 1776). Esta tradición trata de no romper completamente con el pasado, a través de un modelo reinstitucional, pero establece con claridad la supremacía normativa de la Constitución (Hamilton, Madison, Hay).

635

- Se lee en la Constitución de 1823 la expresión, aunque sea declarativa, de un gobierno subordinado a la Constitución: es una “ley fundamental” (Preámbulo); obligatoria para “todos los peruanos, individuos de la República... todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás autoridades así civiles como militares y eclesiásticas” (Mandato final); y a la que se le guarda ‘fidelidad’ (artículo 15).
- La misma Constitución establecía una finalidad unida a los intereses del pueblo (“afianzar su libertad, y promover su felicidad” (Preámbulo), parecida a la proclamación norteamericana.
- Además, afirmaba una llamativa continuidad normativa, reflejada en el “vigor todas las leyes que regían en el Gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la

independencia del país” (artículo 1 de la Sección Quinta del Estatuto Provisional; igual, artículo 121 de la Constitución de 1823).

- **Fuerte influencia francesa**

Sin embargo, más hemos heredado de la tradición francesa. Esta se basaba en su experiencia revolucionaria –y posterior discusión entre jacobinos y girondinos–, influenciada por el pensamiento del contractualismo clásico y con un poder constituyente (Sieyès) que ‘crea’ la Constitución. Esta doctrina nutrió a nuestros independentistas, por el consciente interés del constituyente por dar una Constitución con vocación de permanencia.

- Los sucesos anteriores a nuestra independencia fueron revolucionarios. Su finalidad era la firma del Acta de Independencia, que declaró “que la voluntad general está decidida por la Independencia del Perú de la dominación española y de cualquiera otra extranjera”. Ello representaba una ruptura clara con el pasado: “independencia indubitable de España” (Declaración de Independencia; seguida en artículo 2 de la Constitución de 1823).
- De este modo, se exhibe una necesidad de repudio al poder colonizador y se busca justificar la legitimidad del ‘nuevo orden’ en el poder divino. La Constitución es dada “En el nombre de Dios, por cuyo poder se instituyen todas las sociedades” (Preámbulo de la Constitución de 1823). Todo esto era parte de una ‘reforma universal’ (Reglamento Provisional).
- La primera Constitución fue convocada por el propio José de San Martín mediante Decreto del 27 de diciembre de 1821. Una comisión se encargó de preparar el reglamento de elecciones. En la ceremonia de inauguración del primer Congreso Constituyente de 1822, su presidente sostuvo: “Desde este momento queda instalado el Congreso soberano y el pueblo reasume el poder supremo en todas

sus partes”. Es así como se reafirmaba el poder del pueblo frente a la monarquía antes reinante: “Nos, el Congreso Constituyente del Perú, en ejercicio de los poderes que han conferido los pueblos a todos y cada uno de sus Representantes” (Preámbulo de la Constitución de 1823; antes ya visto en el artículo 6 de las Bases Constitucionales).

- Sobre la base del contractualismo, me permito reflexionar sobre la preexistencia de un pacto social al que todos estamos sujetos. El mencionado artículo 4 señalaba que “Si la Nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social, así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales”. Así, también se señaló que el Poder Constituyente es representativo de la ‘voluntad general’ (Declaración de Independencia) y del ‘pacto social’ (artículo 4 de la Constitución).
- Nuestra primera Constitución respondía más al individualismo contractualista estatalista francés que al individualismo historicista americano. Así, aparte del individualismo subyacente (‘derechos inviolables’, en el artículo 193 de la Constitución de 1823), es su mezcla con el estatismo la que predomina en la primera Constitución peruana: una creación constitucional al estilo francés.
- Los derechos civiles quedan por encima de la propia nación –individualismo–, a pesar de no incluir un catálogo expreso. Ello es compensado con una estructura orgánica dividida en tres poderes con el deber de proteger los derechos y el poder de ejercer las funciones propias del gobierno, como expresión de la voluntad general –estatismo–.
- En la Constitución de 1823, con relación a los poderes estatales, aunque no admite que cualquiera de ellos ejerza las atribuciones de los otros (artículo 29), determina un rol especial al Legislativo: la Constitución se da “En

el nombre de Dios... cuya sabiduría inspira justicia a los legisladores” (Preámbulo).

- Así, los padres de la patria terminaron decantándose por un país desligado de los hispanos (‘República independiente’), pese al intento de ‘Monarquía constitucional’ propuesta por San Martín. Justamente, hoy celebramos 200 años de esa decisión.

## **6. La poca vocación de permanencia de nuestras Constituciones**

La Constitución de 1823 es solo el inicio de nuestra vasta historia constitucional. El Perú ha tenido 13 Constituciones a lo largo del bicentenario. En cada una, el pacto social se vuelve a producir. Lo que es claro que solo la primera constituyó una vocación genuina de creación de un Estado.

- **(Re)creación constitucional**

638

Los cambios sociales suelen canalizarse –o legitimarse– a través de una nueva Constitución, lo que genera una sensación de quiebra constitucional permanente, tal como ha ocurrido en el Perú, especialmente en los primeros años de la República.

- Nuestro constitucionalismo se ‘crea’ a partir de una revolución y búsqueda de quiebre con el pasado, en el cual se puede identificar un momento de ruptura con la legalidad anterior y un momento ‘reconstituyente’ en la búsqueda de un nuevo orden social y político. Esto sucede como consecuencia de un nuevo poder social que se revela y busca legitimarse, transformar la realidad social e integrar el nuevo orden así creado.
- Nuestra historia nos revela una fractura y una refundación constante, característica propia de la tradición europea continental. Justamente para los franceses, expertos en estos cambios, la (re)creación constitucional se basa en una ruptura, en un acto deconstituyente seguido de uno reconstituyente (Beaud).



- **¿We the people?**

El acto constituyente también puede analizarse desde otra perspectiva: si la Constitución es realmente un sentimiento constitucional de la sociedad o si por el contrario es únicamente el deseo de los gobernantes de turno.

- Haciendo compatible la democracia y el constitucionalismo, se postula la diferencia entre la política normal, ejercida a través de representantes *–we the government–*, y la política constitucional, en la que el pueblo se preocupa por los temas constitucionales y él mismo ejerce el poder *–we the people–* (Ackerman).
- Esta última se produce a través de un acto constitutivo inicial que recoja el sentir de la sociedad o puede producirse, como nos muestra el ejemplo estadounidense, a través de enmiendas constitucionales *–como las realizadas después de la Guerra Civil–* o por un proceso de forma aconstitucional *–como la modificación de la jurisprudencia tras el *New Deal* de Roosevelt–*.
- Si analizamos los contextos de los cambios constitucionales ocurridos en el Perú, solo el primer momento constituyente, cuando se formó la República, podría asimilarse a una situación de movilización popular, en la que se debatieron y aprobaron asuntos constitucionales importantes para la convivencia, producto de la revolución contra la colonia, sometida a *we the people*.
- Los cambios posteriores se ejercieron a través de reformas promovidas y aprobadas por el Parlamento *–incluso por referéndum–* pero siempre como parte del ejercicio del *government*, manipulado, en la mayoría de las veces, por caudillos militares o civiles. En esas situaciones, el poder no habló en nombre del pueblo, sino del gobierno constituido. Salvo en el caso de la actual Constitución, los otros

poderes constituidos y los órganos constitucionales, no sirvieron de contrapeso para controlar que las decisiones del *we the government* estuvieran sometidas al *we the people*.

### **La experiencia de nuestros vecinos latinoamericanos**

La promulgación de la Constitución colombiana de 1991 es un ejemplo de *we the people*. Ante el desdén de la cúpula política del país, estudiantes de varias universidades –privadas primero, públicas después– decidieron impulsar en los comicios la inclusión de una ‘séptima papeleta’ que permitiera a la ciudadanía pronunciarse a favor o en contra de una Asamblea Constituyente. El pueblo colombiano logró su cometido.

En octubre de 2020 en Chile, a partir de un ciclo de manifestaciones iniciadas –al igual que en Colombia– por marchas estudiantiles en 2006, el 78% de la población votó por la convocatoria a un referéndum para una nueva Constitución. Desde 1833, no había una Constitución surgida por la voluntad popular.

640

- Entre los peruanos, si bien ha habido pinceladas de un sentimiento constitucional, la mayoría de las veces este ha sido mediatizado por el poder político a la hora de elaborar una Constitución. Casi todos los cambios que nuestras Constituciones han generado, antes que reflejar la conciencia real de un ‘pueblo peruano movilizado’, encarnaron la decisión de un líder civil o militar que utilizaba una nueva Constitución para justificar su poder o poner fin al proyecto político de su antecesor. La debilidad del proceso democrático en el poder constituyente impide la existencia de una real ‘política constitucional’. Nos hemos guiado básicamente por un *we the government*, antes que por un *we the people*.

