

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
DANTE PAIVA GOYBURU
SECRETARIO

AÑO 19, NÚMERO 37
JULIO-DICIEMBRE DE 2018

37 / 2018

Revista Peruana de

Derecho Público

ENSAYOS

Crisis de la democracia representativa. Soluciones

ANTONIO A. MARTIN

Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa

ERNESTO JINESTA L.

Semblanza de Eduardo J. Couture

INÉS COUTURE DE LANDONI-ANGEL LANDONI SOSA

ESPECIAL: EL REFERÉNDUM

El referéndum y la Constitución peruana

FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA

El referéndum y la lucha política en el Perú

LUIS CASTILLO CÓRDOVA

Reflexiones sobre el referéndum

DANTE PAIVA GOYBURU

Referendum: ¿Debemos repensarlo?

NATALE AMPRIMO PLÁ

El referéndum bajo la lupa

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE



Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 19, Número 37 • Julio-diciembre de 2018

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli,
César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich y José F. Palomino Manchego**

Secretario de Redacción

Dante Paiva Goyburu

Comité Asesor Internacional

- Alemania** : Peter Häberle, Dieter Nohlen
Argentina : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés,
Alejandro Pérez Hualde
Brasil : Luiz Pinto Ferreira (†), José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides,
Marcelo Figueiredo, André Ramos Tavares
Chile : Humberto Nogueira Alcalá, Francisco Zuñiga Urbina
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahita (†), Jaime Vidal Perdomo (†),
Vladimiro Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Munoz,
Julio Cesar Ortiz Gutierrez
Costa Rica : Rubén Hernández Valle
E.E.U.U : Robert S. Barker
España : Pablo Lucas Verdú (†), Francisco Fernández Segado,
Eduardo García de Enterría (†), Luciano Parejo Alfonso
Francia : Louis Favoreu (†), Franck Moderne (†)
Italia : Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro, Luca Mezzetti
México : Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo (†), Diego Valadés
Panamá : César Quintero (†)
Portugal : Jorge Miranda
Venezuela : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge (†)

Alfredo Quispe Correa (†)

Gustavo Bacacorzo

Revista Peruana de Derecho Público

Número 37 • Julio-diciembre de 2018

Tiraje: 130 Ejemplares

Correspondencia editorial:

Av. José Galvez Barrenechea 200 (Corpac)

Lima 27 - Perú

E-mail: asociacion.cmp@hotmail.com

© **ADRUS D&L EDITORES S.A.C.**

Av. Brasil 1682 - Pueblo Libre

Lima - Perú

Teléf. 01-4016451

E-mail: adrusdyleditores@gmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 1501012001-0883

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de:

Joshua V&E S.A.C.

Calle Angamos Nº 118 Urb. María Isabel, Cercado - Arequipa

en el mes de abril de 2019

La “Revista Peruana de Derecho Público” se encuentra en versión digital en el sitio web: www.garcibelaunde.com libre de todo costo, desde el número 1 al 36. Ejemplares en físico, según nuestras existencias, pueden solicitarse al siguiente correo electrónico: asociacion.cmp@hotmail.com al precio, por ejemplar, de S/. 33.00 o US\$ 10.00. El envío a Lima y provincias tiene un costo de S/.10.00 por número. Los envíos al extranjero pagarán el importe del flete aéreo en vía normal o courier, según pedidos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, sin permiso expreso del Director y los autores.

Editorial	9
------------------------	---

ENSAYOS

Crisis de la democracia representativa. Soluciones.	15
--	----

ANTONIO A. MARTINO

Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa.....	45
--	----

ERNESTO JINESTA L.

Semblanza de Eduardo J. Couture	59
---------------------------------------	----

INÉS COUTURE DE LANDONI-ANGEL LANDONI SOSA

ESPECIAL: EL REFERÉNDUM

El referéndum y la Constitución peruana	69
---	----

FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA

El referéndum y la lucha política en el Perú	83
--	----

LUIS CASTILLO CÓRDOVA

Reflexiones sobre el referéndum.....	101
--------------------------------------	-----

DANTE PAIVA GOYBURU

Referendum: ¿Debemos repensarlo?.....	115
---------------------------------------	-----

NATALE AMPRIMO PLÁ

ÍNDICE

El referéndum bajo la lupa	125
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	

CRÓNICA

XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Trujillo, 18-20 de octubre de 2018)	133
MIGUEL VILCAPOMA IGNACIO	

DOCUMENTOS

Informe de la Comisión Presidencial de Reforma del Sistema de Justicia	147
PRESENTACION DE SAMUEL B. ABAD YUPANQUI	
El Derecho del Trabajo en el Perú.....	191
MANUEL VIGIL	
Cuando cuatro votos son igual a cinco	201
JOSÉ LUIS SARDON TABOADA	

NECROLÓGICA

Enrique Bernales Ballesteros (1940-2018)	209
DANTE PAIVA GOYBURU	

EDITORIAL

Este segundo semestre ha presentado un torbellino de sucesos en el ámbito político, con diversos protagonistas y consecuencias en distintos niveles, comprometiendo a varias instituciones públicas, lo que generó acciones y procesos que resultaron totalmente imprevistos, siendo en algunos casos, inevitable, la improvisación.

La imagen del sistema de justicia peruano, en general, se vio severamente dañada, como consecuencia de la difusión de una serie de grabaciones que se habían realizado a magistrados del Poder Judicial, tanto de las cortes superiores como de la Corte Suprema de Justicia, así como a algunos integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, órgano a cargo de la selección, evaluación y destitución de jueces y fiscales, donde se traslucían aparentes actos de corrupción. La situación se tornó insostenible con la difusión de más audios, y ante ello se dictó prisión preventiva contra los magistrados protagonistas del escándalo; y se declaró en emergencia, mediante la Ley N° 30833, al Consejo Nacional de la Magistratura, cesando a su pleno y suspendiéndose su ley orgánica, en un hecho inédito en el presente siglo.

Este hecho tuvo una reacción por parte del Poder Ejecutivo, quien aprovechó la indignación ciudadana, notoriamente exagerada, para llevar a cabo reformas con el fin de hacer frente a la denunciada corrupción del sistema de justicia. En este sentido, mediante la Resolución Suprema N° 142-2018-PCM se creó la Comisión Consultiva denominada "Comisión de Reforma del Sistema de Justicia", dependiente de la Presidencia de la República, presidida por Allan Wagner Tizón y conformada por siete miembros, quienes el 25 de julio de 2018 presentaron el informe "Hacia un Sistema de Justicia honesto y eficiente", el cual contenía una serie de recomendaciones vinculadas principalmente a la

creación de nuevos órganos para el control y la modernización en el Poder Judicial y otras entidades relacionadas con la labor jurisdiccional del país.

Pero la otra medida impulsada por el Presidente la República, anunciada en su mensaje ante el Congreso el 28 de julio, fue la de convocar a un referéndum sobre las iniciativas de reforma que presentaba como remedio frente a los hechos de corrupción en el sistema de justicia y también en el ámbito político. Luego de debates y tensiones entre el Ejecutivo y el Legislativo, llegando a emplearse, incorrectamente, la denominada “cuestión de confianza” se aprobó en el Congreso las propuestas de reforma, quedando expeditas para someterse a referéndum. Estas iniciativas, conforme al Decreto Supremo N° 101-2018-PCM, correspondían a las siguientes preguntas: 1. ¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)? 2. ¿Aprueba la reforma constitucional que regula el financiamiento de las organizaciones políticas? 3. ¿Aprueba la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República? 4. ¿Aprueba la reforma constitucional que establece la bicameralidad en el Congreso de la República?

El referéndum se realizó el 9 de diciembre, siendo aprobadas las 3 primeras propuestas, y rechazada la del retorno de la bicameralidad. Este referéndum tuvo varias particularidades, comenzando con el equivocado procedimiento de convocatoria, lo cual ha sido observado por la comunidad académica. Un balance objetivo sobre lo que fue el desarrollo de este proceso electoral se encuentra contenido en el Informe Preliminar elaborado por la Misión de Expertos Electorales de la Organización de los Estados Americanos (OEA), siendo importante analizar el bajo nivel de información de la ciudadanía sobre la consulta en la cual participaba, así como la neutralidad que correspondía guardar a las autoridades públicas.

Asimismo, el domingo 7 de octubre se llevaron a cabo las elecciones para elegir a las autoridades regionales y municipales, quienes iniciarán su gestión en el mes de enero del año 2019 y la culminarán en diciembre del año 2022. Las expectativas ciudadanas sobre la gestión municipal y regional son amplias, añadiendo a eso la próxima conmemoración del Bicentenario de nuestra Independencia, de las cuales deberán ser partícipes.

La actividad académica jurídica continuó su desarrollo, llevándose a cabo en Trujillo, del 18 al 20 de octubre, el XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

y la Universidad Privada “Antenor Orrego”, bajo el lema “A los 25 años de la Constitución de 1993”. Fue la oportunidad también para rendir un justo homenaje a los maestros Víctor Julio Ortecho Villena y Sigifredo Orbegoso Venegas, referentes del constitucionalismo trujillano y líderes del importante movimiento que se gestó en esas tierras.

En el ámbito procesal constitucional, corresponde resaltar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional acerca de tres mediáticas demandas de inconstitucionalidad: La modificación del artículo 37° del Reglamento del Congreso sobre regulación de grupos parlamentarios (Exp. 00001-2018-AI), la cuestión de confianza y crisis total de gabinete (Exp. 00006-2018-AI), y la ley que regula el gasto de publicidad estatal (Exps. 0012 y 0013-2018-AI). En el primer caso, la demanda fue declarada infundada, pero el fallo incluyó un criterio interpretativo que ha generado más dudas que certezas; en el segundo, el fallo declaró fundada la demanda, y en el tercero, fundada en parte.

Por su parte, los procesos penales alcanzaron cierto impacto mediático con los juicios seguidos a integrantes del partido Fuerza Popular y otros actores políticos. Los fiscales y jueces penales dedicados al conocimiento de dichas causas tuvieron, en algunos casos, medidas excesivas en el uso de la prisión preventiva, con un alto impacto en los medios de comunicación, pero que originaban ciertos reparos sobre el derecho a la libertad y el uso de las medidas cautelares. Se olvidaron del clarísimo informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) que denuncia el uso abusivo de la prisión preventiva en nuestra región.

Dedicamos este número a la memoria de nuestro querido amigo y colega Enrique Bernal Ballesteros, fallecido el 24 de noviembre de 2018. Su legado de amor por el país y ejemplar compromiso académico será ampliamente recordado, así como su magistral desempeño en la actividad pública y la docencia universitaria. Al momento de su sentido deceso formaba parte del Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral de las Elecciones Regionales y Municipales, contribuyendo con su amplia experiencia política y sus valores en el desarrollo del proceso electoral; recibiendo de parte del Jurado Nacional de Elecciones, póstumamente, la medalla al mérito cívico en el grado de “Defensor de la Democracia”.

Lima, diciembre de 2018.

La Dirección.

ENSAYOS

CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. SOLUCIONES

Antonio A. Martino^(*)

1. El problema

No caben dudas que hay una crisis de la democracia representativa en muchas partes del mundo. Es más, podría hablarse también de crisis de la democracia.

En 1978 escribía un artículo sobre la dictadura y constataba que había una tendencia importante en el mundo para pasar de sistemas totalitarios hacia sistemas democráticos [1] al final de siglo, la tendencia era clara y los países democráticos eran mayoría -por primera vez- en el concierto internacional.

Hoy en día, el foco está puesto en las formas de gobierno de los países e, incluso, algunos regímenes totalitarios buscan disfrazarse como una democracia. Este es el caso de los países árabes del Norte de África o el de Corea del Norte o, también, se puede rescatar el caso de la República Popular China que tiene un régimen unipartidista.

Esto dio mucho material para estudiar y elaborar varias tesis. Una de las más afirmadas, la teoría de la consolidación democrática, sostiene que una vez que los países desarrollan instituciones democráticas, una sociedad civil robusta y cierto grado de riqueza su democracia está asegurada.

(*) *Emeritus professor* de las Universidades de Pisa (Italia) y Salvador (Argentina).

Con los movimientos que se van dando en muchos países –incluyendo los centrales– se diría que la teoría atraviesa un momento de crisis y merece la pena ocuparse de ella. Los más pesimistas se “preocupan”.

Las democracias contemporáneas deben medirse generalmente con nuevos desafíos: la globalización, la crisis económica, el terrorismo, el desplazamiento de gente desesperada y con nuevos sujetos políticos: movimientos y no partidos, partidos populistas. Por eso, a la búsqueda de una alternativa, una parte importante de la opinión pública elige la ruptura, como han mostrado elecciones sorprendentes en el último bienio. El mismo populismo ha ido cambiando “el divorcio entre las clase populares y las clases medias ofrece espacios al populismo “. De este modo “ las democracias están divididas por un *cleavage* territorial que opone, de un lado, las grandes metrópolis globalizadas, insertas económica y culturalmente en el mundo y, por otro lado el mundo de los pequeños y medios municipios, rurales, en retirada frente a los grandes flujos del cambio” [2]

En el libro indicado en la nota se descubre que a la pregunta “va mal la democracia” contestan afirmativamente el 55 % en la U.E. y el 44 % en USA. El problema es que en los países nórdicos el rechazo es bajo: 17 % en Noruega, 34 % en Suiza, Finlandia y Holanda. En Gran Bretaña llegamos al 50 % , 53 % en Francia, 60 % en España. El bloque de los países europeos del Este, que vienen de regímenes totalitarios va del 60 al 80%, Grecia 67 o 68%, Italia 79 % Hungría 80% y Bulgaria 82 %, con el agravante, como releva un capítulo de Bruno Cautrès “La preferencia de un hombre fuerte para guiar al país”.

Hoy, en la era de los millennials, con Internet manejando nuestra vida y con las redes como máxima expresión de nuestros sentimientos, el papel ha desaparecido de las calles, pero la emoción no. Esta se sube en 140 caracteres, con fotos retocadas y con agresiones, incluso para que niegues a tu madre, a través de Facebook.

¿Cómo es esta democracia digital? ¿Es mejor que la otra o no?, pero sí que es diferente. Es un termómetro, no solo para medir a la gente – no sé si la más preparada, desocupada, entendida o la más motivada –, aunque sea mediante compra. Pero sí sé que es un indicativo de estados de ánimo y, en contra de lo que los políticos creen, en la política los estados de ánimo lo son todo.

Los pueblos no son niños, no se puede pretender convencerles de que se les va a aplicar el mejor tratamiento.

Un buen gobierno siempre será un buen gobierno, solo que no existe si el pueblo que gobierna no lo percibe como tal. Los pueblos no son niños, no se puede pretender convencerles de que se les va a aplicar el mejor tratamiento porque lo entenderán cuando sean mayores.

¿Es muy difícil la democracia representativa en este sistema? Cuando en Inglaterra el voto era entre Disraeli y Gladstone, era un sistema en el que las mujeres no votaban y había un sufragio, no de representación colegial como en Estados Unidos, sino selectivo, tanto por los impuestos como por las propiedades.

Todas las democracias se basan en que podemos elegir a nuestros gobernantes, pero todas deberían, además, tener en cuenta que un mal paso no debería ser una hipoteca de nuestra vida.

Le hemos dado al valor del voto una indisolubilidad del vínculo, como si fuera el matrimonio antes del Concilio Vaticano II. Es un error. Hay veces que nos equivocamos y los tiempos legales nos obligan a aguantarlos. La gran ventaja que tiene esta democracia es que los errores son inmediatos.

Las democracias contemporáneas tiene además enemigos claros como Putin en Rusia, que fomenta las Fakes news, los mensajes políticos, la desestabilización de Europa y sobre todo de los Balcanes apoyando los grupos paramilitares que existen en Bosnia Herzegovina.

En nuestra zona, que nunca fue terreno de democracias fuertes ya algunos periodistas como Alan Riding, escriben en el País "Ha llegado el momento de un cambio drástico en México que sacuda el sistema" [3] y agrega "El desencanto con la democracia se ve en toda América Latina. La democracia no es un tema esencial para definir el voto, como la seguridad, el trabajo o comer y poder vivir, todos esos elementos que usted y yo tenemos antes de preocuparnos por ver quién será el presidente"

En numerosos países, incluyendo Australia, Gran Bretaña, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Suecia y Estados Unidos, se ha desplomado el porcentaje de personas que dice que es "esencial" vivir en una democracia, particularmente entre las generaciones jóvenes.

2. Crisis de la democracia representativa

Yascha Mounk [4] se pasó los últimos años desafiando una de las presunciones fundamentales de la política occidental: que una vez que un país se convierte en una democracia liberal, así permanecerá.

Su investigación sugiere lo contrario: que las democracias liberales alrededor del mundo pueden estar en serio riesgo.

Mounk y Roberto Stefan Foa, [5] reunieron y analizaron datos sobre la fuerza de las democracias liberales y publicarán su conclusión en el número de enero de *The Journal of Democracy*. Actualmente, dijo Mounk, “las señales de advertencia están en rojo”.

La teoría de la consolidación democrática pareció sustentada por los sucesos globales. Los datos de Freedom House, una organización que monitorea la democracia y la libertad en el mundo, muestran que el número de países clasificados como “libres” aumentó de manera sostenida de mediados de los 70 hasta principios de los 2000. Sin embargo, desde 2005, el índice de Freedom House muestra que la libertad global cae año tras año.

Estos autores desarrollaron una fórmula de tres factores para detectar si una democracia está aquejada de crisis, antes de que desarrolle síntomas inequívocos.

El primer factor es apoyo público: ¿qué tan importante creen los ciudadanos que sea que su país siga siendo democrático?

El segundo era la apertura pública a formas no democráticas de gobierno, como un régimen militar.[6]

Y el tercer factor era si “partidos y movimientos anti sistema” estaban logrando apoyo entre el público.

Si estaba cayendo el apoyo por la democracia mientras las otras dos medidas estaban al alza, los investigadores catalogaban a ese país como “desconsolidándose”, el equivalente político a una fiebre baja que se presenta el día antes de la gripe.

Por ejemplo, Venezuela disfrutó de las marcas más altas posibles en las medidas de Freedom House de derechos políticos y democracia en los 80. Pero durante ese aparente periodo de estabilidad, Venezuela ya clasificaba como desconsolidándose en la prueba Mounk-Foa [7].

De acuerdo con el sistema de detección temprana Mounk-Foa, las señales de desconsolidación democrática en Estados Unidos y muchas otras democracias liberales hoy son similares a las vistas en Venezuela antes de su crisis.

3. ¿Cuál democracia? [8]

Debemos, brevemente, plantear una posible categorización indicando tres arquetipos de democracia y de participación: a) la democracia directa, b) la democracia representativa, c) la democracia participativa.

En términos generales y en palabras de Giovanni Sartori, «la democracia que debemos comprender es la democracia política destinada a reducir las múltiples voluntades de millones de personas a una jefatura única» ya que «la democracia política es aquella que opera en las peores condiciones posibles y no hay que pretender de una democracia a gran escala lo mismo que se puede esperar de una democracia en pequeña escala» [9].

Debo hacer una aclaración metodológica: soy un sistemista – es decir quienes sostienen que todo es un sistema o una parta de él. Y en particular un sistemista cognitivista, entendiendo por ello una concepción en la cual el sistema no es un “afuera” o un “estar allí”. “mientras seamos capaces de observar y toparnos con esas partes, su sistematicidad surge de relaciones, las cuales son abstractas...experimentamos y hablamos de sistemas, pero no nos topamos con ellos allá afuera. Les damos nombres y al hacerlo les proporcionamos existencia” [10].

Dicho de otro modo un sistema es una construcción mental que tiene un correlato objetivo en el mundo, pero no hay algo así como un sistema objeto y un observador externo.[11]

Esto es particularmente importante en los sistemas de los cuales formamos parte. Sus bordes, sus límites, sus componentes y sus relaciones tienen que ver con la concepción mental con la que se los aborda aunque tengan –como dijimos – un correlato objetivo. Tanto la concepción de la democracia, como los arquetipos de democracia representativa, directa y participativa tienen un correlato objetivo pero son construcciones mentales nuestras que no necesariamente coinciden, por eso es importante distinguir los tipos y los arquetipos y las respectivas concepciones que manejamos.[12]

La democracia representativa está en crisis. En primer lugar por la crisis de los partidos políticos, pero en general por una falta de confianza por parte de la ciudadanía a las maniobras políticas en general.

Por un lado las groseras desmentidas ciudadanas a las apuestas de políticos avezados: El fracaso del referéndum pedido por David William Donald Cameron con el Brexit, el rechazo a los acuerdos de Cuba de la pacificación colombiana pedida por Juan Manuel Santos, presidente de Colombia. La derrota de Hillary Clinton en USA a favor de Donald Trump, la pérdida del referéndum sobre la reforma política de Matteo Renzi. La afluencia a las urnas de solo el 46 % del electorado en las elecciones políticas de junio 2017 en Italia.

Por otro el avance de la anti política: La aparición de movimientos antiestablishment en el mundo se está volviendo una costumbre. Tal vez desde Syriza en Grecia, con el triunfo de lo que parecía un frente populista antieuropeo y anti banca internacional, se desmantelaba un gobierno completo además de un supuesto régimen de acuerdos y negociación.

Hemos visto el creciente peso que Podemos gana en España, ahora frente al escenario de nuevos comicios generales el 26 de junio, donde la fuerza popular de izquierda ha concretado ya una alianza con Izquierda Unida, conformando el primer pacto electoral para las siguientes elecciones[13]. La propia elección de Trump con la ropa de contestación a la política tradicional y el surgimiento de muchos “movimientos” no quieren llamarse “partidos” justamente para destacar que son “anti políticos”[14]

El triunfo del capital: En nuestra época, la concentración de la riqueza es la mayor que conoce la historia humana. Desde una óptica economicista se podría decir que esta observación inicial es una obviedad, porque la concentración de la riqueza es un resultado permanente del capitalismo y, por lo tanto, cada época tendría que superar a la anterior en esa materia. Sin embargo, cuando hablamos de “nuestra época” nos referimos a un período histórico relativamente breve: el que va desde la crisis económica mundial de los años setenta del siglo pasado a nuestros días, una época de brutal acumulación de recursos en una parte ínfima de la población mundial. En esos años se produce una auto revolución capitalista; de la crisis emerge una nueva configuración social: el capital le gana una batalla fundamental a escala mundial al trabajo. El deslizamiento a saltos de una economía industrial a una economía financiera-informacional y de

servicios produce el doble efecto de construir una nueva élite capitalista –acaso la primera que merezca llamarse “global”– y de debilitar material e idealmente al gran sujeto social del siglo XX, la clase obrera.

Las raíces del malestar se remontan mucho más atrás y conectan con la hiperglobalización que se ha vivido desde finales de los años 90 del pasado siglo y con el boom de una serie de tecnologías disruptivas.

Se afirma también que hay una percepción de competencia total, cada vez más acelerada, sobre terrenos desiguales, una guerra de todos contra todos, lo cual produce un tremendo incremento en odio mutuo y una irritabilidad universal. “Si la gente se siente frustrada triunfa la demagogia”, el anarquismo de los desheredados y de los que se sienten superfluos, el nihilismo del lobo solitario. Emergen individuos desafectados, globalmente, que realizan actos de extrema violencia contra sus supuestos enemigos. Para ellos la violencia lo es todo pues carecen de una visión de una realidad política alternativa. Hay quienes caracterizan estas expresiones como una guerra civil global o como una jihad global, donde las organizaciones extremistas encuentran sus reclutas entre los jóvenes desempleados e inempleables, fácilmente y en todas partes[15].

Es de estas semanas la acción del gobierno húngaro encabezado por Fidesz que lanzó una campaña nacional de anuncios publicitarios y televisivos que recuerda las horas más oscuras de Europa.

La campaña utiliza una imagen de un sonriente George Soros con el lema “No permitamos a Soros tener la última risa!”

Fidesz rechaza las acusaciones de que la campaña es antisemita en su naturaleza y afirma que el objetivo del gobierno húngaro es detener la “campaña de inmigrantes” de Soros, que ellos dicen está promoviendo la inmigración de un millón de inmigrantes ilegales a Europa.[16]

Es tiempo de migraciones extraordinarias[17] y no necesariamente queridas, aumento de las desigualdades sociales y de tentativas de políticas globales[18].

4. Soluciones posibles

Frente a esta crisis de la democracia representativa quedan sustancialmente dos alternativas: 1. Profundización de la democracia participativa

con miras a una democracia deliberativa o 2. Alternativa de democracia directa con uso de nuevas tecnologías.

El punto 1 o sea la democracia participativa lo iremos desarrollando a lo largo de la descripción.

El punto 2 Alternativa de democracia directa con uso de nuevas tecnologías pienso desarrollarlo a continuación, advirtiéndome que también me referiré a las democracias participativas o deliberativas pues no se trata de un aut aut entre democracia representativa y democracia directa: hay una serie de instrumentos intermedios que existen y seguramente se ampliará su uso, en el futuro inmediato. [19]

El tema no solo es nacional sino también supranacional. En Europa existe un "Movimiento cambiemos la ruta de Europa" [20] expresa: "Per rispondere al neo-protezionismo USA, al nazionalismo russo e alla trasformazione nella rete dei poteri globali, la riapertura del cantiere europeo appare dunque necessaria al fine di dotare l'Unione europea dei poteri e degli strumenti necessari a svolgere un ruolo autonomo di attore a livello planetario per contribuire ad avviare un nuovo ciclo nel governo dell'interdipendenza segnato da uno sviluppo equilibrato e sostenibile, dalla distensione e dal rispetto della dignità umana.

Non va esclusa nessuna variante della costruzione istituzionale, sia dal punto di vista del metodo che del contenuto del progetto. In questo quadro il Movimento europeo in Italia è convinto che i paesi dell'Eurozona e quelli che vorranno entrare a farne parte sono chiamati a costituire l'avanguardia di una più compiuta integrazione politica per realizzare una Comunità federale." [21]

¿Un camino hacia la democracia directa?

El segundo cuerno de la alternativa es la salida a la democracia directa. Magnífica idea en comunidades pequeñas, difícilísima en las comunidades actuales nacionales y supranacionales.

Con una reflexión suplementaria: existe la creencia que los ciudadanos se ocupan mucho de política pues hablan mucho de ella. Creencia errónea [22]. A los ciudadanos les encanta hablar de política, alabando a unos y criticando a otros y delineando algún mundo medianamente

imposible. Pero al momento de “ocuparse de política” son pocos los que quedan en el campo [23].

En este momento es difícil saber si la democracia directa es posible en un tiempo previsible, pero es cierto que muchos acontecimientos van llevando hacia ella.

5. El gobierno abierto

En muchas partes del mundo se abre paso la idea de presentar o requerir un gobierno abierto esto es una nueva forma de gestión pública, una nueva relación entre los ciudadanos y sus gobernantes. Es una filosofía de gobierno que plantea una gestión pública transparente y colaborativa, a partir de la disponibilidad de la información completa, veraz y suficiente, para que los ciudadanos puedan tomar parte en las decisiones de gobierno de manera idónea y efectiva. Todo basado en una relación constante de ida y vuelta de información entre el Estado y los ciudadanos.

Los comienzos de la Administración Obama en los EE.UU. y sus esfuerzos por modernizar la administración federal significaron el inicio del redescubrimiento del concepto gobierno abierto (open government) dentro del sector público en todo el mundo. En este sentido, el Memorándum for Transparency and Open Government (21 de enero de 2009), incorporó esta cuestión como una prioridad política de primer orden en torno a tres principios claves: colaboración, transparencia y participación.

Gobierno abierto y profundización de la democracia son dos caras de la misma moneda ya que las medidas para implementarlo constituyen una nueva forma de aproximarse a los ciudadanos, una revolución en la forma de utilizar la información de las administraciones públicas o, incluso, una plataforma en la que los ciudadanos se convierten en los verdaderos protagonistas de la democracia cuando hablamos de gobierno abierto nos referimos al acceso y la libertad de información, la protección de datos, la reforma de las leyes sobre secretos oficiales y la necesidad, en una democracia consolidada, de poder obtener información útil y accesible sobre las actividades gubernamentales.

La teoría de la democracia participativa aparece como un intento de combinar adecuadamente el principio de representación con el incremento de la participación política de los ciudadanos. Podemos considerar que la teoría de la democracia participativa es un modelo normativo puro y

dentro del amplio espectro de enfoques que pueden ser identificados como tal. Las características básicas que subyacen en la misma son el fomento a la participación directa de los ciudadanos en el gobierno y la deliberación en la formación de la opinión política.

Desde hace una década, y sobre todo a raíz de la crisis económica mundial que comienza en 2008, las presiones para que los gobiernos y sus administraciones públicas se abran al escrutinio público, sean más accesibles y sensibles a las demandas y necesidades de los ciudadanos, y respondan por la confianza política otorgada para gestionar la cosa pública. El debate sobre del tipo de gobierno e instituciones públicas que son necesarias para asumir los retos que impone el siglo XXI es la continuación de una reflexión permanente por adecuar la arquitectura institucional y política, la reforma del Estado y los procesos de modernización de la gestión pública, que se han intensificado en los últimas dos décadas.

Sin embargo y dado el reconocido fracaso de diversos modelos de reforma y la contradictoria evidencia vinculada a los resultados de las recetas aplicadas bajo el paradigma de la Nueva Gestión Pública (NGP), ha surgido un nuevo movimiento en cuya base encontramos un fuerte cuestionamiento a la forma en que se trabajan los asuntos públicos, que pone de relieve el incontestable fenómeno del uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación (TIC) y de las redes sociales (o Web 4.0)[24], que promueve una activa y comprometida participación de la ciudadanía y que, finalmente, presiona a los gobiernos e instituciones públicas a ser más transparentes, facilitar el acceso a la información que poseen, y a guiarse por nuevos códigos de conducta en cuyo trasfondo residen las nociones de “Buen Gobierno”.

Para la OCDE el término ha evolucionado desde una mirada basada en tres dimensiones relevantes que apelan a contar con una Administración Pública transparente, accesible y receptiva (OCDE, 2006)[25], a un enfoque donde se le considera como plataforma para resolver cómo el gobierno puede trabajar con la sociedad y los individuos para co-crear valor público (OCDE, 2010)[26].

Algunos de los ejemplos más conocidos son los que ofrecen portales web como <http://www.wheredidmytaxes.co.uk/> o <http://flyontime.us/> en los que se abordan experiencias ligadas a la filosofía del open government. En el primer caso, se ofrece la oportunidad a

los contribuyentes británicos de conocer el destino de sus impuestos, incorporando en la aplicación unos datos básicos relativos a la renta. En el segundo, la experiencia resulta más llamativa todavía, en la medida que la aplicación desarrollada permite cruzar datos procedentes de dos agencias públicas diferentes, sobre el nivel de puntualidad de todas las compañías aéreas que operan en todos los aeropuertos de los Estados Unidos, con los datos sobre las condiciones climatológicas. El resultado es la posibilidad de conocer la hora estimada de llegada de un vuelo en el futuro, teniendo en cuenta las condiciones climatológicas previstas para el día y hora de llegada. En los dos casos, los datos puestos a disposición por las administraciones públicas resultan el sustrato necesario que facilita la posterior innovación social. Desde un punto de vista práctico, la puesta en marcha de la iniciativa Open Government Partnership ha puesto de relieve el interés y viralidad de este tipo de iniciativas dentro de los gobiernos a nivel global. La declaración original fue planteada el 20 de septiembre de 2011 y establece algunas ideas clave ligadas a la apertura y rendición de cuentas dentro del sector público [27].

Es un nuevo paradigma de gobierno, se basa en tres principios: transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas. El ex presidente de los Estados Unidos, Barack Obama fue uno de los pioneros cuando en enero de 2009 realizó la siguiente declaración: “Mi administración está comprometida con la creación de un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno. Vamos a trabajar juntos para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración”.

6. Las nuevas tecnologías y su interés en política

Las nuevas tecnologías han irrumpido con fuerza en la vida cotidiana desde el uso de celulares hasta la difusión de las redes sociales en lo que se denomina TICs. Obviamente la política no podía quedar fuera.

Aunque el periodo de uso haya sido breve hasta ahora, ya podemos decir de la penetración de la telefonía móvil y las nuevas tecnologías es importante. La e-administración avanza con relación a las empresas y menos con respecto a los ciudadanos. Pero avanza.

Las instituciones políticas tratan de usar las nuevas tecnologías pues allí están las nuevas formas rápidas de dar mensajes y recibir respuestas. Las usan para reformular su estructura y reforzar el poder, pero no pueden eliminar los hándicaps de la comunicación y del poder.

Las nuevas tecnologías tienen dos caminos en política: uno más sencillo es el de reforzar los medios actuales de la democracia representativa el otro más lejano y complicado el de favorecer una nueva manera de hacer política.

Internet y la democracia se encuentran y chocan entre la teoría y la práctica, al tiempo que socava los viejos regímenes políticos, de hecho empuja hacia la realización de una inversión directa. Todavía estamos lejos de una definición de la democracia como el proceso de elaboración de políticas, en la que los gobernantes, consideradas iguales en lo político, controlable y reemplazable, demuestran receptiva a las preferencias de los gobernados.

La receptividad es la función resaltada por Dahl[28] en la definición de la democracia como sistema político que tiene la capacidad de responder a las necesidades de los ciudadanos.

Desde aquí también se plantea lo que el propio Dahl llamado dilema democrático: "... para hacer crecer el tamaño de la póliza, disminuye el control de los ciudadanos sobre el mismo, por lo que la democracia Estado-nación parece que tiene que correr la misma suerte de la democracia de las ciudades -estado "[29]

A partir de la democracia directa, en el modelo del ágora de Atenas, donde se colocan los políticos y la gente en el mismo nivel y donde se ha producido una intervención inmediata de la comunidad en cada una de resoluciones específicas, a través de los instrumentos de referéndum, la iniciativa popular , los referéndums confirmatorio o revocatoria, la democracia representativa, en la que ahora tiene una intervención indirecta las personas se ha inclinado hacia la democracia directa . En las deliberaciones, las cuales, a través de la libre expresión de sus votos, la elección de los titulares de los órganos del estado supremo al que se le asigna la tarea de actuar como su representante (autogobierno, lo que obliga a los ciudadanos suficientemente preparados), para llegar a través del establecimiento de una democracia electrónica donde la mayor velocidad de la información, el creciente deseo de una política

más accesible a todos, y la cada vez mayor decepción de los ciudadanos en relación con acciones de los políticos, juegan un papel central en la fase y el procesamiento.