## **7. La Constitución de 1993**

Centrémonos en nuestra última Constitución para explicar cómo se ha producido este proceso de *we the government*. La Constitución de 1993 representa la legitimación del autgolpe de 1992. Ese es su origen, pero ¿qué significa ello?

- **Ruptura con el modelo constitucional de 1979**

Hay mucho de añoranza en cómo acabó una Constitución socialmente tan trascendente como la de 1979. Esta significó el retorno a la democracia (acto reconstituyente) luego de más de una década de dictadura militar (acto deconstituyente). En perspectiva histórica, perteneció al constitucionalismo de la postguerra.

### **Constitucionalismo de la postguerra**

Este constitucionalismo reflejaba el pensamiento de Loewenstein, Kelsen, Schmitt, Biscaretti, Alexy, Bidart Campos, Gomes Canotilho. Gandhi, Muller, De Vergottini, Friedrich, Mandela, Heller, Smend, García-Pelayo, Pizzorusso y Duverger.

Tuvo como exponentes normativos a la *Costituzione della Repubblica Italiana* (1947) y a la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* –Ley Fundamental de Bonn– (1949) y, posteriormente, a la Σύμβαση της Ελλάδας –Constitución griega– (1975), a la *Constituição da República Portuguesa* (1976) y a la Constitución española (1978)-, además de dar vida a la ola redemocratizadora que terminó con los regímenes militares latinoamericanos de fines de la década del 70 e inicios del 80.

641

- **Legitimidad personalista**

Al igual que la Constitución de Augusto B. Leguía de 1920, la de Alberto Fujimori de 1993 significó la validación de un régimen debido al carisma de su líder. No reflejó pueblo movilizado alguno, ni un desarrollo constitucional muy sofisticado –*vid.* el libro de debates–, tanto así que la Constitución de 1993 utiliza la estructura de la de 1979 con innovaciones de interés para el mandatario y cambios específicos en materia económica. Si bien fue producto de la presión internacional sobre Fujimori luego de su autogolpe y no hubo movilización del pueblo, sí hubo de por medio un referéndum que la validó.

- **Vigencia pese a intentos de cambios**

Frente a lo que ocurrió con el fin del ‘Oncenio’ de Leguía, la salida de Fujimori del gobierno no tuvo impacto en materia constitucional. Si bien la Constitución de 1920 fue derogada por la de 1933, la Constitución de 1993 sigue vigente, pese a los intentos de cambiarla.

- El primer gran momento de reforma total tuvo lugar poco después del inicio del milenio. Llegó a debatirse en el Congreso un proyecto de nueva Constitución. El proceso parlamentario tuvo validación normativa (Ley 27600, de 2001), donde la comisión de Constitución se apoyó en un equipo de expertos para proponer un anteproyecto de reforma, y posteriormente formuló un proyecto de reforma. Sin embargo, la propuesta no llegó a buen puerto en sede parlamentaria.

642

- El segundo momento, en un momento más difuso y menos tangible, ha ocurrido en los últimos procesos electorales presidenciales, donde buena parte del debate se ha centrado en mantener o cambiar totalmente el modelo constitucional de 1993. La segunda vuelta de las elecciones de 2021 entre Pedro Castillo y Keiko Fujimori es una muestra de ello. El dirigente docente –al igual que otros candidatos– planteó la necesidad de un nuevo pacto social que genere una nueva Constitución inmediatamente; la hija de Alberto Fujimori postuló mantener la existente.

- **Proceso democratizador de la Constitución**

Pese a que no se produjo la reforma total, la Constitución de 1993 no ha mantenido sus postulados originales, y tal como ocurrió con la Constitución estadounidense se inició el llamado ‘proceso de democratización de la Constitución’, mediante una forma aconstitucional:

- Luego del gobierno de Fujimori, el cambio en el contenido de la Constitución se produjo producto de un proceso deliberativo en el Congreso –intervención parlamentaria, en tanto poder constituyente derivado–, que contó con una interesante intervención de las fuerzas sociales y políticas del país. Hubo significativas reformas constitucionales, como la abolición de la reelección presidencial (Ley 27365, de 2000), el retiro de la firma de Fujimori de la Constitución (Ley 27600, 2001) y la instauración de un modelo de descentralización (Ley 27680, de 2002).
- Pero el cambio no sólo estuvo en manos del Congreso, sino que ha contado con una activa participación desde el Tribunal Constitucional –evoluciones pacíficas en la interpretación constitucional–. El activismo jurisprudencial sirvió para darle un nuevo cariz a la Constitución. En primer lugar, cerró el debate sobre su legitimidad, confirmando su validez (STC 0014-2003-AI/TC) pese a avalar el retiro de la firma de Fujimori de la Constitución (STC 0014-2002-AI/TC). En segundo lugar, reinterpreto el contenido de la Constitución, entre otros, potenciando el respeto de los poderes públicos a la dignidad humana (STC 2945-2003-AA/TC), estableciendo mecanismos de reforma constitucional (STC 0050-2004-AI/TC y otros) y, quizá el cambio más significativo, dotando de mayor contenido social a la parte económica (STC 0008-2003-PI/TC).

## **8. Construcción del sentimiento constitucional**

Tal como hemos revisado, poco ha servido el sentimiento constitucional a la hora de formular la Constitución. Sólo queda fortalecer dicho sentimiento a la hora de cumplir el mandato constitucional, haciéndola así efectiva en la realidad. Antes, por supuesto, hay que entender de qué hablamos cuándo vemos una Constitución, qué nos dice, qué busca expresar. Si no sabemos qué contenidos están en la Constitución, no podremos cumplirla, defenderla, analizarla, criticarla, buscarla mejorar,

menos aún quererla –sentimiento constitucional– y a partir de ella construir nuestro futuro.

- **Configuración de su contenido**

En primer lugar, debemos conocer cuáles son los preceptos internos que componen la Constitución. No sólo es 206 artículos y disposiciones complementarias. A ellos hay que agregar preceptos (artículo 3 de la Constitución), o completar el contenido de los ya existentes gracias al bloque de constitucionalidad nacional e internacional (Cuarta Disposición Final y Transitoria, y artículos V y 79 Código Procesal Constitucional).

- **Interpretación constitucional**

En segundo lugar, conocido su contenido, es preciso darle el sentido que corresponde:

644

- No sólo usaremos los elementos clásicos de la interpretación hermenéutica (von Savigny), sino que es necesario acudir a las distintas técnicas de interpretación especialmente desarrolladas para la Constitución que pueden ayudarnos a dar ese paso adicional para captar su sentido en tanto norma jurídico-política. La teoría más utilizada entre nosotros en la institucional (von Hesse).
- Iniciamos con el conocimiento de su significado de las normas en soledad –acto de concretización–. Así podemos entender qué significa derecho al honor, por ejemplo.
- Paso seguido, es necesario identificar que la Constitución no es una suma de normas aisladas, sino un entramado que tenemos de descifrar. Tan compleja es que se han llegado a postular perspectivas llamativas sobre su contenido –Constitución *geométrica*, geodésica, global o geológica (Tribe)–. Por ello deben aplicarse las reglas necesarias para lograr una correcta relación entre sus preceptos –concordancia práctica–, mediante las técnicas del test de proporcionalidad (Alexy) o de igualdad, así como

de competencia. De esta forma, podremos encontrar los límites entre el derecho al honor y la libertad de información, por ejemplo.

- Una herramienta útil y necesaria para lograr una correcta interpretación es recurrir a lo que las sentencias –nacionales o internacionales– señalan a la hora de referirse a su contenido, ya sea a través de sus fallos, o mirando su *ratio decidendi* –fundamentos centrales– incluso de su *obiter dicta* –fundamentos accesorios–

## 9. Adaptación constante de la Constitución

Definida cómo es esa Constitución es preciso sentirla. Conseguir dicho propósito no es posible a través de una posición rígida como es la Constitución Estatuaria –‘teoría austríaca de la petrificación’, *versteinierungstheorie*– La Constitución será útil para cada uno de nosotros en tanto sea lo suficientemente flexible como para adaptarla a los nuevos tiempos y acercarla a esa sociedad que anhela un punto de partida para construir una verdadera nación. Para vivificar su contenido, debemos ver con qué herramientas jurídicas contamos:

645

- **Análisis jurisprudencial**

En primer lugar, debe leerse la Constitución desde una mirada de *Living Constitution* –‘Constitución viva’ del interpretativismo norteamericano–. La discusión sobre una Constitución de vivos o una Constitución de muertos, que generó tanto debate en el constitucionalismo incipiente (Jefferson, Paine, Madison), puede solventarse a través de una correcta interpretación de los mandatos constitucionales. Este *jurisprudential Constitutionalism* –Constitucionalismo jurisprudencial– se sustenta en la célebre frase de la Corte Suprema dicho país que señalaba que: ‘*We are under a constitution but the constitution is what the judges say it is*’. Es necesario que la jurisprudencia siga adaptando la Constitución a las nuevas necesidades que se postulan a partir del bicentenario.