En su libro *La democracia fuerte. Política de participación para una nueva era*. B. Barber establece que “las democracias eficaces necesitan grandes ciudadanos. Somos libres sólo si somos ciudadanos y nuestra libertad y nuestra igualdad durar todo el tiempo que dure nuestra ciudadanía (...) Los ciudadanos definitivamente no nace, sino que se convierte como resultado de la educación cívica y el compromiso político en un estado libre “ [30]. De acuerdo con Barber única democracia fuerte es capaz de mantener viva la democracia, ya que no está garantizado por los líderes políticos, sino por ciudadanos competentes y responsables. La democracia fuerte se centra la atención en la capacidad educativa y la libertad que su ejercicio político puede y debe tener la ciudadanía.

Esto se hace eco de McLuhan[31] . La formulación de políticas que se hacen más acuciantes “con el aumento de la velocidad de la difusión de la información, la tendencia en la voluntad política para alejarse de la representación y la autoridad concedida a los elegidos, para acercarse a un lugar implicado dirigido a la comunidad en las decisiones del gobierno “.

Por último, la República Electrónica se realizará cuando se volverá a dibujar las instituciones políticas y replanteando todos los mecanismos políticos que no funcionan y que contribuyen a la creciente frustración de la gente hacia la política. En otras palabras, los estudios sobre la política y el gobierno tendrán que cambiar su orientación y cuestionando no sólo en la calidad de la dirección política (de arriba hacia abajo) también, y sobre todo, en la calidad de la ciudadanía (de abajo arriba).

Norberto Bobbio, lógicamente no haciendo referencia a la red digital, ya en el año 1985 entendió que la democracias directa y representativa no eran suficientes e indicó que «el proceso de ampliación de la democracia en la sociedad contemporánea no se presenta solamente a través de la integración de la democracia representativa con la democracia directa, sino también, y sobre todo, mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos»[32].

7. La democracia líquida [33]

La sociedad civil demanda condiciones más participativas y deliberativas en el mundo institucional y social; la idea es promover políticas deliberativas que lleven a la comunidad a tomar decisiones [34].

Al más general concepto de democracia participativa y “que tiene entre sus efectos la desconexión entre gobernantes y gobernados, la ruptura del vínculo representativo entre representados y representantes y el distanciamiento del ciudadano de la vida pública” (Ramírez Nárdiz), se suma el que se conoce como “democracia líquida” cuya participación se despliega a través de las nuevas tecnologías y más en concreto mediante internet.

En los diferentes portales internet que tratan la idea de democracia líquida, no se encuentra una definición unívoca de esta nueva y posible experiencia. A lo largo de este trabajo indicaré los elementos que caracterizan la democracia líquida, mejor aún la remisión que hice a un trabajo anterior. La democracia líquida es la suma de la democracia directa y participativa que se desarrolla a través de nuevas tecnologías que logran superar el límite representativo al que la ciudadanía le tiene rechazo y que identifican con la actual clase política.

En este sentido entonces podemos decir que las dos figuras pueden ser compatibles y complementarias, es decir, la democracia participativa-directa engloba la democracia líquida como herramienta técnica para construir una política participativa.

Los pilares de la democracia líquida son entonces fundamentalmente dos: la delegación del voto y la construcción de un Parlamento Virtual. Sin embargo, estos dos elementos no pueden tener aplicación si previamente no identificamos el escenario en que deberían impulsarse. La preocupación no reside en la utilización de internet para participar en la política de un país –los avances tecnológicos son imparable y más temprano que tarde el Parlamento virtual si no será una realidad, por lo menos será una posibilidad concreta–; más bien se levantan algunas inquietudes sobre quién y cómo se gestionarán, filtrarán y utilizarán las informaciones que almacenadas en la sociedad de la información se catapultan en la sociedad del conocimiento.

Los partidarios de la democracia líquida identifican la delegación del voto (y la delegación del voto digital) como uno de los puntos cardinales de

la política democrática digital. Técnicamente, se trata de confiar el voto a un representante experto por cada materia de actuación. Se asiste entonces a una modalidad que, en sus características jurídicas y generales, identifica un mandatario que cumple con instrucciones (Sartori). Esta técnica no menoscaba la participación directa, es decir, el ciudadano recurrirá a la delegación sólo en los casos que no tiene interés o competencia para expresarse conscientemente sobre un tema concreto. Este sistema además incluye la "delegación transitiva" donde el nombrado representante puede delegar a otros representantes estableciéndose así verdaderas cadenas de confianza que canalizan los votos.[35]

El segundo pilar de la democracia líquida es la creación de un Parlamento virtual que deberá reemplazar el Parlamento tradicional. En realidad, la creación de este tipo de institución virtual resulta más compleja de lo que parece y, de hecho, se trata solamente de la última fase de este traspaso entre un organismo clásico a favor de uno que representa la era 4.0.

El Parlamento Virtual consentirá, siempre según la visión de los partidarios de la democracia líquida, que cada ciudadano ocupe su escaño y pueda votar, realizar propuestas o delegar su voto en los representantes que elija (por eso la importancia de la delegación del voto) a través de las nuevas tecnologías. A tal propósito y para garantizar la identidad del ciudadano y comprobar la legalidad de su voto, se utilizará el documento de identidad electrónico que entre otras opciones, incorporará funciones criptográficas de identificación y firma digital [36].

Resulta evidentemente significativo investigar sobre la realización del traspaso de poder entre el Parlamento actual y el Parlamento virtual. La respuesta por los partidarios de la democracia líquida es la creación del Partido de Internet. Se trata de un partido sin ideología política. Un partido que sirve como trámite entre los ciudadanos inscriptos y el Parlamento virtual. En el material difundido por los creadores del Parlamento virtual, se puede analizar la naturaleza de este proyecto que ya se encuentra en una fase avanzada: "nuestro partido propone ser ese caballo de Troya, que jugará al juego democrático actual, para cambiarlo desde dentro".

Si, a través de nuestros escaños, podemos llevar a las cámaras lo que opina la gente en Internet, habremos implementado una democracia Líquida dentro del sistema actual con la intención de crecer y que, finalmente, los partidos sean meros movimientos de opinión en el propio

sistema de votación por Internet. En ese momento habremos cambiado el sistema, dicen sus ideólogos. Por lo tanto, se trata de un partido político herramienta, sin ideología propia. La afiliación es gratuita y se financia a base de donaciones voluntarias. Las cuentas son públicas y las listas para las elecciones abiertas. Al reflejar la opinión de todos los que voten a través de Internet, no tenemos una tendencia política establecida.

La democracia líquida funciona así: alguien vota y es el proxy de otros en temas ambientales, pero X puede representarte en temas de educación y Z en el área de salud. En cualquier momento puede retomar la representación directa de su voto, para cualquier tema y sin tener que explicar el por qué, “es poder de representación”, de participación en la toma de decisiones colectivas[37].

8. Algunos ejemplos

Las TIC, por sus características de relaciones horizontales, multiplicidad de actores, funcionamiento descentralizado y no acotado geográficamente, permiten – como mínimo a nivel técnico– traspasar el sistema de representación tradicional y avanzar hacia una democracia representativa con una fuerte participación ciudadana, manteniendo el sistema de deliberación social. Así pues, facilitarían la transición de una forma de gobierno tradicional a una forma de gobierno relacional denominada *governance*, incorporándose a un sistema complejo que introduce la participación de varios actores en el gobierno y conlleva cambios en los roles de los poderes públicos, en la posición que adoptan en los procesos de gobierno y en la utilización de nuevos instrumentos de gobierno.

En este marco de *governance* electrónica se potencian formas de participación electrónica diversas. En los años noventa encontramos en Estados Unidos y Europa algunas experiencias pioneras. Destaca Minnesota e-Democracy[38] nacida en 1994 con el objetivo de informar sobre los candidatos y los programas electorales.

Actualmente, se ha ampliado a Estados Unidos y permite a los ciudadanos debatir y opinar sobre temas políticos locales, estatales o federales. En el Reino Unido destaca UK Citizens Online Democracy[39] creada con el objetivo de ofrecer información y fomentar el debate entre los ciudadanos sobre temas de política general. A nivel local se desarrolla la experiencia Online Democracy in Brent[40], en la que además de

la consulta a la ciudadanía también se ofrecía información y se abría el debate ciudadano.

En los últimos años estas experiencias se han desarrollado enormemente. Siguiendo la variable de alcance territorial destaca *Vote for the EU you want*[41] experiencia de ámbito supraestatal impulsada en el 2003 por la Unión Europea con el objetivo de aumentar la participación de los ciudadanos en los debates y la toma de decisiones. Permitía a los ciudadanos votar electrónicamente y emitir sus opiniones en relación con varios temas de interés para la UE.

A nivel autonómico encontramos *Democracia.web* [42] impulsada en 1998 por la Fundación Jaume Bofill con el apoyo del Parlamento de Cataluña, con el objetivo de acercar la ciudadanía al Parlamento. Permite a los ciudadanos comunicarse con los diputados y los grupos parlamentarios, seguir las tramitaciones parlamentarias y hacer llegar propuestas de enmienda. Por otro lado destaca la *Web de l'Estatut* [43] impulsada en el año 2004 por la Dirección General de Participación Ciudadana, con el objetivo de habilitar un espacio en Internet para el proceso de participación de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ofrecía información, varias herramientas de participación como foros de discusión, chats y la posibilidad de realizar preguntas y propuestas sobre la nueva ley estatutaria.

En el ámbito municipal encontramos *Consensus* [44] experiencia que ofrece varias funcionalidades de participación ciudadana a los municipios, con tal de complementar los procesos participativos presenciales. También a nivel local, encontramos *Madrid Participa*[45], la consulta ciudadana electrónica con más participantes potenciales (136.227 personas) realizada en España. Tiene lugar en Madrid en junio del 2004 y a través de las TIC.

Es preciso señalar que las experiencias mencionadas se encuentran dentro de la estrategia demoelitista, introduciendo cambios en el elitismo democrático sin alterar la lógica de la representación.

El Partido de la Red es una idea y desarrollo de un grupo de emprendedores tecnológicos, comunicadores sociales, educadores y politólogos, que consideraron que el ejercicio de la actual democracia alejaba mucho al ciudadano de los ámbitos de decisión. "El Partido de la Red es un partido político que propone mejorar la democracia aprovechando las virtudes de Internet. En concreto, propone un modelo de participación ciudadana que es un híbrido de democracia directa y

democracia representativa". Este partido se presentó a las elecciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en octubre de 2013 con una propuesta novedosa: de resultar ganador, su legislador electo votaría aquello que la ciudadanía le indique. Para poder llevar adelante este nuevo paradigma que proponen, desarrollaron un software al que denominaron Democracia.OS, una plataforma online, donde el 100% de la ciudadanía podrá votar sobre cada proyecto de ley. Si un ciudadano no se siente preparado para votar frente a una temática, podrá delegarle su voto a otra persona que elija.[46].

El partido vecinal de Los Ángeles, proporciona por red todos los datos para informarse y para participar en las decisiones municipales [47].

Democracia 4.0, un partido vinculado al 15M que lleva esta propuesta en su programa "democraciapunto". Propone una versión seccionada de la democracia líquida, donde solo se permite la delegación del voto en los partidos políticos, por lo que es una visión partidista. El sistema de democracia representativa con los partidos políticos seguiría funcionando, pero todo ciudadano podría ejercer su derecho a voto a través de una web gestionada por el gobierno mediante el DNIE. Cuando un ciudadano ejerza el voto, le quitará la cuota de representación que le corresponde al parlamento. Si no vota, delega el voto al parlamento. [48].

Aunque es probable que los gobiernos formales permanezcan en la negación tanto tiempo como puedan, las aplicaciones de bloque de bloques ayudarán a estos grupos a registrarse en formas públicas, inmutables y criptográficamente seguras. Desde un punto de vista técnico, sin duda, son más transparentes -y por tanto legítimos- de lo que los gobiernos formales están ofreciendo actualmente. Liderando el camino hay una organización con sede en España: Aragón.

Aragón, en su núcleo, es una aplicación que interrumpe la banca de inversión. A través de su aplicación, sencilla y fácil de usar, cualquier persona pronto podrá registrar una organización en la cadena de bloqueo (instantáneamente, cero burocracias involucradas), administrar y vender acciones de la misma. La plataforma también incluirá sistemas de votación que utilizan la democracia líquida - implementada por Democracy Earth- permitiendo que cada miembro tenga plena participación en las decisiones que se toman.

9. La democracia directa

Para Andreas Auer [49], “La democracia directa se caracteriza por el hecho de que el pueblo es un órgano del Estado que ejerce, además de las habilidades electorales tradicionales, las responsabilidades específicas en materia constitucional, convencionales, legales o administrativas. Cuando el ejercicio de estas facultades depende de la intervención o la voluntad de otro órgano del Estado, el parlamento o el jefe de Estado, trata de emplearlo o domesticarlo. Es independiente o propia cuando el tiempo y el tema sobre el cual las personas no toman acción que depende de la voluntad de este último, o una norma objetiva sobre la que otros órganos del Estado no tienen ninguna influencia”. Así definida, la democracia directa parece no oponerse a la democracia representativa completa. Pero la definición más tradicional de democracia directa es aquella que elimina a los representantes y establece la participación directa de los ciudadanos en el gobierno de la cosa pública.

En Suiza, como en todos los países democráticos, los ciudadanos eligen a sus representantes. Pero Suiza también da a los ciudadanos la oportunidad de participar directamente en la toma de decisiones. Aunque la democracia directa no es una prerrogativa única de Suiza, el sistema suizo es probablemente el más extenso en el mundo. Los ciudadanos suizos pueden o bien hacer propuestas legislativas, o bien rechazan la legislación ya aprobada por el Parlamento. El único caso en el que el Parlamento puede tomar medidas contra este derecho es si la propuesta legislativa es inconstitucional, o si se viola el derecho internacional.

Si los votantes (por lo general un grupo de interés) se reúnen 100.000 firmas a favor de una iniciativa en particular, la cuestión debe ser sometida a votación en todo el país. En teoría, una iniciativa sólo puede ocuparse de asuntos institucionales, pero en la práctica se mantienen en muy diversas cuestiones. Recientemente se pusieron en marcha iniciativas sobre cuestiones tales como recortes en el gasto militar (rechazado) y la limitación de la población extranjera del 18% (rechazado). Las iniciativas más “originales” se centraron en la simplificación del procedimiento para la apertura de casinos (aceptados) y la prohibición de la producción y venta de absenta (recibidas).

La Unión Europea recientemente (1 de abril de 2012) introdujo un instrumento de democracia directa: el derecho de iniciativa de los

ciudadanos europeos (ECI). Al recoger un millón de firmas en al menos cinco países de la Comunidad, los ciudadanos pueden pedir a la Comisión que presente una propuesta legislativa. Por lo tanto, es una ley popular en la votación parlamentaria. Por lo tanto, es una ley popular en la votación parlamentaria. Aunque el “movimiento” o “Propuesta popular” (ya que este instrumento también se llama así) no es el más poderoso instrumento de democracia directa, ni tampoco es especialmente original, debe tenerse en cuenta algunas particularidades y la originalidad ECI: es el primer instrumento de democracia directa en un nivel continente. Ha permitido la recogida de firmas válidas en la red.

En Estados Unidos, como resultado del período histórico conocido como el “progresismo”, que duró unas pocas décadas entre finales de 1800 y principios de 1900, y que consiste en un movimiento democrático que busca reformas para combatir la corrupción y la degeneración de los partidos políticos, en muchos estados se introdujeron instrumentos de la democracia directa. Entre ellos estaba California, el estado más poblado de Estados Unidos, donde se introdujeron instrumentos de democracia directa en 1911[50]. En particular, el referéndum y las leyes de iniciativa popular a una consulta popular.

Las formas de democracia directa en los presentes estados de Estados Unidos son diferentes, estado por estado, y son diferentes de las de los países donde la democracia directa tiene sus raíces (como Suiza). Un resumen de las diferencias está en el texto de Bruno Kaufmann (1994) donde dice que: “Las iniciativas populares en California deambulan por el Parlamento por completo, mientras que en Suiza, una vez que las suscripciones necesarias son depositadas, se inicia un proceso muy diferente y amplio de consultas y negociaciones”. Otra diferencia es el aumento de la presencia (en los Estados Unidos) del instrumento de denuncia (llamado “recuperación”), presente sólo en algunos cantones suizos. En los Estados Unidos, los instrumentos de la democracia directa son más de veinte. Por ejemplo, los siguientes estados reconocen la ley de iniciativa popular al voto popular: Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Idaho, Maine, Massachusetts, Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregón, Dakota del Norte.

Los instrumentos de la democracia directa están presentes en varios estados del sur de América. El referéndum y la iniciativa popular para una elección popular están en: Bolivia, Colombia, Perú, Uruguay y Venezuela.

Costa Rica prevé el referéndum y la iniciativa popular en la votación parlamentaria (una situación similar a Italia), mientras que Ecuador ofrece la iniciativa popular al voto popular, también se están desarrollando nuevas herramientas del referéndum como presupuesto participativo o iniciativas populares para la expulsión de los elegidos antes del final del mandato, referéndum revocatorio.

Mientras que en el pasado la aplicación de la democracia directa “pura” era (por razones prácticas obvias) obstaculizado por el tamaño de los Estados, en la actualidad, el discurso se volvió a abrir gracias al desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación. Gracias a la propagación de las computadoras y la Internet se ha revelado la capacidad técnica seria para manejar un gran “parlamento virtual” a todos los que tienen derecho (e-democracia).” La democracia directa es profesada hoy por diversos movimientos de todo el mundo (Podemos en España, Syriza en Grecia o el Movimiento 5 estrellas en Italia).