- **Análisis de los programas políticos**

Asimismo, es necesario revisar los programas políticos de la Constitución, elemento central en el *new constitutionalism* –nuevo constitucionalismo–. La Constitución, interpretada correctamente, debe permitir que las distintas visiones de la política –izquierda, centro o derecha en la doctrina clásica vigente desde la Revolución Francesa– lleven a cabo sus planes entendiendo efectivamente los máximos y mínimos que impone la propia Constitución. Ésta por naturaleza tiene mandatos abiertos, no estrictos, sino sería imposible adaptarlos a los nuevos tiempos.

- **Análisis desde los principios**

Hay que seguir analizando, como lo ha venido haciendo nuestro Tribunal Constitucional, los conceptos a la luz de los principios, claves en el neoconstitucionalismo (Comanducci, Pozzolo), basado en el ‘modelo axiológico de la Constitución concebida como norma’ (Alexy, Campbell, Dworkin, Zagrebelsky).

- **Análisis a partir de las relaciones desde la Constitución**

También hay tendencias que se centran en las relaciones de la Constitución hacia arriba o hacia abajo.

- En primer lugar, es importante analizar el *Globale Zivilverfassungen* –constitucionalismo social global– (Teubner) y la *transnationaler Rechtprozesse* –globalización policéntrica transnacional–, donde la razón transversal se encuentra en el transconstitucionalismo (Hanschmann).
- Sin lugar a dudas, mayor fuerza ha cobrado el *multilevel Constitutionalism* o *Verfassungverbund* –constitucionalismo en varios niveles, desarrollado en la Unión Europea– (Pernice, Bustos), que reconoce que el centro del poder mundial sobrepasa las fronteras de los países –bastiones de las Constituciones– y propone crear redes ya sea dentro de los propios Estados o con las organizaciones supranacionales



e internacionales. Se reconoce el rol de los procesos de integración, muy desarrollados en Europa –Unión Europea, pese al revés del Brexit– pero estancados entre nosotros –Comunidad Andina.

## **10. Estado social y democrático de derecho**

Sobre esta base de una Constitución dinámica y conectada con las necesidades de la población. Lo importante es que ya la Constitución nos ha puesto un punto de partida: somos un Estado social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución, STC 0008-2003-AI/TC), modelo adoptado en la Constitución de 1979 y presente también en la de 1993. Éste debería permitirnos, a partir de nuestro pacto social, generar ese sentimiento constitucional necesario para seguir creyendo en nuestra Constitución y construir una verdadera nación. Es preciso reflexionar qué tan social, democrático y de derecho es nuestro Estado dentro de los márgenes impuestos por la propia Constitución.

647

## **11. Sentimiento frente a un Estado social**

Las políticas públicas del Estado deben cerrar las brechas en la población. Es así como cumpliría su fin social.

- **Debate actuación prioritaria del Estado y recursos limitados**

Ya que el Estado orienta el desarrollo del país dentro de una economía social de mercado, se le exige que actúe principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58 de la Constitución, STC 0008-2003-AI/TC).

- Solo implementando correctamente las políticas públicas se conseguirá el bienestar social (artículo 44). Por ello, debemos preguntarnos qué ha hecho el Estado al respecto **y qué falta articular con una visión de futuro** –planeamiento estratégico–. No es una tarea sencilla, pero el Estado debe hacer sentir su presencia en los distintos lugares del país y en los distintos grupos que lo integran.

- Sin embargo, buena parte del éxito estará en contar con los recursos suficientes. El presupuesto de un país, como es el presupuesto familiar de cada uno de nosotros, no es un monto infinito. Está definido por cuánto se recaude. Si sólo hay para repartir 100, esos 100 servirán para llevar a cabo de las políticas públicas.
- Si queremos tener más dinero que repartir más de 100, tenemos que crear más riqueza. Es ahí donde aparece el sector privado, que mueve el mercado. También se requiere recaudar más –mayor presión tributaria–.
- Si no logra tener más de 100, entonces lo que queda es repartir esos 100. Pero es bueno recordar que hay muchas distorsiones. La corrupción es un mal endémico de nuestra sociedad, que está presente en el sector público y en el privado. También distorsiona el gasto corriente a veces asignado. Un ejemplo de ello puede ser algunas negociaciones colectivas en algunas entidades públicas: en una municipalidad, por ejemplo, se da un bono por el día del amor.

- **Debate sobre la intervención previsional**

Me permito en esta parte poner como ejemplo, por mi conocimiento reciente, la intervención pública en materia previsional. En el ámbito previsional, la Constitución prevé protección de seguridad social en pensiones (artículos 11 y 12, STC 0050-2004-AI/TC y otros) para cubrir necesidades ante contingencias de personas adultas mayores (artículo 4) o personas con discapacidad para el trabajo (artículo 7).

- En primer lugar, ¿por qué debe intervenir el Estado? El ahorro con fines previsionales toma en cuenta fallas de externalidades; de información asimétrica –sobre el futuro–; o de selección adversa; además de costos de transacción; o posibilidad de quiebra estatal (Apella; Montoya Chávez). La cuestión es cómo hace el Estado para lograr que las personas, al final de su vida laboral, tengan los suficientes

recursos para vivir. Se puede optar por hacer aportes obligatorios o por crear los incentivos suficientes para que las personas aporten cuando deseen.

- El Perú optó por una intervención diversificada. Hoy coexisten en el país más de 20 regímenes previsionales. Los dos principales son el nacional –de reparto, con un fondo común– y el privado –con cuentas individuales–, que compiten. Pero también existen los regímenes militar-policial y el pesquero, además de un seguro para trabajo de riesgo. Asimismo, se han creado programas sociales para población en situación de pobreza extrema –Pensión 65, Contigo.
- El éxito de esta intervención se debe medir según su cobertura –solo el 30 % de la PEA adulta mayor tiene pensión–, nivel de prestaciones –tasa de reemplazo baja– y sostenibilidad fiscal de los regímenes previsionales –alta transferencia desde el Tesoro Público–. Esto hace ver que tal como estamos estructurados no se está cumpliendo adecuadamente el mandato constitucional.
- Por ello, todos apuntan a una reforma total de la actual intervención pública previsional bajo un sello de multipilaridad (Banco Mundial, FMI, BID y OIT). No hay duda de este cambio profundo pasa por unificar los regímenes existentes (Consejo Evaluador de Pensiones) y así mejorar las variables. Pero aún no se ha llegado a un consenso sobre **cómo concretizar** esta reforma; hay diversidad de caminos. El elegido, sea cual sea, deberá respetar los parámetros constitucionales (Primera Disposición Final y Transitoria).

## **12. Sentimiento frente a un Estado democrático**

Por otro lado, la gente debe sentir que su Constitución es realmente democrática. Es cierto que ya no existen los Estados 100% democráticos y que lo que se busca es una democracia de calidad. En cualquier caso, la Constitución exige democracia (artículo 43) y ella debe ser apreciada por todos los peruanos.

- **Debate sobre democracia**

En el plano electoral, se debe velar por un buen voto (artículo 176). Un voto consciente se produce en un triple escalón: la gente comienza por mirar lo que a ella misma le ha pasado –visión individual, miope, retrospectiva, cortoplacista–; continúa sumando experiencias de otros cercanos a ella –barrio, comunidad–; y para concluir toma en cuenta lo que pasará en el futuro con toda la sociedad –análisis complejo–. En fin, lo que está en juego a la hora de votar es la ‘sofisticación política de los individuos’ (Duch). En el país, esta decisión nada fácil se ve condicionada además por la desafección –falta de interés en la política–, el clientelismo reinante –los políticos ofrecen o entregan cosas a sus electores a cambio del voto– y el escaso debate político –democracia deliberativa (Habermas)–.

- **Debate sobre sistema electoral**

650

La población siente cada vez más que sus autoridades no la representan. Pero hay un marco del sistema electoral (Nohlen) que respetar. En el ámbito electoral, la Constitución exige proporcionalidad (artículo 187), lo cual mejoraría la representatividad de nuestros padres de la patria. Sin embargo, las leyes siguen apuntando al principio mayoritario –valla electoral o método d’Hondt, de cifra repartidora–, tal vez comprensible por la gran fragmentación parlamentaria, pero incapaz de amortiguar la volatilidad electoral.

- **Debate sobre partidos políticos**

Los partidos políticos gozan de protección constitucional (artículo 34). Por ello es importante regularlos convenientemente, considerando otros bienes constitucionales como su financiamiento o la ligazón al terrorismo, tema muy analizado en Europa (*Vid.* STEDH, Caso Petty Purcell *et al c.* Irlanda, de 1991). Debemos preguntarnos si realmente existen en el país partidos políticos sólidos que representan una ideología o impidan el transfuguismo. Lamentablemente, hoy

prolifera partidos *catch-all* o, peor aún, partidos-vientres de alquiler.

- **Libertad de expresión**

Entre muchos elementos para considerar a un Estado como democrático está la libertad de expresión (O'Donnell). A partir de su protección constitucional (inciso 4 del artículo 2), aparecen los medios de comunicación social como vehículos esenciales de esta libertad, pero son criticados como cuarto poder –‘*watch-dogs*’– por interferencia ya sea del poder político o de los grupos de poder privados. También han tenido éxito en los últimos años las redes sociales; basta con observar su uso en las campañas electorales nacionales o con revisar lo que lograron en hechos políticos tan significativos como la Primavera Árabe. Sin embargo, su impacto en países como el nuestro, donde solo una pequeña porción de la sociedad participa en las redes sociales –*vgr.* Twitter–, se convierte en un círculo vicioso donde un colectivo cree que habla en nombre de todo el país, y es algo tan lejano de la realidad nacional.

651

- **Debate sobre el control del poder**

La Constitución debe evitar que las autoridades nos afecten con su ejercicio abusivo del poder. Para controlarlo, se han formulado propuestas (Lachler).

- En el enfoque oportunista del ciclo político-económico, los gobernantes intentan maximizar el número de votos dentro de un período electoral fijado de forma exógena, a través de un enfoque económico-político de sus propuestas. Sin embargo, esto no supone que la racionalidad individual conduzca a resultados colectivamente convenientes (Koelble).
- En toda sociedad, es esencial controlar a los políticos a partir del capital social. Este es esencial porque contribuye a entender el desempeño de las instituciones democráticas

(Putnam) y permite crear redes horizontales –interés de la ciudadanía por la cosa pública y reciprocidad, además de control a la desafección– y verticales –contra el clientelismo–. Un modelo constitucional eficiente debería promover la creación de ese capital social, aún lejano en nuestro país.

### 13. Sentimiento frente un Estado de derecho

No hay un contrato social válido en un Estado si este no protege a sus integrantes. Para ello, es importante respetar plenamente los derechos fundamentales de las personas (artículos 1 y 2 de la Constitución), lo cual veremos en este último análisis:

- **Debate sobre ‘creación de derechos’**

El primer punto consiste en determinar cuáles son estos derechos y qué protegen exactamente, tal como habíamos apuntado líneas arriba. Más allá del debate sobre la naturaleza de la fundamentalidad de los derechos y lo que ello implica, hay temas por considerar:

- Si bien existe una cláusula *numerus apertus* de derechos (artículo 3), siempre es bueno recordar elementos básicos de economía constitucional (Buchanan) para ver cuándo corresponde ‘crear’ –reconocer– nuevos derechos. A veces se establecen nuevos derechos cuando no corresponde. Lo natural sería incorporar mayores contenidos a los derechos ya existentes (Cuarta Disposición Final y Transitoria).
- En cualquier caso, el juez debe ser cuidadoso al configurar la paleta de derechos establecidos en la Constitución. Si lo hace mal –creando o aumentando el contenido de los derechos–, se incrementa el ‘*constitutional fetishism*’ y se generan en la población falsas expectativas sobre contenidos que no podrán ser cumplidos por los poderes públicos, principalmente si se toman en cuenta las limitaciones en el gasto público (Undécima Disposición Final y Transitoria).

- La gama de derechos es parte del contrato social. Son las personas las que los ejercen. Sin embargo, cada vez que se generan contenidos en los derechos, se puede producir una politización que contradice la fuerza de las Constituciones (Walker). Sucedió con sentencias de la Corte Interamericana, cuando sancionó al Estado peruano por violaciones de derechos a personas sentenciadas por terrorismo.
- El verdadero ejercicio de derechos ocurre cuando las personas sienten que todos podemos acceder a ellos, no cuando se incluyen más derechos o se añade contenido a los ya existentes. Hoy todos queremos mejor protección de los derechos que tenemos –exigimos seguridad ciudadana, por ejemplo–, y sólo habrá ello si la política pública está bien encaminada, y si el presupuesto público, como ya vimos, acompaña a ese deseo ciudadano.

- **Debate sobre la igualdad**

653

Si bien todos los derechos fundamentales establecidos son igual de importantes, me parece interesante traer a colación la aplicación del derecho a la igualdad (inciso 2 del artículo 2 de la Constitución) en la lógica de un Constitucionalismo multinivel que también permite mirar hacia el interior del país.

- Es necesario analizar los problemas de inclusión que en estos 200 años aún no han sido solucionados en el Perú. Solo cuando todas las personas se conviertan en ciudadanas se podrá hablar de una verdadera nación en el país dentro de un mundo globalizado (Grimm; Habermas).
- En el Perú se ha reconocido la situación especial de las comunidades nativas y campesinas, con jurisdicción propia incluso. El sesgo normativo –*normative bias*– de la Constitución permite observar que, frente a una visión occidental del Derecho, el país se fragmenta por la imposibilidad de encontrar canales adecuados de comunicación entre quienes gobiernan y los representados del ‘Perú profundo’.

Este es un déficit innegable sobre el cual debe trabajarse inmediatamente a través de adecuadas políticas públicas.

- Pero no solo hay problemas con los pueblos indígenas. También queda mucho por hacer por las mujeres, las poblaciones vulnerables –niñas y niños, adolescentes, personas con discapacidad, personas adultas mayores–, las personas en situación de pobreza y los afrodescendientes, entre otros.
- El principio de igualdad permite reconocer la diferenciación (STC 0048-2004-AI/TC) sobre bases objetivas y razonables. Y es a partir de ella que debería tratarse a todos con pleno respeto, escuchándolos e interactuando con ellos. Un verdadero diálogo con los ‘otros’ –los excluidos– es imprescindible. La Constitución condiciona el reconocimiento de un *Kulturstaat*, una expresión de conquista cultural de la civilización occidental, contexto en el cual se siente un espíritu constitucional y, en clave del pluralismo que su texto debe incluir, un espíritu de los diversos ‘pueblos’, que viven en, conforme a y bajo las Constituciones (Häberle).

#### 14. Reflexiones finales sobre nuestro sentimiento constitucional

Sobre lo que hemos ido presentando, es posible concluir lo siguiente:

- **Sentimiento constitucional en el proceso de construcción constitucional**

Durante el bicentenario, la Constitución ha tenido presencia en el debate social y político de nuestra sociedad siempre a través del poder constituyente. Lamentablemente, no siempre ha hablado el pueblo a la hora de juridificar el pacto social. Es cierto que los nacionales estaban al tanto del proceso de ruptura con el reino español, pero las Constituciones posteriores han venido mayoritariamente del *we the government*. Felizmente, la actual



Constitución, validada por un referéndum para su aprobación, ha tenido importantes reformas parciales y ha sido actualizada por la jurisprudencia constitucional, en un franco proceso de ‘democratización’. Se ha vuelto más cercana a la sociedad, pero aún queda mucho por hacer.

- **Sentimiento constitucional para la generación de una nación**

El contenido de la Constitución de 1993 sirve como marco para desarrollar ese proceso inacabado de formación de una verdadera nación y construir un sentimiento constitucional de los peruanos. Si no sentimos que la Constitución es efectiva para cerrar las brechas sociales, el proceso seguirá inconcluso. Se han presentado algunos ejemplos de cómo hoy seguimos debatiendo en el campo de las políticas públicas, del fortalecimiento de la democracia o del ejercicio de los derechos, bajo el marco del Estado social y democrático de derecho. El pacto social juridificado implica una Constitución viva, que siga construyendo el bienestar del país y que permita sentir que es un acuerdo actual sobre el cual los peruanos sigamos uniéndonos y logrando nuestro desarrollo.