El principal teórico contemporáneo de la democracia directa (o el municipio libertario) es Murray Bookchin. Sus ideas se han realizado bajo el nombre de Confederalismo Democrático.

En el Kurdistán sirio la población se levantó primero contra el régimen de Assad y luego contra Isis (famosa es la resistencia de la ciudad de Kobane) [51]

El partido on line australiano [52] tiene un comienzo muy claro: “Algunas partes dan control a las organizaciones. Algunos nuevos partidos incluso la intención de que le permiten guardar, negociar, comprar y vender votos en línea. ¡NOSOTROS NO! Damos control al votante. Damos control al votante. Un voto por persona, por edición. Sin ahorro, intercambio, compra o venta de votos.

No hay política partidaria, no hay favores a los donantes, no hay influencia de MP y sigue con una clara determinación de la democracia directa[53]

Partido Pirata es una etiqueta adoptada por partidos políticos en diferentes países. Los partidos piratas apoyan la defensa de los derechos civiles y sociales, democracia directa con el modelo de democracia líquida y participación ciudadana, reformas al copyright y leyes de patentes, el libre acceso al conocimiento (abrir contenidos), los bienes de uso común,

la privacidad en la información, la neutralidad en la red y la protección y fomento de Internet, con un acceso igualitario a la misma, incluido el ámbito rural. Actualmente encontramos, una red de 60 partidos piratas en el mundo. Aquellos que tienen mayor participación en el gobierno en elecciones nacionales, se destacan Alemania con el 2,1% de los votos, República Checa con el 2,66%, Suecia con 0,43%, Islandia 5,10%, Ucrania 9,0%. Posee actualmente un eurodiputado.

La base de los Partidos Pirata son los derechos civiles, el derecho a la democracia directa, la participación ciudadana, la transparencia, la reforma del copyright y el sistema de patentes, el acceso a la cultura (Cultura libre), privacidad, libertad de información, educación gratuita y sanidad universal. Los Piratas defienden la neutralidad de la red y el derecho de acceso a Internet universal y sin restricciones, como condición para ello.

El 1 de enero de 2006, bajo el liderazgo de Rickard Falkvinge se fundó el primer Partido Pirata (Piratpartiet) en Suecia[54].

La democracia directa electrónica es una forma de democracia directa en la cual Internet y otras tecnologías de comunicación electrónica se usan para mejorar la burocracia involucrada con los referendos, registrando electrónicamente los votos. Muchos partidarios piensan que también se pueden incluir en esta noción las mejoras tecnológicas al proceso deliberativo, o incluso a la gestión de gobierno para acercarla a los ciudadanos. A la democracia directa electrónica se le llama a veces EDD (muchos otros nombres se usan para lo que es esencialmente el mismo concepto).

Según el concepto de aplicación moderada de la tecnología a la democracia directa, los ciudadanos tendrían el derecho de votar en asuntos legislativos ante el parlamento o el congreso, escribir nuevos proyectos legislativos y revocar representantes en cualquier etapa.

Un ejemplo contemporáneo que toma un acercamiento evolucionario a la democracia directa electrónica es aquel en el que los representantes conducen referendos independientes, usando Internet u otras tecnologías de la comunicación. Este paso potencial hacia la democracia directa electrónica no requiere cambios constitucionales ya que simplemente refuerza la relación entre el elector y el elegido. El extremo sería aquel en el cual los representantes electos del pueblo en un parlamento o en un gobierno se limitasen a transmitir a los ciudadanos aquellos proyectos que se proponen a su decisión, y hacer efectivos después los resultados de esos referendos

electrónicos. Actualmente existen movimientos como Democracia Directa Digital y Partido de internet en España o Asociación Civil Eudemocracia en Argentina que abogan por dicho sistema.

Objeciones que vienen de la democracia directa se aplican a la democracia electrónica, como por ejemplo, el potencial de los gobiernos de irse hacia el populismo y la demagogia. Autores como Kampen y Snijkers (1914) han expresado el temor al populismo ya que consideran que, en todo caso, las minorías siempre sufren los costos de las elecciones insuficientes. El populismo exige mayor participación ciudadana pero no necesariamente una deliberativa.

J. Haskell apunta que los mecanismos de democracia directa no previenen de la tiranía de la mayoría, basándose en la conocida “paradoja del voto” por la cual un grupo social, aun formado por sujetos racionales y conscientes, no siempre es capaz de ordenar sus elecciones de forma coherente y por tanto, las mayorías siempre estarán compuestas por coaliciones de minorías inestables, por lo que rara vez, expresarán instrucciones políticas claras y comprensivas, lo que, a su vez, puede llevar a concluir que el voto directo no siempre expresa la voluntad popular mejor que la decisión de los representantes. Así, según el autor, una democracia representativa podría reflejar mejor el interés público representando mayor diversidad en una sociedad plural, diversa y compleja. Por tanto, lo que sería verdaderamente necesario, es utilizar los mecanismos de democracia electrónica para crear y consolidar procedimientos que permitan revisar las decisiones políticas y escuchar a todos los intereses de la sociedad.

Por otro lado, existen objeciones más prácticas, relacionadas con la brecha digital entre aquellos con acceso a los medios de la democracia electrónica (teléfonos móviles y conexiones a Internet) y los que no los tienen, como también el costo del gasto en las innovaciones de democracia electrónica.

Tecnologías contemporáneas como listas de correo electrónico, redes p2p, software colaborativo, wikis, foros de Internet y blogs sirven como pistas y soluciones potenciales tempranas para algunos aspectos de la democracia electrónica; igualmente, también son muestras de algunos asuntos asociados al territorio, como la imposibilidad de sostener nuevas iniciativas o de proteger contra el robo de identidad, la sobrecarga de información o el vandalismo.

C.R. Sunstein (2009) afirma la necesidad de preguntarnos, a la hora de evaluar las nuevas tecnologías de la comunicación, de qué forma puede afectarnos como ciudadanos y no solamente preguntarnos de qué forma nos afecta como consumidores de una sociedad capitalista, sobre la base de exigirnos responder a la cuestión de qué clase de ciudadanos queremos ser, qué papel queremos jugar y en qué clase de democracia queremos vivir.

Además de críticas sobre el fondo del tema, hay también críticas formales o de seguridad, por ejemplo la facilidad con la cual las redes de computadoras son atacadas. Últimamente dos ejemplos han sido contundentes: WannaCry y Petya que son dos ransomwares[55].

10. Conclusiones

Existen estudios de las tendencias internacionales que muestran la paralización de la curva ascendente de países que se incorporan a los sistemas democráticos a partir del 2005 y una regresión de esa curva. Otros estudios muestran formas de alarma frente a la pérdida de interés, en algunos países, hacia las formas democráticas de gobierno. ¿Hay una crisis de la democracia? Parecería que no pero hay signos inquietantes de pérdida de libertad como evidencia Freedom House.

Personalmente, no estoy demasiado inquieto pero no olvido que los regímenes democráticos son raros históricamente y tienen una componente peligrosa como es la libertad que permite a mucha gente que no cree en la democracia servirse de ella para llegar al poder y luego echarla a la espalda.

Los números de los países que van abandonando las características de la democracia crecen. Venezuela y Turquía son ejemplos recientes, pero también cierto desprecio a la libertad de prensa como evidencia Donald Trump, no nos hace hablar de abandono de la democracia, pero sí son signos alarmantes que podrían repetirse y aumentar.

¿Hay crisis de la democracia representativa? Esta sí, no puede disimularse frente a los yerros catastróficos de políticos avezados con respecto a la voluntad popular y la estima creciente de la opinión pública ante manifestaciones de anti política.

¿Cómo resolverlo? Sustancialmente hay dos salidas claras: una la democracia participativa que es la democracia representativa más transparente, más deliberativa y más cercana a los votantes.

Una vez más debo reiterar que es falsa la percepción popular que considera a la política el principal tema de la vida de los ciudadanos. Como dijimos antes a la masa le encanta “hablar” de política, pero a la hora de elegir prefiere con mucho el fútbol, como espectador. Recordemos la indicación metodológica del sistemismo y en particular el sistemismo cognitivista: estamos trabajando con clasificaciones de sistemas de gobierno: democracia y autoritarismo; democracia representativa y directa; democracia participativa y líquida. Todas son construcciones mentales que tienen referentes objetivos en el mundo pero el subrayar un componente en detrimento de otro puede configurar sistemas que sean diferentes no tanto en sus componentes como en su estructura y mecanismo [56].

La democracia directa requiere un compromiso y una actividad que no es usual[57] y de eso hay que tener cuenta. Es cierto que las nuevas tecnologías facilitan la participación que antes era impensable para espacios nacionales vastos y densos, inclusive para espacios supranacionales [58]. Es notable ver como inclusive los partidos tradicionales usan las plataformas electrónicas para hacer política [59].

Las nuevas tecnologías dividen por edades a la población siendo poco el uso que se da en los miembros de la tercera edad. Pero la necesidad tiene cara de hereje y ya se están haciendo a la idea de que para usar los aviones con bajo costo en USA y Europa deben aprender a usar sus celulares para hacer el *check in*.

El otro tema que va subrayado es que cada vez más los ciudadanos se ocupan de “como se gobierna” y no solo “quien gobierna”; vuelve a ponerse de moda un tema que parecía caduco: “el buen gobierno”[60]. Norberto Bobbio se ocupó de la definición de un buen gobierno, la prueba de tres de las formas más comunes de buena gobernabilidad, heredada del clásico, por primera vez por Platón y Aristóteles. De acuerdo con el análisis típico-ideal preparado por este autor, hay “dos criterios principales para distinguir entre el buen gobierno y la mala gestión [...] La primera: el buen gobierno es el gobernante que ejerce el poder de conformidad con las leyes preestablecidas e inversamente mal gobierno es el gobierno de quien ejerce el poder sin respetar ninguna ley, sino la de su propio capricho. La segunda: el buen gobierno es el gobernante que hace uso de su poder para perseguir el bien común, el mal gobierno es el que hace uso de la facultad de perseguir su propio bien. Esto trae dos odiosas figuras típicas: el caballero que da ley en sí mismo, el autócrata en el sentido

etimológico de la palabra, y el tirano que usa el poder para satisfacer sus propios placeres" (Bobbio).

Las nuevas tecnologías facilitan la participación que antes era impensable para espacios nacionales vastos y densos, inclusive para espacios supranacionales. Es cierto que, en este momento, el uso de la tecnología para hacer política de representación directa es una utopía. Pero ¿Por cuánto tiempo? Hay ya partidos como los piratas, los partidos de la Red y todos los que se basan en una e-política que están trabajando en muchas partes del mundo y con notable éxito. En el fondo creo, se irá dando una mayor participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías primero en la administración pública, así como hoy en los bancos y poco a poco en la política.

Sin embargo, estamos lejos de una efectiva democracia directa con medios digitales y no tanto por los medios cuanto por la cultura que debe acompañarlos y que requiere tiempo para asentarse.

Entre tanto es posible que tengamos salidas a democracias liquidadas siempre y cuando los embates sobre las democracias resulten derrotados y la democracia representativa acepte el camino hacia una democracia participativa.

La democracia está amenazada hoy por el populismo [61] imperante. En Europa ya hay partidos que han llegado al gobierno, el último es el de Conte en Italia, que ha asumido su carácter populista si bien redefiniendo términos. Y la Buena elección del Movimiento 5 Estrellas (nótese que no quieren llamarse "partidos") se hace con consultas populares en un sistema informático lleno de defectos que se llama Rosseau.

Pero este es otro problema que trataremos separadamente.

La crisis de la democracia representativa es evidente, hay también amenaza a la democracia *tout court*. La salida a la primera crisis es o bien una democracia participativa y hay varios ejemplos de esto, o una democracia directa con medios electrónicos. Para esta segunda solución creo que debe pasar tiempo para mejorar las comunicaciones, educar en el uso de las nuevas tecnologías y hacer aceptar por los políticos el uso de las mismas [62]. Es difícil predecir cuanto tiempo habrá que esperar y en cuales países o contextos.

Notas

- [1] Antonio A. Martino, Osservazioni sulla definizione di "dittatura", *Il Politico*, XLII, n° 2, Roma 1978, 273-294.
- [2] AAVV ("Où va la démocratie?" - 2017, ed. Plon Es un trabajo común de Ipsos y la Fundapoli (Fondation pour la politique). El libro es una mina de datos. Se analizan 22 países e la UE Suiza, USA y Noruega
- [3] El país 6 de mayo 2018
- [4] Yascha Mounk es un profesor alemán de teoría política en el Departamento del gobierno de la Universidad de Harvard, un Becario Postdoctoral de la Academia de transatlántico de la Fundación Marshall alemana y un compañero no residente en el programa de reforma política de los Estados Unidos.
- [5] Politólogo en la Universidad de Melbourne, en Australia
- [6] La corrupción, causa y efecto del populismo. Dos ex presidentes, latinoamericanos Humala en Perú y Lula en Brasil han sido condenados en estos días. Y vienen a sumarse a la condena de Menem por tráfico de armas.
- [7] La crisis venezolana muestra, además un tema inquietante. En palabras de Loris Zanatta "los estériles debates de América Latina sobre Venezuela fotografían una región lacerada, atravesada por una cortina de hierro ideológica, dividida entre dos concepciones de la palabra "democracia" incompatibles entre ellas: la liberal, típica de los sistemas democráticos occidentales, que con el tiempo se ha extendido a muchos países que la habían rechazada, y la populista, basada en la creencia de un pueblo mítico investido de un derecho histórico a la hegemonía y al monopolio el poder" *La Nación*, 28 de junio 2017.
- [8] Es un pequeño homenaje a Norberto Bobbio, mi maestro, que escribió *Quale socialismo? BOBBIO, NORBERTO, Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, 1976
- [9] Sartori, G. *¿Qué es la democracia?* Madrid, Tarus, 2012, pág. 14.
- [10] Raul Espejo y Alfonso Reyes, *Sistemas organizacionales. El manejo de la complejidad con el modelo de sistema viable*, Bogotá, Ediciones Uniandes. Universidad de Ibagué. 2016, p.7
- [11] Maturana, H. y Varela F. *The Tree of Knowledge*, Boston, Londres, Shambhala, 1992.
- [12] Esto se verá mejor en las conclusiones.
- [13] Por Rosendo Fraga, NuevaMayoría.com, 17 de junio de 2016 "La segunda vuelta de las elecciones locales de Italia adquieren significación más allá de sus fronteras por la posibilidad de crecimiento de la llamada "anti-política" .. En Roma, la candidata del "Movimiento Cinco Estrellas", Virginia Raggi una abogada de 37 años que no ha participado en la política tradicional, del movimiento "anti-política" creado por el cómico "Bepe Grillo" (Giuseppe Piero Grillo) en la década pasada, en la primera vuelta obtuvo 37% de los votos sobre el candidato del centro-izquierda, Roberto Giachetti, que gobierna el país a través de la coalición que respalda al Primer Ministro Renzi. En las elecciones administrativas de junio 2017 la participación a las urnas ha sido del 46 % de los votantes, la más baja en la historia italiana.
- [14] La historia no es nueva, para evocar tiempos modernos empecemos por Berlusconi quien después de la causa "Cusani" (mani pulite) se presentó, ante la ruina de los dos partidos centrales más importantes: la Democracia Cristiana y el Partido Socialista, como el no político que salvaría la política. Pero la política es como el rey Midas: todo lo que toca lo transforma en político y Berlusconi fue (y es aun) un político condenado por corrupción que sigue tallando en política.
- [15] Ver Pankaj Mishra , *La edad de la ira*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2017, . Ocurre cuando, por primera vez en la historia, casi todas las personas del planeta tienen un presente común y hay una sensación que todo está fuera de control, que elites arrogantes y fraudulentas humillan a la gente, sensación que traspasa las líneas de las nacionalidades, las religiones y las razas.
- Surge, entonces, un mesianismo revolucionario impulsado por el deseo de lograr una solución inmediata y definitiva, el cual denuncia la distribución muy desigual de los beneficios económicos que genera el capitalismo.

- [16] La posición actual de Soros sobre la migración es que la comunidad internacional debería prestar más apoyo a los países en desarrollo que acogen hoy al 89% de los refugiados y que Europa debe aceptar a varios cientos de miles de refugiados que han sido sometidos a un proceso ordenado de investigación y reasentamiento. Cree que los solicitantes de asilo cualificados no deberían arriesgar sus vidas cruzando el Mediterráneo para alcanzar la seguridad. Ver <https://www.economist.com/news/unit-ed-states/21722176-at-tacked-politicians-washington-sko-pje-georg-e-soros-ru-ns-gauntlet>
- [17] idem.
- [18] Propuestas de participación ciudadana de la Ciudad de Buenos Aires.
- [19] Trataré de no sobreponer a lo escrito por Alberto Dalla Via ya que tuvo la precaución de enviármelo antes.
- [20] Reunión de preparación de su reunión italiana el 14 de septiembre de 2018 en Roma.
- [21] Y agrega por si hubiese dudas "E' certo urgente realizzare gli obiettivi fissati dai Trattati, ma occorre tener conto che l'inadeguata ripartizione delle competenze fra l'Unione europea e gli Stati membri non conferisce al livello europeo gli strumenti necessari per agire. Bisogna dunque osare e riuscire a precisare meglio gli elementi essenziali del progetto europeo, del metodo e dell'agenda, con l'apertura ai "non addetti ai lavori" del cantiere europeo affinché diventi uno spazio pubblico dove si dilati la conoscenza pubblica dell'Europa e si completi la democrazia sopranazionale".
- [22] En reciente investigación el consultor Hugo Haime reveló que al 50% de los electores bonaerenses "no le interesa votar". ¿A qué se debe este desinterés? ¿Quiénes son los responsables: los partidos, sus (pobres) propuestas? Algunos dicen que no es que no les interese el sistema o la democracia o la república o el futuro, sino que simplemente no están pensando en ello.
- [23] Probablemente por eso el viejo partido comunista italiano existía al costumbre de pedirle a los aspirantes a afiliados que repartieran casa por casa el diario Unità. Un viejo dirigente sostenía "quien no está dispuesto a repartir el diario mucho menos lo estará cuando el partido lo necesite".
- [24] Uso este término clásico para quienes se ocupan de nuevas tecnologías, para los menos avezados baste decir que el termino web 0.2 o Web Social comprende aquellos sitios web que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario y la colaboración en la World Wide Web. Un sitio Web 2.0 permite a los usuarios interactuar y colaborar entre sí, como creadores de contenido, en una comunidad virtual. Ejemplos de la Web 2.0 son las comunidades web, los servicios web, las aplicaciones Web, los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos. La web 3.0 son aplicaciones web conectándose entre sí, a fin de enriquecer la experiencia de las personas, haciendo uso de formatos especializados que amplían la información y sugiere otra, esto proporciona autonomía respecto del navegador y construcción de la Web Semántica. Web 3.0 también ha sido utilizada para describir el camino evolutivo de la red que conduce a la inteligencia artificial. Algunos escépticos lo ven como una visión inalcanzable. Sin embargo, compañías como IBM y Google están implementando nuevas tecnologías que cosechan información sorprendente, como el hecho de hacer predicciones de canciones que serán un éxito, tomando como base información de las webs de música. el turno de avanzar hacia la web 4.0 en la que el sistema operativo establecido en la web cobre protagonismo, hacia una Web Ubicua, donde el objetivo primordial será el de unir las inteligencias donde tanto las personas como las cosas se comuniquen entre sí para generar la toma de decisiones. Ya se espera que haya agentes en la Web que conozcan, aprendan y razonen como lo hacemos las personas. Hay ejemplos como ya el sistema Watson de IBM que comprende lenguaje natural y tiene la capacidad de aprender.
- [25] EL TRABAJO DE LA OCDE ESTADÍSTICO 2013-2014. <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/EI%20trabajo%20estadistico%20de%20la%20OCDE%20EBOOK.pdf>
- [26] Evaluación de la OCDE del sector de las nuevas empresas basadas en el conocimiento. <http://www.oecd.org/centrodemexico/Evaluacion%20de%20la%20OCDE%20del%20sector%20de%20las%20nuevas%20empresas%20de%20la%20OCDE.pdf>
- [27] 'We recognize that equitable and affordable access to technology is a challenge, and commit to seeking increased online and mobile connectivity, while also identifying and promoting the use of alternative mechanisms for civic engagement. We commit to engaging civil society

and the business community to identify effective practices and innovative approaches for leveraging new technologies to empower people and remote transparency in government' (Open Government Partnership, 2011"

- [28] Robert Dahl, *The New American political (dis)order: an essay. Responses by Richard M. Abrams...* [et al.]. (Berkeley: Institute of Governmental Studies Press, 1994).
- [29] *Ibidem*, p. 25.
- [30] Barber, Benjamin (1984). *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. Berkeley: University of California Press. P. 247.
- [31] M. McLuhan *Understanding Media. The Extensions of Man* Publicado por The MIT Press, Cambridge. Massachusetts
- [32] Bobbio, N., «Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política», Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pág. 218.
- [33] Me he ocupado del tema en el libro *Legislación y Digesto*, Eudeba, Buenos Aires, 2014 y allí me remito para un tratamiento más amplio.
- [34] CÁRDENAS GARCÍA, J., "Democracia interna en los partidos y democracia participativa", [En línea]: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf, pág. 151.
- Según el portal web «democracialiquida.org», se trata de que a cada ciudadano se le reconozca la posibilidad de votar las decisiones y realizar propuestas, mediante su voto o cediéndolo a un representante para aquellas decisiones en las que prefiere no participar. En una democracia líquida, "los ciudadanos que desean implicarse en la vida política, pueden hacerlo, y los que optan para no involucrarse, pueden acudir a representantes. Así mismo, cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos puede crear un representante virtual, que publicará su intención de voto en nombre del partido político o corriente de opinión a la que representa"
- [35] http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/4003/DelegacionC3%B3n+de+%20Voto.html
- [36] Esta documentación ya se entrega en los países europeos como Francia, Italia, Alemania, Holanda.
- [37] Libre, abierto y distribuido bajo una licencia no restrictiva de M.I.T., Liquid Feedback, el programa para hacer democracia líquida está disponible para su descarga gratuita
- [38] www.e-democracy.org
- [39] <https://www.mysociety.org>
- [40] Del Gobierno de Brent: <https://www.brent.gov.uk>
- [41] www.evot.eu 2003.org.
- [42] www.democracyweb.org
- [43] [://www.genet.net/nouestatut](http://www.genet.net/nouestatut)
- [44] <http://www.e-consensus.org/>
- [45] www.madridparticipa.org
- [46] <http://partidodelared.org/>
- [47] 38a8pro7vhmx.cloudfront.net/evrnc/pages/77/attachments/original/1439836939/2015-08-
- [48] Argumentan que, como el censo de electores en España es de, aproximadamente, 35 millones de votantes y el Congreso de los Diputados consta de 350 diputados, cada escaño equivale a 100.000 votos. Basándose en eso, proponen una democracia directa donde las personas pudieran votar desde su casa (voto por Internet) o desde cualquier otro centro de votación habilitado permanentemente (oficinas de correo, ayuntamientos, etc...), las votaciones del Congreso de los Diputados. Por cada ciudadano que ejerciera su derecho a voto, le restaría la cuota de representación que le pertenece al diputado, dándose el caso de que si en una votación todos los ciudadanos con derecho a voto votan, elige el pueblo y no el parlamento
- [49] Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Zurich y Director de Estudios y Documentación sobre Democracia Directa

- [50] http://www.eduplace.com/kids/socsci/ca/books/bkd/wklyrd/r/u5_artic1e2.shtml.
- [51] Una cosa es “profesar” y otra “practicar” El movimiento 5 stelle italiano, repárese que dice “movimiento” y no “partido” tiene un pecado de origen: el sitio del partido no está instestado al movimiento sino a dos personas el cómico Beppe Grillo y Cassaleccio. Estos, además desconocen resultados de la red, como la elección de la candidata a alcalde por Genova Marika Cassimatis, lo que provoca que el movimiento vaya a elecciones sin candidato.
- [52] <https://twitter.com/Oddemocracy>.
- [53] DEMOCRACIA DIRECTA EN LÍNEA (Formalmente Senator Online) Los miembros del Parlamento (Senadores y Cámara de Representantes) votan de acuerdo con la clara mayoría de votos del público (USTED) al hacer leyes. Todos en la Ronda Electoral de la AEC podrán votar de forma gratuita cualquier ley o cualquier nueva ley australiana. Nuestro partido ha aprobado los requisitos de registro para la AEC y está listo para disputar la Elección Federal 2016. DEMOCRACIA A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA - usando Internet podemos regresar a un sistema que refleje sus verdaderas posiciones en temas importantes. Recuperar el poder de los políticos, intereses especiales y grupos de presión y ponerlo de nuevo donde pertenece: En sus manos - ¡Ahora podemos!
- [54] El nombre es heredado de Piratbyrån una organización que luchaba contra las leyes del copyright. Miembros del Piratbyrån había fundado previamente un tracker de BitTorrent conocido como The Pirate Bay. Piratbyrån es la versión sueca de la organización Danesa Piratgruppen, llamada así debido a que se fundó para oponerse al lobby del grupo anti-piratería AntiPiratgruppen de Dinamarca. La etiqueta “pirata”, que ha sido usado por los medios de información y la industria cultural en numerosas campañas en contra de la infracción de los derechos de autor, es usada de forma reivindicativa. La ideología del Movimiento Pirata precede a la constitución de los primeros Partidos Piratas y está fuertemente influida por la ética hacker y el movimiento del software libre; ambos de varias décadas de antigüedad.
- [55] Un “ransomware” es un virus o programa malintencionado que bloquea los archivos del usuario hasta que pague un “rescate” o acceda a las peticiones de los hackers
- [56] Para aclarar todos estos conceptos ver MARTINO A.A., La sistémica en Mario Bunge <https://es.slideshare.net/dmelop/1a-sistémica-en-mario-bunge>
- [57] Los griegos tenían a los periecos para trabajar mientras ellos se dedicaban a la res publica. Sin embargo, Aristóteles considera a la democracia el “gobierno de los pobres” pues si no trabajan por hacer política nunca serán ricos.
- [58] Como se vio con el ejemplo último de la Unión Europea.
- [59] Muy interesante el análisis de campo de José SIXTO GARCÍA y David ÁVILA GÓMEZ en “Presencia online y participación social de los partidos políticos españoles entre el 20D y 26J”, en Question, Revista de Comunicación de la Universidad de La Plata www.question.unlp.edu.ar, El uso de las nuevas tecnologías en los cuatro partidos españoles más votados. Pdf.
- [60] BOBBIO N. (1991), “Governo degli uomini o governo delle leggi?” in Id., *Il futuro della democrazia*,
- [61] Entiendo por populismo un sistema de gobierno que cree poco en la democracia, la usa si gana las elecciones, son nacionalistas, dan mucha injerencia al Estado y crecen en sociedades que tienen indigentes y empresarios que no quieren asumir el riesgo de empresa sino ser protegidos. Entre los valores republicanos prefieren la igualdad a la libertad. Son inestables. Si todo va muy bien pueden transformarse en partidos competitivos en la democracia, la mayor parte de las veces terminan en regímenes autoritarios
- [62] El político vislumbra las dos cosas: la velocidad y la mejora en la comunicación y por eso usa mucho whatsapp y el peligro que conlleva la transparencia frente a sus maniobras non sanctas

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EJERCIDO POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Ernesto Jinesta L.^(*)

1.- Factores determinantes del grado de intensidad y alcance del control de convencionalidad ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa

A.- Legitimación amplia y flexible

Es de esperar que una jurisdicción contencioso-administrativa diseñada legislativamente con reglas amplias y flexibles de legitimación que democratizen el acceso a ese orden jurisdiccional, tendrá mayores posibilidades de ejercer el control de convencionalidad difuso, por cuanto, el juez contencioso-administrativo no siempre estará en condiciones de captar, oficiosamente, la posible cuestión de convencionalidad.

Una justicia administrativa que contemple la posibilidad de la defensa y protección de intereses legítimos de carácter colectivo, sea corporativos y difusos y que le brinde cabida a acciones populares en ciertos sectores

(*) Director y profesor del programa doctorado en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Profesor y miembro del comité académico del programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano coordinado por la Universidad A Coruña y once universidades de Iberoamérica. Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Presidente Academia Costarricense de Derecho. Magistrado Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

en los que la propia ley las haya contemplado (v. gr. Ambiental, salud, urbanismo, derechos del consumidor y promoción de la competencia, etc.), creará las condiciones propicias para un control de convencionalidad más intenso. Lo anterior, en contraste con aquellos modelos de justicia administrativa anclados, desde la perspectiva de la legitimación *ad causam* activa, en los derechos subjetivos y los intereses legítimos de carácter personal.

B.- Ámbito y pretensiones

Un modelo de justicia administrativa que permita el control de todas las formas de manifestación de la función administrativa, sea cualquier conducta administrativa, sea la actividad formal (actos administrativos escritos previo procedimiento), las actuaciones materiales y las omisiones materiales y formales y, en general, el conocimiento y resolución de cualquier conflicto surgido a partir de una relación jurídico-administrativa, también establecerá unas condiciones más propicias para un control de convencionalidad difuso más fuerte.

Debe tomarse en consideración que la posibilidad franca de impugnación de las actuaciones y las omisiones materiales, resulta de gran trascendencia tratándose de los denominados derechos prestacionales o sociales, respecto de los cuales los poderes públicos tienen infinidad de obligaciones y tareas que cumplir. Resulta esencial, de cara a la administración prestacional, propia del Estado Social y Democrático de Derecho, y no meramente de limitación –inherente al Estado liberal de Derecho–, la posibilidad ya apuntada. No menos importante resulta tal posibilidad frente al “Estado regulador” o garante de las prestaciones que puedan brindar ciertos sujetos de Derecho privado sometidos a una fuerte fiscalización por el mismo.

La facultad legislativa de deducir pretensiones de condena a hacer o de dar abren, exponencialmente, las posibilidades de las partes de plantear una cuestión de convencionalidad y del juez contencioso-administrativo de apreciarla de oficio.

C.- Medidas cautelares

La regulación nacional de la tutela cautelar en el contencioso-administrativo de manera generosa con la inclusión de medidas provisionales adecuadas y necesarias no solo negativas que supongan la conservación

del estado de cosas (v. gr. suspensión de la ejecución del acto impugnado) sino positivas con efectos jurídicos anticipativos o innovativos, permitirá que, incluso, provisionalmente, el juez de la materia pueda ejercer un control de convencionalidad urgente y sumario, asegurando el objeto del proceso (pretensión) y los efectos de una eventual sentencia de mérito favorable para la parte que la aduce.

El juez contencioso-administrativo debe superar el temor de decretar medidas cautelares, incluso para la defensa y protección de situaciones jurídicas de los administrados que tienen sustento en el parámetro de convencionalidad, dado que, las mismas, si bien son decretadas sumariamente (cognición sumaria) con fundamento en pruebas *leviores*, están sujetas a presupuestos esenciales de constatación como el *periculum in mora* (peligro en la mora del proceso) y el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho y consistencia de la pretensión deducida). De otra parte, deben tomar en consideración que se mantienen, siempre, sus características estructurales tales como la instrumentalidad y provisionalidad, por lo que tienen una eficacia *rebus sic stantibus*, pudiendo ser levantadas o modificadas en cualquier momento por la variación de circunstancias. Adicionalmente, deben ser dispuestas después de un juicio de razonabilidad y de ponderar sus efectos sobre el interés público o general y de terceros. Por último, el juez contencioso-administrativo puede disponer que se rinda una caución o cualquier contra-cautela para reparar los eventuales daños y perjuicios provocados con su adopción.

D.- Tipología de sentencias

De manera congruente con un ámbito amplio de fiscalización y la posibilidad de deducir todo tipo de pretensiones, incluidas las de condena en contra de las administraciones públicas, idealmente el modelo de justicia administrativa debe permitir, entonces, el dictado de sentencias de toda índole tales como las meramente declarativas, constitutivas y las de condena.

Es en la sentencia donde el juez contencioso-administrativo podrá ejercer el control de convencionalidad difuso, disponiendo que un acto administrativo formal sea anulado por "*inconvenional*", una actuación material sea declarada como tal, se ordene superar la situación antijurídica creada por la misma y se ordene abstenerse de incurrir en tales conductas o bien que una omisión se estime, también, contraria al parámetro de

convencionalidad y se impartan órdenes de hacer o de dar para adecuarse al mismo.

E.- Poderes de ejecución

Indudablemente un intenso y fuerte control de convencionalidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, dependerá, en definitiva, de los poderes de ejecución con que cuente un juez al momento de cumplirse la sentencia emitida. Desde luego, que si los poderes son pocos y leves, resultará más difícil un control de convencionalidad difuso efectivo.

2.- Límites y extensión del control de convencionalidad difuso

Una cuestión importante que es preciso definir son los límites y extensión del control de convencionalidad difuso ejercido por el juez contencioso-administrativo, todo en razón del ámbito y del objeto del proceso.

Es evidente que el parámetro de convencionalidad es de aplicación directa e inmediata por parte del juez contencioso-administrativo, por lo que no debe esperar que ninguna otra instancia proceda a su desarrollo.

A.- Control de convencionalidad de los actos administrativos

Tratándose de la impugnación de actos administrativos de eficacia individual, concreta o general, resulta posible que el juez los anule, total o parcialmente, por contrariar el parámetro de convencionalidad, aunque en apariencia sean congruentes con el de legalidad y el de constitucionalidad.

En tal supuesto, el juez debe proceder a declararlos sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico convencional, debiendo tener efectos declarativos y retroactivos al momento de adopción del acto administrativo anulado por "*inconvencional*".

B.- Control de convencionalidad de los actos administrativos de eficacia normativa

La cuestión también parece simple tratándose de actos administrativos de eficacia general y normativa, por cuanto, evidentemente, tales conductas están sujetas a la fiscalización del juez contencioso-administrativo. De esa manera, bien podría la jurisdicción anular un reglamento que contenga disposiciones "*inconvencionales*" o, incluso, cuando a un

funcionario le afecta en sus derechos derivados de la relación de empleo público podría declararse "*inconvencional*" una circular interna. Lo mismo, desde luego, cuando la misma lesiona, indebidamente, por cuanto deben tener, por principio, eficacia interna, a un administrado por regular, de manera incorrecta, una cuestión atinente a una potestad de imperio que se proyecta externamente en su perjuicio.

En tales supuestos el juez contencioso-administrativo debe proceder a declarar la nulidad absoluta, integral o parcial, del respectivo reglamento o de la circular, expulsando del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones "*inconvencionales*", todo con eficacia declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia de la disposición normativa, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas nacidas a la luz de la norma "*inconvencional*".