# Estabilidad financiera

## Desafío del Estado constitucional peruano para la gestión del riesgo sistémico

✉ VLADIMIR RODRÍGUEZ CAIRO\*

### 1. Introducción

Las normas constitucionales son el reflejo de la cultura política de un país; constituyen “respuestas a problemas concretos, varían con el transcurso del tiempo, siempre se reformulan a través de nuevas normas” (Holmes & Sunstein, 2011, p. 243). De este modo, la Constitución de 1979 contemplaba como una de las “funciones [del Banco Central de Reserva del Perú] defender la estabilidad monetaria” (Constitución Política del Perú, 1979); a diferencia de la Constitución vigente, que dispone “la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria” (Constitución Política del Perú, 1993), como respuesta a la gran depresión económica (recesión e hiperinflación) que atravesó el país a finales de la década del ochenta; lo cual exige que dicho órgano:

Proteja o resguarde el valor de la moneda ante el peligro que pueda ocasionar cualquier fluctuación en el nivel general de precios; o, que la moneda nacional conserve su valor en el tiempo, de tal forma que el poder adquisitivo no se diluya. (Rodríguez, 2020, p. 294).

657

---

\* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, e investigador y profesor principal en la misma Universidad. Asesor Legal Financiero de la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas.

Como resulta evidente, el contexto actual, caracterizado por crisis financieras y económicas, requiere un marco institucional enfocado en promover la estabilidad financiera en el país. Desde tal perspectiva, los mayores vínculos macrofinancieros, así como los desequilibrios financieros que originaron severas crisis financieras, han evidenciado la mayor interconexión de los diversos mercados, siendo así, las vulnerabilidades y eventos adversos tienden a propagarse no solamente dentro de una economía, sino que sus efectos, traspasan las fronteras nacionales. Además, debe tenerse en cuenta que las crisis financieras conllevan a una contracción significativa de la actividad económica.

Ante tales circunstancias, existe la necesidad de contar con una instancia formal estatal con visión macroprudencial [enfocado en el sistema financiero en su conjunto, y no únicamente en entidades particulares], que permita identificar, supervisar y corregir los desequilibrios financieros, y contribuir así, con la preservación de la estabilidad financiera en el país.

658

Cabe precisar que, el vocablo macroprudencial hace referencia a la “aplicación de un enfoque sistémico a la supervisión de las instituciones financieras” (Hannoun, 2010, p. 18); comprende medidas de carácter preventivo orientadas a limitar el riesgo sistémico o la amplificación de éste, asegurando así la solidez y liquidez de todo el sistema financiero.

En esa orientación, diversos países han instaurado un marco institucional enfocado en promover la estabilidad financiera, a través de las distintas agencias con competencia en materia financiera, lo cual involucra, generalmente, la participación conjunta de los siguientes actores: el gobierno mediante sus respectivos ministerios, el supervisor del sistema financiero, el banco central, entre otros. En buena cuenta, resguardar la estabilidad financiera, implica establecer objetivos, funciones y competencias de la autoridad; pues el Estado es el único ente organizado con atributos coercitivos legítimos.

## **2. Importancia de la estabilidad financiera para la gestión del riesgo sistémico**

La estabilidad financiera “es una condición en la que los mecanismos de una economía para fijación de precios, asignación y gestión de

riesgos financieros (créditos, liquidez, contraparte, mercado) funcionan adecuadamente como para contribuir con el desempeño económico” (Schinasi, 2004, p. 10); se caracteriza por la ausencia de desequilibrios financieros o situaciones de crisis financiera, que afectan el sector real de la economía; se trata de un bien público que exige a las autoridades integrar eficazmente las diversas áreas de política: fiscal, cambiaria, monetaria, macroprudencial, microprudencial y conducta de mercado.

Por otro lado, el riesgo sistémico es una falla o imperfección innata del sistema financiero, que consiste en la posibilidad de que el desplome de una entidad financiera, ante la interdependencia o interconexión existente, podría originar la caída de otras, ocasionando un efecto cascada o dominó, que, a su vez, podría derrumbar el sistema financiero en su conjunto, e inclusive, extenderse hacia el sector real de la economía. A modo de conjunción, las dimensiones del riesgo sistémico son (Hannoun, 2010, pp. 17-18; Castro, 2015, p. 78):

- a) Temporal: la fuente es la prociclicidad o la tendencia generalizada de los agentes (financieros y no financieros) para incrementar su exposición al riesgo durante el período de bonanza económica y disminuirla en períodos de desaceleración.
- b) Transversal: la fuente es la exposición común, el grado de concentración, el tamaño de las instituciones financieras e interconexión en el sistema financiero, que incluso, de manera conjunta pueden llegar a ocasionar quiebras generalizadas.
- c) Fallas de mercado: cuyas fuentes son los incentivos perversos (riesgo moral y sesgo de manada) e información asimétrica.

Es importante señalar que la conducta pro cíclica de las entidades financieras tiende a amplificar el riesgo de una crisis sistémica. Dicho esto, los riesgos macroprudenciales<sup>1</sup>, permiten evidenciar el alto interés

---

1 Cuando las acciones realizadas en el mercado financiero, ocasionan inestabilidad financiera y afectan el crecimiento económico de un país o una región. De ahí que las políticas macroprudenciales tienen como objetivo fundamental limitar el riesgo sistémico.

público a ser cautelado por las agencias reguladoras y supervisoras. De acuerdo con Stiglitz (2013), “la regulación macroprudencial debe dedicarse a los comportamientos clave del riesgo sistémico: el apalancamiento, la quiebra de grandes instituciones interconectadas, y el comportamiento y los instrumentos sistémicamente importantes y sus interacciones con el ciclo económico” (p. 151).

Ahora bien, “un sector financiero moderno, es altamente dependiente de un marco legal y regulatorio que asegure la transparencia, consistencia y previsibilidad” (Ahmed, 2020, p. 206). En estricto, el sistema financiero es de interés público, porque los riesgos dentro de este ámbito, tienen implicancia en el interés económico y social de los partícipes, por lo que existe, un objetivo esencial que la autoridad estatal debe resguardar: promover la estabilidad financiera para asegurar la solidez y liquidez del sistema financiero. Asimismo, está el interés del Estado en corregir los costos de agencia, debido a que los intermediarios financieros forman parte de diversos grupos empresariales, y de lo que se trata es limitar esta falla de mercado, protegiendo al usuario financiero a efectos de generar confianza en los servicios financieros que acuerda o pacta.

660

De esta forma, los bancos compran y venden riesgos a través de contratos, de crédito y de depósitos, respectivamente; lo cual tiende a generar un riesgo de descalce (ratio depósitos vs. préstamos), que afecta la liquidez y la solvencia de los bancos, propiciando potencialmente un riesgo sistémico. Siendo así, “los bancos de importancia sistémica crean problemas globales que requieren una solución global” (Hùpkes, 2020, p. 100).

Debe enfatizarse que, a nivel internacional, diversos países han creado sus respectivos Consejos de Estabilidad Financiera (CEF), donde participan organismos gubernamentales con competencia en materia financiera con el objeto de promover/preservar/resguardar la estabilidad financiera mediante el diseño e implementación de políticas con enfoque primordialmente macroprudencial; orientado al fortalecimiento de la vigilancia de los sistemas financieros basado en riesgos, para garantizar la solidez y liquidez del mercado.

Bajo tal premisa, existen CEF con facultades explícitas para la fijación de parámetros regulatorios como los casos de Reino Unido y EE.UU., mientras que en México, Chile, Colombia, dichos CEF funcionan como instancias de coordinación entre sus miembros para efectuar recomendaciones a fin de limitar la gestación de riesgos sistémicos. Asimismo, en algunos países el CEF se encuentra presidido por sus correspondientes Ministro de Hacienda (Chile, México y Colombia).

Sin embargo, la adopción de un modelo regulatorio y su estructura organizativa dependerá del contexto y ordenamiento jurídico de cada país. Por ejemplo, “la solución chilena ha dejado casi ileso la independencia de su banco central (BCCh) y reforzó la protección en caso las recomendaciones regulatorias del CEF interfiera con la política monetaria” (Monteagudo, 2020, p. 165). En Chile, “para evitar áreas ciegas, sobrerregulación o arbitraje regulatorio, existen mecanismos de coordinación y cooperación entre el Ministerio de Hacienda, la Superintendencia de Pensiones, la Comisión para el Mercado Financiero, y el BCCh” (Banco Central de Chile, 2020). Es así que dichas instituciones coordinan con el CEF, para que no interfiera en sus objetivos regulatorios y de supervisión.