C.- Control de convencionalidad de las actuaciones materiales

En tal supuesto, el juez contencioso-administrativo debe examinar la conformidad sustancial de la actuación material con el parámetro de convencionalidad. En caso de concluir que lo quebranta, igualmente, deberá declararla absolutamente nula y tomar las medidas necesarias e idóneas para superar cualquier situación jurídica surgida con fundamento en la misma.

Cabe advertir que, incluso, tratándose de actuaciones materiales que, en principio, se presumen legítimas (v. gr. ejecución de un acto administrativo, prestación efectiva de un servicio público o la coacción administrativa directa), es preciso el examen de convencionalidad para descartar la infracción del respectivo bloque.

D.- Control de convencionalidad de las omisiones

Respecto de este filón de la función o conducta administrativa, igualmente, será preciso el test de convencionalidad que debe aplicar el juez contencioso-administrativo. Como es sabido, las omisiones administrativas, en términos generales, pueden asumir dos modalidades que son los materiales y las formales.

En cuanto a las materiales –falta de prestación de un servicio público– el juez contencioso-administrativo debe ponderar su convencionalidad, lo que resulta muy relevante tratándose de la administración prestacional

-servicios públicos sociales o asistenciales de carácter básico- vinculada directamente a los derechos económicos, sociales y culturales (v. gr. educación y salud públicas, vivienda, etc.), respecto de los que el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o "Protocolo de San Salvador" de 17 de noviembre de 1988, ofrece todo un parámetro de enjuiciamiento de las omisiones materiales de las administraciones públicas.

En lo relativo a las omisiones formales, como por ejemplo, la ausencia del dictado de un acto administrativo debido o impuesto por el bloque de legalidad, constitucionalidad o de convencionalidad, igualmente, el juez contencioso-administrativo goza de un poder amplio de fiscalización. Incluso, en esta materia, sería admisible que el juez contencioso-administrativo pueda controlar la omisión de la administración pública respectiva en dictar un reglamento, dentro de un plazo razonable, para actuar determinado derecho social o prestacional. El control será más intenso si la propia ley que desarrolla un derecho social o prestacional, impone el dictado de un reglamento dentro de un plazo determinado.

En tales supuestos, el juez contencioso-administrativo debe proceder a declarar absolutamente nula la omisión por contrariar el parámetro de convencionalidad e impartirle a la administración pública órdenes de hacer o de dar para que se cumplan dentro de un plazo razonable.

E.- Control de convencionalidad de la relación jurídico-administrativa

En aquellos ordenamientos jurídicos que de modo ideal, al regular el alcance y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, complementan la teoría de las formas de manifestación de la función administrativa, con el conocimiento y resolución de cualquier controversia surgida a partir de una relación jurídico-administrativa, el control difuso de convencionalidad se extiende.

En efecto, en tal hipótesis, la jurisdicción contencioso-administrativa al momento de examinar la discrepancia surgida en torno a la relación jurídica administrativa, debe someterla al test de convencionalidad. Bien podría concluir que la misma resulta lesiva del parámetro de convencionalidad o que debe ser inexistente a la luz del mismo y proceder a dictar una sentencia declarativa en tal sentido.

3.- Discrecionalidad y control de convencionalidad

El parámetro de convencionalidad va a ser particularmente útil cuando se trata de la fiscalización de las potestades discrecionales. Esta afirmación parte de considerar que los derechos humanos constituyen uno de los límites infranqueables de las potestades, competencias y actos discrecionales de los poderes públicos.

Debe tomarse en consideración, entonces, que el bloque de convencionalidad se integra, esencialmente, por los derechos humanos recogidos en las declaraciones y convenciones regionales sobre la materia, así como en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos que han desarrollado y profundizado su contenido esencial.

La Jurisdicción contencioso-administrativa, al enjuiciar las conductas administrativas, debe ejercer un control de los límites de la discrecionalidad como si se tratara de un control de legitimidad en sentido amplio, ya que, los derechos humanos, que destacan como parte integral de tales límites, forman parte del parámetro de legitimidad y de juridicidad de las administraciones públicas, conformado no solo por la ley, la Constitución, sino, también, por los instrumentos del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y los pronunciamientos jurisdiccionales o consultivos que los desarrollan. El control de tales límites de las potestades y competencias discrecionales, amplía notablemente las posibilidades de defensa y protección de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados.

Sobre el particular, resulta especialmente ilustrativa la sentencia vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá” de 2 de febrero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), al considerar lo siguiente:

“126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.”

4.- Retos procesales del control de convencionalidad difuso de oficio

Como se ha apuntado, el control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa, debe ser ejercido, incluso “*ex officio*”, circunstancia que plantea algunos desafíos de tipo adjetivo relevantes que merecen ser abordados.

A.- Vicio de “*inconvencionalidad*” de la conducta administrativa: Nulidad absoluta gravísima

Una primera cuestión es abordar la naturaleza jurídica y grado de gravedad del vicio de “*inconvencionalidad*” de una conducta administrativa.

La posibilidad de declarar de oficio la “*inconvencionalidad*” de una conducta administrativa, en nuestro criterio, surge, aunque no lo haya indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de estimar un vicio de esa índole como gravísimo y agudamente ilegítimo, sea de gran entidad y trascendencia. De tal modo que la “*inconvencionalidad*” equivale a una nulidad absoluta gravísima de cualquier conducta administrativa impugnada.

A partir de tal consideración, estamos en condiciones de entender por qué razón el control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio por la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo apuntado supone el otorgamiento de una potencia, resistencia, jerarquía y valor preminente al parámetro de convencionalidad, habida cuenta que los derechos humanos que dimanen de la dignidad intrínseca a la persona son el fundamento de cualquier ordenamiento jurídico nacional, con lo que conforman un *higher law* o *ius cogens*, cuya infracción por parte de una administración pública determina, irremisiblemente, una nulidad absoluta gravísima declarable, incluso, de oficio.

B.- Oportunidad procesal para plantear de oficio el vicio de “*inconvencionalidad*” y debido proceso

Ahora bien, definido el vicio de “*inconvencionalidad*” como una nulidad absoluta gravísima de una conducta administrativa, surge la cuestión acerca del momento procesal en que debe ser ejercido el test de convencionalidad por el juez contencioso-administrativo.

Al respecto, estimamos que lo óptimo o ideal es que el control de convencionalidad difuso y el vicio de convencionalidad debe ser anunciado y observado a las partes principales del proceso contencioso-administrativo antes de dictar la sentencia de mérito, de esa manera puede garantizarles la bilateralidad de la audiencia. No resulta congruente con las reglas del contradictorio que el juez contencioso-administrativo de manera sorpresiva o intempestiva, en la sentencia de mérito, aduzca un vicio de "*inconvencionalidad*", puesto que, de esa manera podría perpetrar una violación del debido proceso y la defensa, pese a la entidad y trascendencia del vicio gravísimo de nulidad absoluta. En suma, las partes que no han invocado un motivo de nulidad tan grave e intenso como la "*inconvencionalidad*" o que no lo han captado por una u otra razón, tienen derecho a formular alegaciones sobre el particular y, eventualmente, hasta ofrecer y producir prueba para acreditar o desvirtuar al vicio de "*inconvencionalidad*".

Debe tomarse en consideración, que en los procesos contencioso-administrativos orales, el vicio de "*inconvencionalidad*" debe ser introducido al proceso con la antelación suficiente al dictado de la sentencia de fondo e, idealmente, a la realización de la audiencia de recepción de pruebas y conclusiones. En tal sentido, en los procesos contencioso-administrativos orales que prevén una audiencia inicial, preliminar o el despacho saneador, resulta más fácil introducir de oficio la cuestión de convencionalidad de manera anticipada, por cuanto, el juez encargado de la misma puede advertirlo y hacérselo ver a las partes interesadas del proceso. Nótese, incluso, que si la cuestión de convencionalidad y, en general, la discusión planteada, es de puro derecho, sea que requiera, simplemente, de verificar si una conducta se adecúa sustancialmente al sentido y espíritu del bloque de convencionalidad, no será necesario el juicio oral y público.

Empero, desde nuestra perspectiva, nada impediría que durante el desarrollo de la audiencia complementaria o de pruebas, el órgano jurisdiccional plante la cuestión de convencionalidad, lo que constituiría una causal justificada de suspensión de la audiencia, para que las partes puedan alegar lo pertinente una vez reanudada o, eventualmente, señalarse una segunda audiencia, caso de ser necesario evacuar medios de prueba para acreditar o desvirtuar la "*inconvencionalidad*".

Tratándose de procesos contencioso-administrativos escritos y fragmentados, pese a todas sus desventajas, la posibilidad de introducir de oficio la cuestión de convencionalidad al debate procesal, antes de dictarse

la sentencia de mérito, debe estar precedida de una audiencia a las partes interesadas, con suspensión del plazo para dictar sentencia y en la que puedan plantear los alegatos y aportar las pruebas que estimen oportunas.

C.- Cuestión de convencionalidad de oficio en los procesos contencioso-administrativos de doble instancia

En muchos sistemas de justicia administrativa impera la doble instancia, de tal suerte que la cuestión de convencionalidad puede surgir ante la instancia superior, sobre todo, si las partes no la han alegado durante el transcurso de la primera o el juez *a-quo* no la ha observado de oficio.

No se trata de una cuestión menor, por el contrario, concurren en la misma una serie de principios en sentido divergente, por lo que es preciso efectuar un juicio de ponderación para determinar la solución a seguir.

El Tribunal *Ad-quem* no puede soslayar la exhortación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de ejercer, incluso de oficio, un control de convencionalidad, de otra parte se trata de una nulidad absoluta gravísima por infracción de los derechos humanos y su desarrollo. Desde tal perspectiva, en nuestra opinión, aunque, no haya sido invocada la cuestión de convencionalidad como agravio de la apelación oportunamente interpuesta, el Tribunal de segunda instancia debe, necesaria e inevitablemente, introducirla en el debate propio del recurso de alzada. Ciertamente, esta solución aparenta contrariar, frontalmente, los principios conforme a los cuales los agravios ante el superior deben ser planteados por las partes, por congruencia con el denominado principio dispositivo, y aún más con la denominada *non reformatio in pejus*. En efecto, no parece ortodoxo que una parte que recurrió lo resuelto en primera instancia, por una u otra razón, luego enfrente una reforma en perjuicio. No obstante, la trascendencia de la cuestión de convencionalidad por el tipo y grado de infracción que supone, bien amerita que la cuestión se aprecie, incluso de oficio, por el juez *Ad-quem*.

Para equilibrar la quiebra de tales principios que inspiran el recurso de apelación, bien puede el juez de segunda instancia, al apreciar de oficio la cuestión de convencionalidad, otorgar una audiencia a las partes para que aleguen y ofrezcan la prueba que estimen pertinente, de esa manera se satisfacen los derechos al contradictorio y a la defensa. En definitiva la cuestión de convencionalidad entraña un vicio de nulidad absoluta

gravísima que puede ser apreciada, incluso de oficio, por el juez de segunda instancia o de apelación, aunque las partes no la hayan alegado y el juez de primera instancia la haya soslayado.

D.- Control de convencionalidad difuso por la casación contencioso-administrativa

Una cuestión relevante que debe abordarse, la constituye el control difuso de convencionalidad que pueda ejercer el respectivo Tribunal encargado de conocer y resolver el recurso extraordinario de casación.

La casación contencioso-administrativa tiene una función primordial en los derechos nacionales de resguardar la uniforme interpretación y aplicación del bloque de legalidad, ahora enriquecido con el parámetro de convencionalidad, en virtud de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En tesis de principio, no existe controversia acerca del conocimiento y resolución de una cuestión de convencionalidad respecto de alguna conducta administrativa por parte de la casación, cuando la cuestión haya sido discutida –según la configuración del proceso en única o doble instancia- en las fases anteriores. En efecto, sea que desde un principio las partes la hayan observado o los jueces de instancia de oficio la hayan introducido al debate y que una de las partes interesadas formule el recurso extraordinario invocando como motivo la cuestión de “*inconvencionalidad*”, la casación no tendrá ningún problema para pronunciarse.

Distinto será cuando, la cuestión de convencionalidad no fue planteada oportunamente por las partes interesadas en primera, segunda o única instancia o bien cuando los jueces no la captaron y no la plantearon de oficio. En este supuesto, nuevamente, nos enfrentamos ante la concurrencia en sentido divergente de varios principios, por lo que debe efectuarse un juicio de ponderación, para determinar si resulta admisible que la casación la conozca y resuelva.

Ciertamente, la casación como recurso técnico que es supone que el casacionista plante los motivos específicos que pueden determinar la anulación de la sentencia, rigiendo al respecto el principio de aportación o dispositivo y la *non reformatio in pejus*, empero, la “*inconvencionalidad*” de una conducta administrativa supone una nulidad absoluta gravísima que debe ser observada de oficio. Nuevamente, recomendaríamos que

el Tribunal de Casación, para evitar la introducción de cuestiones no debatidas en instancias precedentes, otorgue una audiencia en la que le brinde a las partes la oportunidad de alegar y de ofrecer prueba sobre la cuestión de convencionalidad, de esa manera se garantiza la bilateralidad, el contradictorio y la defensa.

E.- Agotamiento de la interpretación conforme con el parámetro de convencionalidad

La jurisdicción contencioso-administrativa, en cualquiera de sus instancias, antes de proceder a anular una conducta de la administración por ser "*inconvencional*", debe agotar la posibilidad de hacer una interpretación de la misma conforme al parámetro de convencionalidad.

En tales casos, el juez contencioso-administrativo, debe emitir una sentencia interpretativa que salva la conformidad sustancial de la conducta impugnada con el bloque de convencionalidad y su efecto jurídico será la conservación de la misma pero bajo una interpretación diversa, sin que sea expulsada del ordenamiento jurídico.

F.- Problema de la ley "*inconvencional*"

Cuando la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce el control difuso de convencionalidad, en cualquiera de sus instancias, el resultado puede ser positivo o negativo, de modo que se puede arribar a la conclusión que la conducta administrativa fiscalizada es "*inconvencional*" o que resulta conforme al parámetro de convencionalidad.

En el primer caso, lo procedente será que se dicte una sentencia de mérito estimatoria de la "*inconvencionalidad*", la que tendrá, en tesis de principio, efectos declarativos y retroactivos a la fecha de adopción de la conducta administrativa al tratarse de un vicio de nulidad absoluta gravísimo. Como lo hemos apuntado, no existe dificultad de tal pronunciamiento cuando se trata de conductas administrativas formales o materiales concretas o incluso generales y de efectos normativos como un reglamento, por cuanto, sobre tales manifestaciones de la conducta administrativa el juez contencioso-administrativo tiene plenas competencias para proceder a su anulación y expulsión del ordenamiento jurídico.

La cuestión puede surgir cuando el juez contencioso-administrativo se enfrenta a una ley que le ofrece cobertura normativa a la conducta

administrativa impugnada, en su criterio, "*inconvencional*", en cuyo supuesto tendrá, básicamente, dos opciones, según el modelo de justicia constitucional nacional imperante, que son las siguientes: a) En un sistema concentrado de control de constitucionalidad, deberá desaplicar, para el caso concreto, la ley "*inconvencional*" y aplicar, preferentemente, el parámetro de convencionalidad y b) En un sistema difuso de control de constitucionalidad, el juez contencioso-administrativo podrá declarar "*inconvencional*" la respectiva ley. En cualquiera de tales supuestos, la conducta administrativa debe ser, entonces, declarada absolutamente nula por el vicio gravísimo de "*inconvencionalidad*".

En definitiva, el juez contencioso-administrativo, al fiscalizar una conducta administrativa, eventualmente, debe resolver la cuestión de la ley "*inconvencional*" que le brinda cobertura presuntamente legítima a la primera, por cuanto, en los ordenamientos jurídicos nacionales no existe una cuestión prejudicial o previa de convencionalidad de una ley, a diferencia de lo previsto para la inconstitucionalidad de una ley en algunos que siguen el modelo concentrado.

Conclusiones

- 1.- El control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa, dependerá en su intensidad y volumen de ciertos factores relativos al diseño nacional de la justicia administrativa, tales como los siguientes: a) Una legitimación amplia y flexible que tutele no solo los derechos subjetivos e intereses legítimos individuales, sino también los colectivos (corporativos y difusos) y que, admita, aunque sea de manera tasada la acción popular; b) un ámbito de fiscalización y un objeto -pretensiones- amplios, por cuanto, cuantas más conductas administrativas sean controlables y más amplia la tipología de pretensiones deducibles, se incrementan las posibilidades del control difuso de convencionalidad; c) medidas cautelares positivas de carácter innovativo o anticipativo, que permitan un control de convencionalidad difuso anticipado y provisional; d) una tipología abierta de sentencias que pueda pronunciar la justicia administrativa y e) poderes de ejecución extensos e incisivos.
- 2.- El control difuso de convencionalidad, se transforma en una herramienta útil para el control de los límites en el ejercicio de las potestades discrecionales, dado que, el parámetro de

convencionalidad se integra, esencialmente, por los derechos humanos contenidos en el *corpus iuris* interamericano, siendo éstos un límite infranqueable de la discrecionalidad.

- 3.- El control de convencionalidad difuso de oficio ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa, supone una serie de desafíos de tipo procesal que deben ser resueltos a través de un juicio de ponderación.
- 4.- El vicio de "*inconvencionalidad*" de una conducta administrativa determinada es una nulidad absoluta gravísima, como tal declarable de oficio en cualquier momento y por cualquier instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en segunda instancia (apelación) o ante el órgano encargado de conocer y resolver la casación. En tal caso, la cuestión de convencionalidad debe ser introducida previa audiencia a las partes interesadas que la soslayaron, para que tengan, previamente, el derecho al contradictorio y a la defensa (debido proceso).
- 5.- El control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa, amplia, ostensiblemente, el parámetro de legitimidad al que deben adecuarse, sustancialmente, las conductas administrativas, lo que provoca un replanteamiento de las fuentes del Derecho Administrativo, al incorporar el bloque de convencionalidad como factor de contraste, todo lo cual, permite, también, vislumbrar un Derecho Administrativo común.

SEMBLANZA DE EDUARDO J. COUTURE ^(*)^(**)

Inés Couture de Landoni

Ángel Landoni Sosa

Evocamos hoy su figura y nos preguntamos: ¿cuáles han sido los rasgos tan fuertes de su personalidad que han incidido para que aún hoy, a 60 años de su muerte, su espíritu viva entre nosotros y sea recordado con admiración y afecto tanto en el Uruguay como en el mundo jurídico entero?

Couture fue, sin duda, un hombre superior, cuyo tránsito por la vida fue una permanente siembra de ideales y valores. Un espíritu inquieto en búsqueda de lo esencial en la convivencia entre los hombres. Su mensaje es universal e intemporal y ello explica la permanente reedición de sus obras.

Ellas han sido y seguirán siendo fuente de inspiración para las nuevas generaciones, pues de ellas brota pasión por la libertad, por la justicia social, por el mejoramiento moral y material del hombre, por la cultura, por la belleza y por el ideal de un mundo en paz.

Su amor por dichos valores e ideales fue el fuego que avivó la vida espiritual de las abundantes promociones de sus discípulos que aún conservan la vivencia de sus magistrales clases, conferencias y discursos.

(*) Originalmente publicado en la “Revista de la Maestría en Derecho Procesal” (PUCP), Vol. 6(1), 2016 de donde se reproduce con la debida autorización (N. del E.)

(**) Intervención en el “Coloquio en Homenaje a Eduardo J. Couture”, realizado en Lima el 28 de abril de 2016, en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mirando en perspectiva su obra nos damos cuenta de que no ha habido un único Eduardo J. Couture, sino muchas personas en una sola figura.

Como la destacara Mezzera⁽¹⁾:

Los perfiles de su personalidad estaban realizados por la bondad de su corazón, la tolerancia de su espíritu y la amplia soberanía de su pensamiento. Todos quienes le conocieron en la intimidad de su vida sabían de la generosidad de su alma, que siempre estaba por encima de la incomprensión o de la envidia; de la fortaleza de su amistad, que proporcionaba la ayuda, el consejo o el estímulo; de la delicadeza de sus sentimientos, revelada en mil pequeños detalles cotidianos; de la intensidad del amor a los suyos, que giraban dulcemente alrededor del polo magnético de su ágil y brillante figura.

Hizo de la tolerancia una ley para su caminar por la vida que le llevó a afirmar⁽²⁾:

La Ley de la Tolerancia significa, ante todo, comprender a nuestro semejante. La verdad no la tiene nadie en su mano; es más, de nuestra mano se pueden escurrir, como granos de arena, pedacitos de verdad que irán a parar a manos de nuestro adversario. No es ningún mérito respetar las ideas que compartimos, sino que el mérito consiste en respetar las ideas que aborrecemos.

El jurista acto seguido da paso al filósofo y éste nos dice:

La plena libertad de nuestra conciencia sólo la habremos de conquistar el día que lleguemos a sentir intenso amor por aquél que no piensa como nosotros.

Couture se caracterizó por ser un pensador innovador, adelantado a su época, un auténtico hombre de vanguardia.

Lo señaló Calamandrei⁽³⁾, en su discurso de inauguración del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia del 30 de Setiembre al 3 de Octubre de 1950, cuando calificó "ensayo magistral" el trabajo de Couture sobre "Las garantías constitucionales del proceso civil".

(1) MEZZERA ÁLVAREZ (1957: V - VIII).

(2) COUTURE (s/f).

(3) CALAMANDREI (1962: 220).

Dicha calificación la reiteró Mauro Cappelletti en el Congreso Internacional de Derecho Procesal desarrollado en 1983 en Würzburg, Alemania.

Confirma dicho juicio la circunstancia de que el Código General del Proceso uruguayo, vigente desde 1989, recogió muchas de las soluciones que ya consagraba el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de Couture de 1945.

Docente de excepción, que a la profundidad en el análisis conceptual, unía dos virtudes: la claridad y la fluidez amena de su exposición, a las que deberíamos añadir la armonía de sus palabras, provenientes, tal vez, de sus profundos conocimientos de la música clásica.

En “Confidencias sobre sí mismo”⁽⁴⁾ señalaba:

[...] he aspirado siempre a que mis libros sean, ante todo, pensamiento y estructura; que la diafanidad de la frase fuera el conducto necesario para que el lector llegara sin distracción hacia la idea que he querido expresar.

Ello en gran medida explica el recuerdo que aún conservan sus alumnos de sus clases el homenaje que le rindiera nuestra Facultad de Derecho con la placa que colocara en su tumba y que reza: “Tuvo fe en el Derecho y supo enseñarlo con sublime emoción”.

Fue un eximio conferencista que cautivaba a su público.

En diversas circunstancias cuando se requería que alguien representara a los abogados uruguayos, el nombre de Couture fluía espontáneamente.

Así lo hizo en numerosas ocasiones con discursos memorables, sobresaliendo, entre ellos, el que pronunciara dando la bienvenida a las delegaciones que concurrieron a la VIII conferencia Interamericana de Abogados que tuvo lugar en Montevideo en 1951.

En dicha oportunidad, presentando a su país y a sus habitantes⁽⁵⁾ se preguntaba:

[...] ¿qué es lo que existe en el fondo mismo de nuestra convicción democrática del gobierno [...]?,

y se respondía:

(4) COUTURE (1998: 64).

(5) COUTURE (1951).

Primero la libertad, luego la justicia social, y por último, lo que Valery llamaba la política del espíritu.

Y decía:

Nuestro pueblo está convencido de que sólo se le puede gobernar con el más amplio margen posible de libertad compatible con el orden. No creemos en el gobierno fuerte, porque la teoría del gobierno fuerte no es sino la teoría del individuo débil. Gobierno fuerte e individuo fuerte son incompatibles. Y nosotros hemos preferido respetar la libertad, aunque para ello más de una vez, haya habido que sacrificar un poco la autoridad.

Y agregaba:

Pero también nos hemos persuadido de que la libertad frente a la mesa sin pan y al hogar sin fuego, es un cruel engaño.

Por último, queda todavía como punto esencial de la democracia lo que llamamos política del espíritu.

Creemos firmemente que el pueblo sólo se eleva por la educación y que en ella se encuentra el rumbo de su perfeccionamiento. En la democracia, la educación tiene una importancia superior al derecho. La educación tiene una significación primaria, en tanto que el derecho tiene una significación secundaria. La educación, no tanto la educación en el saber cómo la educación en el carácter y en la virtud, constituye un método preventivo de derecho”.

Otros rasgos de su personalidad fueron su solidaridad y su humildad.

A tal efecto vamos a referir brevemente dos anécdotas.

Eran los años de la Segunda Guerra Mundial. Tal vez la más dramática de esas historias sea la del Decano de la Facultad de Derecho de Berlín, James Goldshmidt, quien en el mes de octubre de 1939 le dirige a Couture una carta desde Cardiff (Inglaterra) donde, ya comenzada la guerra, le expresa lo siguiente:

Conozco sus libros y tengo referencias de Usted. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco, porque soy alemán, a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular

para ir a ninguna parte del mundo. ¿Podría usted darle alguna solución a mi problema?⁽⁶⁾

En similares términos se refería el profesor Enrico Tullio Liebman, en correspondencia de Noviembre de 1938 donde le manifestaba a Couture:

[...] si bien yo soy católico de nacimiento e hijo de madre católica, debo forzado por las últimas reglamentaciones dejar la enseñanza universitaria en Italia, y le solicitaba a Couture hiciera el favor:

[...] lo antes posible de conseguirme cualquier encargo universitario o secundario que me permitiera proveer a las más elementales necesidades de la vida dado que no podré expatriarme si no es con un pequeña suma de dinero. Además, para obtener la visa del pasaporte es necesario que pueda demostrar que tengo un puesto en el país de destino. Le dirijo por ello la más ferviente plegaria de que usted se interese en este sentido⁽⁷⁾.

A ambos acogió Couture en Montevideo, brindándoles su solidaridad cuando era un joven abogado, con modestos recursos materiales a su disposición pero con un corazón grande, abierto a las necesidades de quienes solicitaban su ayuda.

Pero a su generosidad, añadimos la virtud de la humildad, que resalta su grandeza. Para ello rescatamos sus palabras en el "Prefacio" de su *Introducción al estudio del proceso civil*, que recoge sus notables conferencias pronunciadas en la Sorbonne de París, cuando expresara:

[...] sólo después de haber durante 20 años estudiado y pensado sobre las mismas cosas, creo haber comenzado a entenderlas un poco⁽⁸⁾.

Su nombre ha quedado, para siempre, incluido entre nuestros más grandes Maestros, ya que no sólo renovó la ciencia procesal desde el punto de vista teórico, sino que, a través de su proyecto de Código de Procedimiento Civil, procuró que la tutela jurisdiccional fuese efectiva y eficiente.

(6) COUTURE (1955).

(7) LIEBMAN (1938).

(8) COUTURE (1949: X).

Al respecto nos decía:

Abreviar la justicia no es, pues, solamente, hacerla más rápida, es hacerla más oportuna, más limpia y sobretodo, más eficaz. Estos problemas necesitan una fórmula de solución directamente apegada a ellos. Esa fórmula es, en el proyecto, “sencillez, probidad, eficacia”⁽⁹⁾.

Cuando fue electo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, elevó la calidad de la enseñanza de nuestra Casa de Estudios hasta niveles no superados hasta la fecha, y publicó en esa ocasión un artículo que llama a la reflexión y que tituló “La Ley del Honor”. En él indicaba:

La Ley del Honor impide al profesor aparentar que sabe más de lo que sabe; e impide al alumno ampararse en la fatiga, la edad o la tolerancia del profesor, para hacerle creer que sabe lo que no sabe.

No menos trascendente fue su actuación como Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay, de la cual nos legó esa auténtica joya que son “Los Mandamientos del Abogado”.

De ellos nos permitimos extraer solamente el octavo:

Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobretodo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia ni paz-

Dichos Mandamientos, como lo señalara Leonardo Guzmán:

[...] nos convocan a vivir la idealidad como parte de nuestra esencia personal y nos hacen sentir el Derecho y sus valores como una rectoría del pensamiento en lucha con la realidad cotidiana. Rectoría construida con “sangre, esfuerzo, sudor y lágrimas”, sin la cual la libertad se rebaja meramente a costumbre, la justicia a un simple trámite sin sustancia y la paz se deja violar por el desamor⁽¹⁰⁾.

Couture fue miembro de los Colegios de Abogados de Buenos Aires, México, Lima, Arequipa, San José de Costa Rica, y dictó conferencias, entre otras, en las Facultades de Derecho de París, Viena, Roma, Quebec, México,

(9) COUTURE (1945: 47).

(10) GUZMÁN (2006: 6).

Miami, Tulane, Puerto Rico, Costa Rica, Honduras, Curitiba, Pelotas, Porto Alegre, Buenos Aires,

Córdoba, Rosario, Santa Fe, Bahía Blanca, Santiago de Chile y Valparaíso.

Fue un trabajador infatigable y había hecho del género epistolar un culto; gracias a ello, se carteaba con infinidad de pares y amigos en e Uruguay en el mundo.

Afectos y disquisiciones precisas enriquecían su correspondencia, lo que lo unía a otros espíritus selectos, especialmente los vinculados a la joven ciencia del Derecho Procesal.

Comienzan así las amistades y van surgiendo nombres, profesores, juristas, científicos del derecho de todo el mundo.

Para nombrar sólo a algunos, y dejando a salvo las posibles omisiones, decimos que entre ellos estuvieron: Carnelutti, Calamandrei, Liebman, Kelsen, Cappelletti, Henri Solus, René David, Marc Ancel, N. Alcalá Zamora y Castillo, Sentís Melendo, Alsina, Podetti, Sebastián Soler, Velez Mariconde, Cossio, Eduardo B. Carlos, Amilcar Mercader, Eduardo García Maynez, Bruera, Díaz de Guijarro, Reimundin, Alfredo Orgaz, Alberto Spota, Alfredo Buzaid, Alcides de Mendoça Lima, Ary Florencio Guimaraes, Mozart V. Russomano, Luis Loreto y tantos otros, que transitaban caminos e ideales comunes.

Tenía amor por su comarca y por su familia:

En último término nuestra vida se apoya en un metro cuadrado de tierra. En él está nuestra mesa de trabajo, con sus libros, sus papeles, bajo la luz de la lámpara, los retratos de nuestros padres y la presencia de nuestros hijos. A su lado está aquella a quien hemos elegido para recorrer juntos los caminos de la vida. En otras palabras: el respeto a lo pasado, la ilusión de los futuro, la fe en los presente. El mundo es grande pero, en último término nuestra vida se asienta en ese metro cuadrado de tierra⁽¹¹⁾.

Joven aún le asaltó la idea de su próximo fin, y en esa oportunidad escribió en sus "Memorias":

(11) COUTURE (1965: 152).

Si la vida me deja hacer el Tratado, mucho mejor; si no me deja, no pasa nada; mis esfuerzos no están malogrados. En otras palabras: me puedo morir tranquilo.

En cierta forma Couture, pensamos, estaba invitando a las nuevas generaciones a que no se quedaran con su obra ya hecha y que la muerte la habría dejado inconclusa, sino que esperaba que partieran de ella para culminarla.

De una vida tan rica, no es de extrañar que surgiera un conjunto de profesores que siguieron sus ideales, formando la denominada “Escuela Uruguaya de Derecho Procesal”, y que uno de sus discípulos, Enrique E. Tarigo, le dedicara uno de sus libros con estas palabras: “A Couture, el Maestro de todos”.

Referencias

CALAMANDREI, Piero

1962 *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen III. Buenos Aires: Editorial Librería El Foro.

COUTURE Eduardo J.

s/f *Memorias*. S/d.

1945 *Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Exposición de motivos*. Montevideo: Editora Impresora Uruguaya

1949 *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Depalma.

1951 “Tu patria y la mía”. Colegio de Abogados del Uruguay. Noviembre. Montevideo: Editorial. M.B.A.

1955 “James Goldschmidt. Un judío muerto por la libertad de la cultura”. Montevideo: Instituto ULPAN.

1965 *La comarca y el mundo*. Segunda edición. Buenos aires: Depalma.

1998 *El arte del derecho y otras mediaciones*. Segunda edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GUZMÁN, Leonardo

2006 “Couture y el ideal”. Diario El País, 5 de mayo de 2006, p.6

LIEBMAN, Enrico Tullio

1938 “Carta del Avv. Prof. Tullio Liebman”, fechada en Milán el 22 de noviembre de 1938. Archivo de Eduardo J. Couture.

MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo

1957 “Prólogo”. En *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

ESPECIAL:
EL REFERÉNDUM

EL REFERÉNDUM Y LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Francisco Miró Quesada Rada^(*)

1.- EL MARCO TEÓRICO CONSTITUCIONAL.

La vigente Constitución se refiere a las instituciones de la democracia directa, por alguna llamada democracia semidirecta en diversos artículos. Así, por ejemplo, el artículo 17 inc 2 que reconoce a los ciudadanos el derecho a participar en la vida política, social, económica y cultural.

En este contexto relacionado con un criterio amplio sobre participación, se incluye la revocación, la iniciativa legislativa y el referéndum.

Este derecho también está precisado en el artículo 31, que se refiere, además de las instituciones señaladas en el art. 17 inc. 2, a la remoción de autoridades, la acción de rendición de cuentas, así como el derecho y el deber de los vecinos para participar en el gobierno municipal.

Además de estos artículos, uno define estrictamente el uso del referéndum y es el art. 32. De acuerdo a este artículo, pueden ser sometidos a referéndum:

- a) La reforma total o parcial de la Constitución.
- b) La aprobación de normas con rango de ley.

(*) Director de la Escuela de Ciencia Política (Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM)

- c) Las ordenanzas municipales
- d) Las materias relativas al proceso de descentralización.

Por consiguiente, dicho artículo reconoce el referéndum constitucional. Cuando el Congreso decide una reforma total o parcial de la Constitución, no habla que la reforma total debe ser hecha por una Asamblea Constituyente. También precisa la procedencia para someter a consulta leyes, ordenanzas municipales y aspectos vinculados con las materias relativas al proceso de descentralización.

Como sucede en otras constituciones, la suiza, por ejemplo, se pone límites al ejercicio del referéndum; este no procederá si a través de él se pretende suprimir o disminuir los derechos fundamentales de las personas. Tampoco se podrá someter a referéndum normas tributarias y presupuestales, ni los tratados internacionales en vigor. Es decir, este artículo le da un tratamiento importante al referéndum, reconoce sus alcances y establece sus límites.

El referéndum regional, está vinculado a la iniciativa popular regional. De acuerdo al artículo 190 "las regiones se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes. Las provincias y los distritos contiguos pueden así mismo integrarse o cambiar de circunscripción. Para ambos casos procede el referéndum conforme a ley."

Otro aspecto a destacar es el rol del Congreso con respecto al referéndum. Dado que la reforma total o parcial debe ser realizada por el Congreso, el artículo 206 de la Constitución precisa en su primera parte que "toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de los miembros y ratificada mediante referéndum".