### **3. Reflexiones finales acerca del desafío del Estado constitucional peruano para afrontar las crisis financieras, económicas y sanitaria**

A nivel latinoamericano, “un elemento común de la mayoría de países (sin incluir Argentina, Uruguay) es que los bancos centrales tienen el mandato implícito de preservar la estabilidad financiera. En Argentina, Brasil y Uruguay, el banco central también asume funciones de supervisión bancaria” (Monteagudo, 2020, p. 160). En el caso peruano, la estabilidad financiera no se encuentra establecida de manera explícita como competencia exclusiva de una entidad estatal, sino que los diversos órganos gubernamentales con competencia en materia financiera realizan esfuerzos hacia ese propósito.

Al respecto, es necesario resaltar que luego de la crisis económica que atravesó el país a finales de los ochenta e inicio de los noventa, la

política monetaria del Banco Central de Reserva del Perú se orientó hacia el control de la inflación, para lo cual fue necesario instituir a nivel constitucional, la finalidad de la autoridad monetaria [preservar la estabilidad monetaria], y la prohibición de conceder financiamiento al erario, disposiciones que han sido fundamentales para mantener la estabilidad del nivel general de precios en el país.

No obstante, el contexto actual ha variado, se caracteriza por eventos de crisis financieras, e incluso crisis económica y sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid-19, con implicancias negativas en el sector real de la economía, los cuales terminan afectando el sistema financiero, de ahí la necesidad de contar con un mecanismo formal de política macroprudencial para resguardar la solidez del sistema financiero.

De manera que, estos hechos abren un nuevo desafío, dado que todo lo padecido por la reciente crisis económica y sanitaria ocasionada por la pandemia, da cuenta de un débil marco institucional; el mismo que requiere una reformulación urgente a efectos de fortalecer y consolidar el sistema financiero. Por tal razón, el gran reto del Estado constitucional peruano del siglo XXI, con motivo del bicentenario de la independencia del Perú radica en instaurar un ordenamiento jurídico y político estatal, enfocado en promover la estabilidad financiera en el país, sustentado en el fortalecimiento del marco constitucional de la autoridad monetaria; de modo tal que se garantice la solidez y liquidez del sistema financiero, y así, se configure un mecanismo formal, eminentemente técnico, orientado a evitar situaciones adversas que impliquen un riesgo sistémico con elevados costos para la sociedad.

Desde luego, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), se reúnen de manera informal sin contar con un mecanismo formal, protocolo o procedimiento explícito para la resolución de crisis originadas por eventos de riesgo sistémico en el sector financiero. Así, “la configuración carece de mandatos claros sobre la política macroprudencial, y podría tener cierta tendencia a la inacción” (Vera, 2015, p. 337), lo cual sería bastante perjudicial para la economía peruana.



En lo esencial, si bien las reuniones que sostienen tales autoridades, han mostrado resultados satisfactorios ante la ocurrencia de eventos adversos que generan desequilibrios financieros, mantienen una perspectiva de monitoreo del sistema financiero de manera aislada, confiando el éxito de la aplicación de dichas medidas, a una suerte de confianza en el accionar oportuno de cada órgano competente.

Evidentemente, “el Covid-19 ha arrastrado una de las crisis sanitaria y económica más importante de los últimos noventa años. Con la finalidad de suavizar sus efectos, bancos centrales y gobiernos emplearon medidas de política monetaria y fiscal” (Albert & Tercero-Lucas, 2020, p. 18). Dentro de este contexto, en el Perú se han diseñado e implementado diversas medidas de política financiera, entre las que destacan el Programa de Garantía del Gobierno Nacional a la Cartera Crediticia de las Empresas del Sistema Financiero, el cual tiene como “objetivo garantizar la cartera de créditos de empresas del sistema financiero, con el fin de dotar de liquidez extraordinaria a dichas empresas, de tal forma que no se afecte la estabilidad financiera en el país” (Decreto Legislativo que crea el Programa de Garantía del Gobierno Nacional a la Cartera Crediticia de las Empresas del Sistema Financiero, 2020). Con ella, se busca proveer la liquidez necesaria a las empresas del sistema financiero para que éstas continúen canalizando los préstamos hacia aquellas actividades económicas más afectadas por la crisis del Covid-19, y así, asegurar el consumo de las familias y garantizar la continuidad de la cadena de pagos.

Otra medida de política orientada a preservar la estabilidad financiera, es el Programa Reactiva Perú, que tiene por objeto “garantizar el financiamiento de la reposición del capital de trabajo de empresas que enfrentan pagos y obligaciones de corto plazo, a través de la garantía del Gobierno Nacional a los créditos que sean colocados por Empresas del Sistema Financiero” (Decreto Legislativo que crea el Programa “Reactiva Perú” para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19, 2020). Definitivamente, este Programa, “en última instancia, ha permitido sostener el funcionamiento de la cadena de pagos, incidiendo favorablemente en la estabilidad del sistema financiero”

(Sánchez & Castro, 2020, p. 23). En esa misma línea, para Montoro (2020), el programa “ha mejorado significativamente la liquidez de las empresas del sistema financiero, que a su vez reduce los riesgos que comprometen la estabilidad financiera” (p. 33).

Finalmente, también debe reconocerse que, “el período posterior al Covid-19 desafiará a los políticos a elegir entre opciones difíciles sobre cómo reactivar la economía. La reforma regulatoria se encuentra entre estas opciones” (Djankov et al., 2020, p. 7). Dentro de este marco, además de los esfuerzos que realizan los órganos competentes en materia financiera (MEF, BCRP y SBS), una de las mayores responsabilidades y retos del Estado constitucional peruano, consiste en enfocarse de manera explícita en el resguardo de la estabilidad financiera, constituyéndose, en un “compromiso constitutivo [que fomente] la creación de valores básicos en la sociedad” (Sunstein, 2018, p. 77). De modo que, si la sociedad en su conjunto, conoce la trascendencia de mantener la estabilidad financiera, será consciente de la responsabilidad política del Estado para la gestión del riesgo sistémico. Por consiguiente, se necesita un Estado constitucional capaz de promover el bienestar general, cuyo deber fundamental sea preservar esa estabilidad de la que depende el bienestar general.



## Bibliografía

1. Ahmed, J. (2020). Promoting Financial Stability: Issues and Challenges in Islamic Finance. En International Monetary Fund (Eds.). *Law & Financial Stability (193-207)*. Washington, D.C.: International Monetary Fund.
2. Albert, J.F., & Tercero-Lucas, D. (2020). Política monetaria en tiempos de pandemia: Evaluación y propuesta del Helicóptero Monetario. *Revista de Economía Mundial*, 56, 1-22. doi: <http://dx.doi.org/10.33776/rem.v0i56.4723>
3. Banco Central de Chile. (2020). Informe de Estabilidad Financiera. Primer semestre 2020. Recuperado de: [https://www.bcentral.cl/documentos/33528/2294181/IEF1\\_2020.pdf/f6d527a9-2326-c2b3-dee8-445bd626842e?t=1591721332337](https://www.bcentral.cl/documentos/33528/2294181/IEF1_2020.pdf/f6d527a9-2326-c2b3-dee8-445bd626842e?t=1591721332337)

4. Castro, C. D. (2015). Riesgo sistémico en el sistema financiero peruano. *Revista Estudios Económicos del Banco Central de Reserva del Perú*, (29), 77-90. Recuperado de: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/29/ree-29-castro.pdf>
5. Djankov, S., Georgieva, D., & Maemir, H. (2020). Regulatory Reforms After Covid (1-8) Special Paper. Recuperado de: <https://www.lse.ac.uk/fmg/publications/special-papers>
6. Hannoun, H. (2010). Hacia un marco de estabilidad financiera global. 45 Conferencia de Gobernadores de los Bancos Centrales del Sudeste Asiático (SEACEN). Conferencia llevada a cabo en la Provincia Siem Reap, Camboya, 26–27 de febrero de 2010.
7. Holmes, S., & Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos*. Argentina: Siglo XXI Editores.
8. Hüpkes, E. H. (2020). Cross-Border Resolution: A Global Solution to a Global Problem. En International Monetary Fund (Eds.). *Law & Financial Stability* (83-103). Washington, D.C.: International Monetary Fund.
9. Monteagudo, M. (2020). Central Bank Legal Mandates and the Growing Importance of Macroprudential Arrangements: The Latin American Experience. En International Monetary Fund (Eds.). *Law & Financial Stability* (157-170). Washington, D.C.: International Monetary Fund.
10. Montoro, C. (2020). El Programa Reactiva Perú. *Revista Moneda del Banco Central de Reserva del Perú*, (182), 24-33. Recuperado de: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-182/moneda-182-04.pdf>
11. Rodríguez Cairo, V. (2020). Régimen constitucional de la moneda y estabilidad del nivel general de precios en Perú. *Derecho PUCP*, (85), 277-320. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.009>
12. Sánchez, E., & Castro, F. (2020). Reactiva Perú y la estabilidad del sistema financiero. *Revista Moneda del Banco Central de Reserva del Perú*, (182), 19-23. Recuperado de: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-182/moneda-182-03.pdf>
13. Schinasi, G. J. (2004). Defining Financial Stability (1-18) (IMF Working Paper). Recuperado de: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Defining-Financial-Stability-17740>
14. Stiglitz, J. (2013). *El informe Stiglitz. La reforma del sistema económico en el marco de la crisis global* (2da edición). Barcelona: RBA Libros S.A..

15. Sunstein, C. (2018). *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Argentina: Siglo XXI Editores.
16. Vera, M. (2015). Marcos institucionales para la política macroprudencial: Consideraciones para el Perú. En A. Santos y A. Werner (Eds.), *Perú: manteniéndose en el camino del éxito económico* (pp. 327-338). Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional.
17. Normativa y otros documentos legales
18. Constitución Política del Perú 1993 (Congreso Constituyente Democrático, 1993). *Diario Oficial El Peruano*, 29 de diciembre.
19. Constitución Política del Perú 1979 (Asamblea Constituyente, 1979). *Diario Oficial El Peruano*, 12 de julio.
20. Decreto Legislativo que crea el Programa “Reactiva Perú” para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19, Decreto Legislativo N° 1455 (Poder Ejecutivo, 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 6 de abril.
21. Decreto Legislativo que crea el Programa de Garantía del Gobierno Nacional a la Cartera Crediticia de las Empresas del Sistema Financiero, Decreto Legislativo N° 1508 (Poder Ejecutivo, 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 11 de mayo.

# El legado de los inicios de la judicatura constitucional concentrada peruana en el marco del Bicentenario de la República

✎ YURI TORNERO CRUZATT\*

## 1. Introducción

El Tribunal Constitucional peruano recibe el legado constitucional desde varios ámbitos. Por ejemplo, un legado es la experiencia de los juristas cuyos debates enriquecen la disciplina, cultivan los valores constitucionales y, a su vez, nutren el contenido de las sentencias. Asimismo, recibe la experiencia de los jueces constitucionales de otras judicaturas con quienes realiza un diálogo entre cortes. También el Tribunal Constitucional recibe un legado histórico y patrimonial: es ahí donde pretendo detenerme en el presente texto, esto es, a partir de la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), el organismo antecesor.

667

La experiencia del TGC ha tenido un periodo de funcionamiento de cerca casi de diez años. En la presente se resalta los elementos institucionales de continuidad, más allá del análisis de las críticas referidas a la eficacia de los procesos que se desarrollaron durante la vigencia de tal institución. El TGC fue el primer tribunal peruano que por medio de una judicatura puso en marcha el proceso de inconstitucional de las normas (control concentrado), a pesar de las fuertes limitaciones de diseño

---

\* Doctor en Comparación Jurídica e Histórico Jurídica por la Università di Ferrara (Italia). Docente en materias de derecho constitucional de pre y post grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex director de investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional peruano.

y prácticas. Por ende, fue el primer tribunal de justicia constitucional concentrada del Perú. Los valores son la supremacía de la Constitución y de respeto del estado democrático de derecho estuvieron presentes desde la fundación del TGC. Por todo lo expuesto en este párrafo, la primera parte del presente texto se ocupa de la fundación del TGC.

La segunda parte del trabajo aborda acerca del legado patrimonial del TGC a favor del TC: se explica el proceso de adquisición e inauguración de los locales de San Isidro y Yanahuara (Arequipa), patrimonio inmobiliario en pleno funcionamiento, solo suspendido por la actual pandemia.

## **2. Sesiones preparatorias e inauguración del Tribunal de Garantías Constitucionales**

El TGC tuvo varias “sesiones preparatorias” previas a su inauguración, estas tuvieron por objetivo “la instalación del Tribunal y su funcionamiento”<sup>1</sup> con los elementos indispensables. Estas sesiones fueron realizadas en el Poder Judicial en Lima, para esto solicitaron al doctor Guillermo Anchorena More Presidente de la Corte Suprema del Poder Judicial poder ceder un local dentro de las instalaciones de esta última a su favor. Esa sede fue el local de donde funcionó hasta el año 2019 la Sala Penal Nacional en la Av. Uruguay del cercado de Lima, en la misma avenida y a unas cuadras del prestigioso Primer Colegio Nacional Nuestra Sra. de Guadalupe.

La *Primera sesión Preparatoria* fue realizada en Lima, el 4 de agosto de 1982 y se inició con la Apertura del libro de Actas. Recién el 07 del mes de octubre de 1982 (Lima) en la Sexta Sesión Preparatoria, se dio la primera reunión plenaria en la cual se tuvo el colegiado de los magistrados completo gracias a la incorporación final del magistrado Aguirre Roca (quien fue elegido por el Poder Legislativo). A continuación, entre

---

1 Memoria leída por el Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, Doctor Alberto Eguren Bresani, correspondiente al periodo mil novecientos ochentitrés - mil novecientos ochenticuatro. Libro de Actas del Tribunal de Garantías Constitucionales. Lima, p. 17.

los magistrados se procedió a elegir al Presidente y Vicepresidente del TGC siendo nombrados en tales cargos Alberto Eguren Bresani, presidente y Javier Vargas, vicepresidente.

El 19 de noviembre de 1982 siendo las dieciocho horas se realizó la “Sesión Solemne de Instalación”, con la cual se inauguró el Tribunal de Garantías Constitucionales. La juramentación tuvo lugar en la ciudad de Arequipa, en el local de la Pinacoteca del Convento de Santa Catalina. Las Actas describen cómo se realizó: el Presidente Provisional, doctor Vásquez Salas tomó el juramento de ley al doctor Alberto Eguren Bresani, Presidente electo, según la fórmula acordada en la sesión del día anterior, quien, una vez que lo hubo prestado juramento, pasó a ocupar el asiento del estrado a la derecha del señor Presidente de la República. Luego, el Presidente del Tribunal, doctor Eguren, tomó el juramento al Vicepresidente señor Javier Vargas Vargas y a los demás magistrados señores Jorge Vásquez Salas, Nicanor Silva Salgado, Alfredo Corso Masías, Mario Peláez Bazán, Oswaldo Rodríguez Mantilla, Alfonso Rodríguez Domínguez y Manuel Aguirre Roca, orden que corresponde a las edades de los magistrados del mayor al menor. Concluida la juramentación, el señor Eguren, Presidente del Tribunal leyó su discurso al público asistente<sup>2</sup>. A la instalación asistió el presidente de la República Fernando Belaunde Terry y otras distinguidas personalidades<sup>3</sup>. La editorial del Diario El Comercio escribió que “por primera vez en la historia republicana, un organismo de tanta jerarquía estará encargado de controlar el cumplimiento de la Constitución. Para un Estado de Derecho, ello significa garantía de solvencia en los ámbitos legislativo y jurisdiccional”<sup>4</sup>.

A raíz de lo expuesto, se debe recordar que el único magistrado que estuvo tanto en el Tribunal de Garantías Constitucionales como en el Tribunal Constitucional fue el magistrado Aguirre Roca. Dicho magistrado,

---

2 Acta de la Sesión Solemne de Instalación. Tribunal de Garantías Constitucionales. 19 noviembre de 1982.

3 Diario El Comercio, viernes 19 de noviembre de 1982, El Comercio, 20 de noviembre de 1982. Sobre instalación del TGC.; El Comercio, 21 de noviembre de 1982. Declaraciones sobre la instalación del TGC.

4 Editorial del Diario El comercio. Sábado 20 de noviembre de 1982

en el curso de este primer organismo protagonizó encarnizadas contiendas al interior de la corte; y luego, en los últimos años de este organismo evidenció las limitaciones de dicha institución proponiendo reformas institucionales.

### 3. Adquisición y legado de bienes inmobiliario

Dos locales que hoy usa el Tribunal Constitucional son herencia patrimonial del Tribunal de Garantías Constitucionales, en uno de ellos incluso comenzó el TC, antes de estar en *Casa Pilatos*, como se le llamó a la sede central del Cercado de Lima a raíz de las Tradiciones Peruanas de Ricardo Palma. Un primer local que mencionar es la actual sede del Centro de Estudios Constitucionales, en Lima, en el distrito de San Isidro. A su interior, en el lugar donde hoy se encuentra la biblioteca, se sentaban las secretarías a taquigrafar las sentencias dictadas por los magistrados. El segundo local se encuentra en Arequipa, y actualmente, funciona como sede de las audiencias descentralizadas del TC. A la sede Arequipa también se le Yanahuara, por la ubicación dentro de su provincia. Fue comprada por los magistrados del TGC bajo la expectativa de poner en marcha el organismo descentralizado cuya sede principal sería *La ciudad Blanca*, sobre la base del Artículo 304 de la Constitución de 1979 que versa: “El Tribunal de Garantías Constitucionales tiene como sede la ciudad de Arequipa. Excepcionalmente y con acuerdo de la mayoría de sus miembros puede sesionar en cualquier otro lugar de la República”.

670

El 23 de diciembre de 1982 se decide comprar los inmuebles tanto del local inmuebles ubicados en la calle Los Cedros de San Isidro, en Lima y de la calle Misti en Yanahuara en la ciudad de Arequipa. En el ínterin de que tomase propiedad y posesión del local, el TGC sesionó en el Colegio de Abogados de Arequipa<sup>5</sup>. Por solicitud de su Presidente y a pesar de no contar ni de presupuesto ni de infraestructura, solicitó al señor Decano del Colegio de Abogados de Arequipa, Doctor Héctor

---

5 Acta de Ventitrés de Diciembre de Mil Novecientos Ochentidós. Acta del Ocho de Febrero de Mil Novecientos Ochentitrés. Acta del Catorce de Febrero de Mil Novecientos Ochentitrés.



Díaz Valdivia, “*que tuviese la amabilidad de cederle una oficinas de su local institucional, y consecuencia de la avenencia del Decano citado se abrió en dicho local la mesa de partes que empezó a recepcionar expedientes, desde el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, a pocos días de haberse producido su instalación*”<sup>6</sup>. En efecto, el domingo 28 de noviembre se emite un comunicado en el diario Correo<sup>7</sup> de Arequipa (p.11) en el cual se indica que “a partir del día lunes 13 de Diciembre próximo, en el siguiente horario:

Días martes y jueves

horas: 10:00 a 12m.

LOCAL PROVISIONAL: Colegio de Abogados de Arequipa, calle Jerusalén N° 313.

Teléfono 215501.

Arequipa, 25 de diciembre de 1982.

Secretaría General.

671

La necesidad de dotar al Tribunal de una infraestructura básica hace que se tome esta decisión de adquirir los locales referidos. En el acta que se transcribe a continuación se deja constancia de su importancia:

**Transcripción del acta sobre lo manifestado por parte de los magistrados respecto del local que sería la sede del TGC**

[...que las opiniones vertidas, con las cuales estaban de acuerdo señalaban que las opiniones vertidas, con las cuales estaba de acuerdo señalaban que la que reunía las mejores ventajas económicas y funcionales eran la casa situada en la calle Los Cedros de San Isidro Número doscientos cinco – doscientos nueve, de propiedad de los señores Elizabeth Battle de Gazziani, ofrecida

---

6 TGC. Comunicado del Tribunal de Garantías Constitucionales. En El Peruano. Lima, Miércoles 4 de mayo de 1983., p. 4.

7 Diario Correo, Arequipa, domingo 28 de noviembre de 1982.

en soles setentiocho millones, y, otra en Yanahuara, Arequipa, calle Misti número ciento dos ofrecida en soles noventa millones de propiedad de la sucesión Oviedo.[...] inmuebles ubicados en la calle Los Cedros de San Isidro, en Lima y de la calle Misti de la ciudad de Arequipa, así como de los automóviles marca Peugeot que habían intervenido en la licitación. El Tribunal acordó que el Presidente, con vista del Anteproyecto de Reglamento presentados por los señores Vargas Vargas y Peláez Bazán así como por otro magistrado, formulase uno definitivo para ser debatido por el Pleno Administrativo; acordó además ocuparse diariamente en su estudio a fin de formular en el menor tiempo posible el proyecto definitivo. C) Designar al doctor Manuel Visalot Chávez como Secretario General Provisional, del Tribunal cargo que ejercerá hasta el treinta de junio del siguiente año. A continuación el señor Presidente tomó el juramento al doctor Visalot con la siguiente fórmula: “Juro por Dios cumplir fielmente los deberes del cargo que se me ha conferido y guardar lealtad al Tribunal de Garantías Constitucionales”. No habiendo otro asunto de que tratar el Presidente levantó la sesión.)<sup>8</sup>

672

La compra del local de la sede Arequipa estuvo lleno de anécdotas, todas ellas relacionadas con la voluntad o no de implementar el organismo descentralizado, de conformidad al mandato constitucional citado que versaba sobre la sede principal de este organismo. Con respecto al local de *Los Cedros* que se ubica en San Isidro, en Lima, este se inaugura el 17 de febrero de 1983. En esta sede va funcionar el Tribunal de Garantías Constitucionales hasta su cierre, actualmente funciona el Centro de Estudios Constitucionales (CEC)<sup>9</sup>. Donde actualmente se ubica la biblioteca del CEC era el salón principal, ahí se redactaban las sentencias de los magistrados.

---

8 Acta de Ventitrés de Diciembre de Mil Novecientos Ochentidós.

9 Acta de Inauguración del Local de Los Cedros. En Lima, a los diecisiete días del mes de febrero de mil novecientos ochentitrés.

“.....

### **Acta de Inauguración del Local de Los Cedros**

En Lima, a los diecisiete días del mes de febrero de mil novecientos ochentitrés, se reunieron miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales señores Vargas Vargas, Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Rodríguez Domínguez y Aguirre Roca bajo la Presidencia del señor Eguren Bresani en el inmueble ubicado en el distrito de San Isidro, Calle Los Cedros Número doscientos nueve.- Después de comprobar la existencia del quórum de ley el señor Presidente hizo leer por el Secretario, el acta de la sesión anterior, que fue aprobada sin observaciones.- El señor Presidente manifestó que había convocado a los señores Magistrados conforme a lo acordado en la ciudad de Arequipa en sesión del catorce de febrero en el local, que recientemente había adquirido en Lima, con conocimiento del Pleno Administrativo.-Que, cómo sabían, su precio era de setentiocho millones de soles, incluida la línea telefónica.- Que en el presupuesto del Tribunal no se consideraba cantidad alguna para compra de inmuebles, sino una partida para alquileres pero como había manifestado en sesiones anteriores, había optado por la compra haciendo economías y traslados de partidas, a fin de resolver, una vez por todas un problema agudo en la administración pública, y que en este caso redundaba en claro beneficio para el Erario Público. Que el local era para el funcionamiento de las oficinas de coordinación, Dirección General de Administración y demás usos que fuera menester.- Los señores magistrados unánimemente, aplaudieron la determinación del Presidente y el éxito de haberla llevado a cabo, estando todos muy satisfechos con la ubicación y arquitectura del inmueble. Tomando nuevamente la palabra el señor Presidente dijo que, había agradecido a los señores Anchorena y Gálvez, ex Presidente el primero y Presidente el segundo de la Corte Suprema por su amabilidad y comprensión ceder al Tribunal un lugar del Palacio de

Justicia, para su funcionamiento previsional.- Que considerara conveniente celebrar este acontecimiento en compañía de funcionarios y servidores, incluyendo los funcionarios de la Dirección General de Administración, Poder Judicial que, bajo la dirección del señor Carlos Niezen, ha colaborado eficiente y con mucha cordialidad, para la Organización de la Dirección General de Administración del Tribunal, y satisfacción de los presupuestos de mil novecientos ochentidós y mil novecientos ochentitrés, por lo cual los invitaba a pasar al salón de la Presidencia.- Con lo que dio terminada la sesión.....”.

#### 4. Palabras finales

La conservación de estos bienes descritos en el presente texto forma parte de la historia constitucional peruana. En la sede Arequipa por ejemplo se conservan esculturas y cuadros de valor, así como placas del periodo del Tribunal de Garantías constitucionales. Asimismo, las actas que así lo testimonian forman parte del legado cultural constitucional que se debe preservar. Estos documentos ya superan los treinta años, y por ello, ya requieren un tratamiento especial, cual archivo histórico que toda institución que ha logrado un grado de cimentación posee.

Por último, se preguntarán si existe una continuidad entre la experiencia de cómo se organizó el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esto queda resuelto al ver el proyecto de Ley orgánica de este primer organismo, donde se evidencia la participación de los secretarios generales del TGC como promotores de la implementación del TC. Valga recordar que en esta experiencia de la Constitución de 1993 se venció a la tesis de la supresión de una corte autónoma o de su subsunción al interior de la Corte Superior de Justicia del Poder Judicial, tal como lo defendían otros congresistas. En efecto, tal idea referida no prosperó.







ISBN: 978-612-4464-07-2



9 786124 464072