Eso quiere decir, que tanto sea una reforma total o parcial de la Constitución, ella debe ser aprobada por la mitad más uno de los congresistas y que solo en este caso habrá referéndum.

Se puede interpretar entonces el hecho, y también que la decisión consensual de una reforma total o parcial de la Constitución, es fundamental para que se realice el referéndum.

Como dice este artículo, el referéndum puede omitirse "cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas

con una votación favorable, en cada caso superior a los dos tercios del número legal de congresistas”. Esta fue la voluntad del legislador cuando se elaboró la Constitución de 1993. No encuentro una razón política que impida, aún en este caso, que para la reforma total o parcial sea convocada a consulta popular, pues tratándose de un texto que regirá la vida de los peruanos, bien debería consultárseles.

Dada mi opinión, este no es el tema de la cuestión que ocupa lo sustancial de este trabajo. Como señala el artículo que comento, el Presidente de la República tiene iniciativa para la reforma constitucional. Igualmente los ministros, los congresistas y un número de ciudadanos “equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

Los ciudadanos tienen el derecho de reforma constitucional, pero también tienen iniciativa para activar la revocación y el referéndum; en este caso lo pueden hacer el 10% con firmas debidamente comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Esta iniciativa de referéndum no le compete al Presidente de la República, ni a ninguna autoridad en el Perú.

Diversos autores han definido el referéndum, pero en todos los casos se trata de una consulta de normas al pueblo y así fue entendido desde la época de los romanos. Se aplica hasta ahora in extenso, es decir, en casi todos los casos y para todo tipo de norma, de manera constante y permanente en Suiza. Esta costumbre de los suizos por someter casi todas sus normas a consulta popular sea de cualquier rango, hace de Suiza una democracia peculiar, que Sartori en su clasificación de la democracia, la define como “Democracia de Referéndum”. Pero fuera de este caso, el referéndum se utiliza para situaciones especiales y no como parte de la vida política cotidiana.

Para resumir. El referéndum, entonces tiene las siguientes características:

- 1.- Es un derecho del cuerpo electoral.
- 2.- Los ciudadanos pueden ser consultados por los órganos gubernamentales correspondientes para que se pronuncien aprobando o rechazando leyes o también proyectos de leyes, según las normas de cada país.

- 3.- Los ciudadanos, haciendo uso de su derecho de iniciativa popular, pueden presentar a los poderes del Estado proyectos de ley, y solicitar que sean luego sometidos a consulta popular, ya sea como proyectos, cuando ese proyecto se convierte en ley, o también como es en la legislación peruana sobre la materia, si dicho proyecto no es aprobado por el Congreso o por otros órganos representativos de los gobiernos regionales y municipales.

A lo largo de la historia de esta institución se han ido creando diversas modalidades, según sea su uso.

- 1.- El Referéndum Preconstituyente: Es novedoso y se aplica pocas veces, como sucedió en Colombia y Ecuador para la elección de sus correspondientes asambleas constituyentes. También está previsto en la Constitución Venezolana, pero en el gobierno de Maduro no se ha querido aplicar. Bolivia tiene este tipo de referéndum. Consiste en que primero se le consulta al pueblo si está de acuerdo o no que el gobierno convoque a una Asamblea Constituyente. Si el pueblo se pronuncia favorablemente, entonces se procede a convocar a la Constituyente, caso contrario no habrá tal convocatoria y sigue rigiendo la Constitución vigente.
- 2.- El Referéndum Constituyente: Se aplica para aprobar o rechazar un proyecto constitucional, elaborado por una Asamblea Constituyente.
- 3.- Referéndum Constitucional: Tiene por finalidad someter a consulta popular toda o parte de la Constitución vigente.
- 4.- Referéndum Legislativo: Se aplica para la aprobación o rechazo de una ley sancionada por el poder legislativo.
- 5.- Referéndum Administrativo: Cuando se aplica para aprobar o rechazar resoluciones administrativas. Tanto su reconocimiento, como su uso es escaso. Funciona en algunos estados de la Unión Americana y en ciertos cantones suizos.
- 6.- Referéndum Estadual: Cuando el pueblo de un Estado federal se pronuncia sobre normas que afectan a dicho Estado. Sucede en Canadá, Estados Unidos, Brasil, Argentina y Venezuela. El nuevo Estado de México reconoce la consulta popular.

En esta línea de consulta específica dentro del ámbito poblacional y territorial, está el referéndum regional, utilizado para consultas de normas de alcance regional y aplicables a ciudadanos de una región;

y desde luego también deben ser considerados el referéndum local, distrital o municipal. En este caso, se consulta ordenanzas municipales.

- 7.- El Referéndum de Arbitraje: Cuando el pueblo se pronuncia para decidir sobre conflictos entre los poderes públicos.
- 8.- Referéndum sobre Tratados Internacionales: En algunas constituciones se establece que los Tratados Internacionales pueden ser sometidos a consulta popular. Sucede en los casos de Panamá y Ecuador.
- 9.- Referéndum Nacional: Sucede cuando se convoca a los ciudadanos de una nación a una consulta popular, es un referéndum universal y no territorialmente focalizado como el estadual, regional, cantonal y local.
- 10.- Referéndum de Soberanía: Cuando la consulta versa sobre la independencia de un pueblo respecto del país al que pertenecen. Tal fue el caso de la antigua Unión Soviética y es una situación latente para España, por los intentos de independencia que se están manifestando en Cataluña.

De todos estos referéndum, la Constitución peruana reconoce cuatro:

- A) El Constitucional.
- B) El Legal.
- C) El Municipal.
- D) El Regional.

Tal como indica el artículo 32.

Pero además el referéndum puede ser obligatorio, facultativo y autoritativo. En el sentido de ser convocado por una autoridad, no es autoritario.

Este último significa que el referéndum es convocado por un dictador. Han habido muchos casos de este tipo en la historia de los pueblos, por eso el referéndum democrático es aquel que se ejerce en el marco legal que establece la Constitución y no depende de la voluntad de un autócrata. Necesaria distinción porque hay que diferenciar al referéndum democrático del autoritario de corte populista y no populista.

En el Perú no hay referéndum autoritativo, ninguna autoridad está facultada para convocar a referéndum. En nuestro caso es facultativo, nace de una iniciativa popular.

Los ciudadanos, reuniendo un número de firmas, en el Perú es 10% , pueden pedir al Jurado Nacional de Elecciones que convoque a referéndum, para reformar total o parcialmente la Constitución, para leyes, ordenanzas municipales y temas relacionadas con el proceso de descentralización. En este último caso se aplica para normas regionales. Este enunciado normativo debe interpretarse que pueden ser sometidas a referéndum normas aprobadas por los Consejos Regionales como indica el inciso b) del artículo 39 de la Ley 26300, “Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos”.

El inciso c) precisa que también se aplica el referéndum “para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, así como de las normas a que se refiere el inciso anterior”.

Habrá referéndum en cualquiera de los casos, si y sólo si, el Jurado comprueba debidamente las firmas de los solicitantes.

Respecto al referéndum obligatorio, se da cuando la Constitución y las leyes establecen que normas deben ser obligatoriamente sometidas a consulta popular.

La doctrina relacionada con el referéndum también distingue entre el referéndum antelegem y el postlegem. En el primer caso, se trata de una consulta popular en donde lo que se somete al pronunciamiento popular son proyectos de leyes, o de normas estaduales, regionales, cantonales y locales.

En el Perú no existe este tipo de consulta popular. En cambio, cuando el Congreso aprueba una ley y ella se somete a referéndum se denomina postlegem. Este tipo de referéndum es reconocido por la Constitución peruana. Criterio válido para ordenanzas municipales, normas estaduales, (para los países constituidos en Estados Federales) y regionales.

En el Perú se han producido, entre los siglos XIX y el XX, seis consultas de referéndum. Cinco convocados por gobiernos autoritarios (dictaduras): Leguía, Benavides, Sánchez Cerro, Morales Bermúdez, Alberto Fujimori. Morales Bermúdez hizo una consulta al pueblo de Ucayali si quería o no seguir perteneciendo al Departamento (hoy Región) de Loreto. El pueblo decidió que Ucayali se convirtiera en Departamento. Finalmente la última consulta hecha por un gobierno autoritario, el de Fujimori, fue para la aprobación de la Constitución que nos rige hace 25 años.

EL REFERÉNDUM Y LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Los otros dos, durante el gobierno de Toledo y de Humala, el primero de alcance regional y el otro relacionado con los fondos de FONAVI (Fondo Nacional de Vivienda) se produjeron en regímenes democráticos ⁽¹⁾.

REFERENDUM CONSTITUCIONAL											
AÑO	PRESIDENTE	ALCANCE	MOTIVO	CIRCUNSCRIPCIÓN	NÚMERO DE ELECTORES	VOTOS SI	VOTOS NO	VOTOS EN BLANCO	VOTOS NULOS	TOTAL DE VOTOS	RESULTADO
1993	Alberto Fujimori Fujimori	Nacional	Aprobación del proyecto de Constitución 1993	1	11, 620, 820	3, 895, 763	3, 548, 334	216, 088	518, 557	8, 178, 742	APROBADO
2005	Alejandro Toledo Manrique	Nacional	Integración y conformación de regiones 2005	Región Ancash, Huánuco, Junín, Lima Provincias, Pasco	2, 260, 392	283, 716	1, 499, 596	31, 975	114, 801	1, 930, 088	NO APROBADO
				Región Apurímac, Cusco	808, 422	225, 678	384, 295	15, 675	50, 467	676, 115	NO APROBADO
				Región Ayacucho, Huancavelica, Ica	933, 505	162, 274	588, 376	16, 344	48, 017	815, 011	NO APROBADO
				Región Tacna, Arequipa, Puno	1, 578, 094	490, 211	794, 577	19, 495	107, 036	1, 411, 319	Solo en Tacna fue APROBADO
				Región Lambayeque, Piura, Tumbes	1, 653, 908	274, 982	1, 059, 97	24, 359	75, 81	1, 435, 121	NO APROBADO
2010	Alan García Pérez	Nacional	Aprobación del proyecto de ley de devolución de aportes al FONAVI	1	19, 595, 277	9, 115, 867	4, 597, 659	1, 741, 088	913, 704	16, 368, 318	APROBADO

Elaborado por: Esther Vásquez Macedo
 Estudiante de pregrado de la Escuela Profesional de Ciencia Política
 UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

2.- DE CÓMO SE INCORPORÓ EL REFERÉNDUM Y LAS OTRAS INSTITUCIONES DE LA DEMOCRACIA DIRECTA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA.

La incorporación del Referéndum en la Constitución pasó por un proceso previo en el que, quien escribe este artículo, fue participante y testigo de su desarrollo.

Antes de dictar el curso de Ciencia Política en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,

(1) Se adjunta Cuadro sobre últimos referéndums.

cuando todavía era un joven profesor auxiliar, enseñaba Introducción a las Ciencias Jurídicas y Derecho Constitucional Teoría General, pero también con los alumnos analizábamos la Constitución de 1979. Los cursos los dicté entre 1980 y 1983, fecha en que fundé la cátedra de Ciencia Política. Advertí que a esa importante Constitución le faltaba las instituciones de la Democracia Directa, pues solo tenía la iniciativa popular, para la reforma constitucional. Decidí por ello iniciar una campaña académica, periodística y política para sensibilizar a los alumnos y a la opinión pública a fin de que se apoye una iniciativa para la reforma de esta Constitución en materia de los derechos ciudadanos y se incorpore el referéndum, se mantuviera y amplíe la iniciativa popular, e igualmente se incorpore la revocación, así como la rendición de cuentas.

Como la historia es larga me limitaré a casos muy puntuales. Inicié en 1983 dos actividades paralelas. En la Universidad enseñando en qué consisten estas instituciones y a través del diario El Comercio, sobre todo desde el Suplemento Dominical de este diario, divulgándolas.

Años después, decidí fundar con un grupo de amigos el Movimiento por la Democracia, cuya finalidad era promover los principios y valores de la democracia y dentro de ellos la democracia participativa. Poco después empezamos a promover la democracia telemática y electrónica.

Me acompañaron en esta "aventura", Ana María Wesphalen, mi esposa, Juan Velit y Sra., Carlos Torres y Torres Lara y Sra., Juan Álvarez Vita, Gabino Herrera y Sra., Manuel Medrano y Sra., Claudio Cano y Jorge Tupiño. El 90% de ellos profesores en diversas universidades.

El Movimiento por la Democracia se dedicó a la tarea de promover los valores democráticos en el país, más o menos a partir de 1989, fecha en que además me gradué de Doctor en Derecho y Ciencia Política con la tesis "Democracia Directa y Reforma Constitucional", en donde defendía la necesidad de incorporar las instituciones de la democracia directa antes mencionadas, en la Constitución de 1979.

Me fue bien y el jurado recomendó la publicación de la tesis.

Con la intención que el Congreso de aquella época incorporara estas instituciones, haciendo uso del derecho de iniciativa empezamos un proceso de recolección de firmas a través de planillones mandados a imprimir por

nosotros mismos, que lamentablemente se dilató mucho porque, valgan verdades, nuestro sistema de recolección de firmas fue muy lento.

A la tesis, ya convertida en libro le adicionamos un proyecto de ley de participación popular, el que luego sirvió como documento adjunto al pedido de la iniciativa.

Para 1992, año en que Alberto Fujimori dio el golpe desde Palacio, habíamos recolectado aproximadamente unas 50,000 firmas.

Como se sabe, Carlos Torres y Torres Lara estuvo de Ministro los primeros años del fujimorismo que fue democrático, pero cuando se produjo el golpe desde Palacio de Fujimori decidió continuar con él y militar en su partido.

Como siempre estuve en contra del golpe desde el momento en que se produjo, tuve serias discrepancias con Carlos, cofundador del Movimiento por la Democracia, del que ninguno de sus miembros, apoyó el golpe; más bien lo condenó. Pero esta discrepancia política, que fue muy dura, no afectó nuestra antigua amistad, fuimos adversarios pero no enemigos como debe ser en toda relación democrática.

En 1992, durante el proceso en que el Congreso Constituyente Democrático estaba debatiendo el Proyecto de lo que sería la vigente Constitución, recibí una llamada de Carlos Torres quien me pedía que llevara al Congreso, específicamente a la Comisión que él presidía y que era vicepresidente Henry Pease, los planillones con las correspondientes firmas para apoyar desde la sociedad civil lo que esa Comisión había decidido aprobar. Es decir, la incorporación de la democracia directa, de sus instituciones más características: el referéndum, la iniciativa popular en la formación de las leyes, la revocación y la rendición de cuentas.

Mi respuesta fue un tajante “voy a pensarlo”, porque yo me opuse al proyecto constitucional que había incorporado la reelección con la sola y única intención que el dictador Fujimori se reelija y permaneciera en el poder.

Sobre esto hay una historia larga y hasta intentos de fraude como se sabe, pero abordar en ello nos sacaría del tema en cuestión.

Luego de darle vueltas al asunto, y consultados los integrantes del Movimiento por la Democracia decidimos entregar los planillones a la Comisión de Constitución, la más amplia que presidió Carlos, bajo el argumento que, a pesar de estar en contra del Proyecto Constitucional,

era mejor que se incorporen estas instituciones porque a futuro y dentro de la posibilidad de que la nueva Constitución se proyectara en el tiempo, era mejor que el pueblo peruano cuente con instituciones de participación ciudadana directa y se empoderara. Al día siguiente, todo el Movimiento por la Democracia, que previamente se concentró en el Club de la Unión, fuimos hasta el Congreso con el Proyecto de Ley adjuntando los planillos. Al ingresar nos informaron que al hemiciclo podían entrar solo dos personas. Ingresamos Juan Velit y yo, haciendo así la entrega del texto y de los planillos a Carlos Torres y a Henry Pease.

Lo que hizo después la Comisión fue elaborar unos artículos que coincidían con algunas de las propuestas en nuestro proyecto, así como el referéndum, la iniciativa popular, la revocación pero solo para las autoridades elegidas para cargos a nivel regional y municipal. No consideraron nuestra propuesta de revocación para el Presidente y los Congresistas. Luego la ley 26300 marcaría la pauta de la dinámica y procedimiento de estas instituciones.

Finalmente quiero precisar que la propuesta para que el referéndum y la revocación nazcan de una iniciativa popular fue planteada por el autor de este artículo, en lo particular y por el Movimiento por la Democracia como Asociación Civil.

Ello, como se ha explicado, se hizo bajo el concepto de que no convenía otorgar mucho poder a la autoridad a través del ejercicio del referéndum, pues podía abusar de la institución y paralelamente, porque en la medida de que los ciudadanos tuvieran el derecho de iniciativa para el referéndum, la revocación y la rendición de cuentas, se les estaba empoderando.

3.- SOBRE EL REFERÉNDUM “CONVOCADO” POR EL PRESIDENTE

Como estamos escribiendo antes de la potencial realización del referéndum “convocado” por el Presidente del Perú Martín Vizcarra, me referiré a la naturaleza jurídica de dicho acto, y a los hechos que se han producido antes de la fecha señalada producto de esta “convocatoria” del Jefe de Estado.

Como se ha visto a lo largo de este siglo, solo se han realizado dos referéndums, uno relacionado con el intento de unificar regiones para constituir macrorregiones y el otro con la devolución de una suma de dinero a los beneficiarios del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) ordenado por

el Tribunal Constitucional de aquella época. Más consultas de este tipo no ha habido, de allí que asistiríamos a un tercer referéndum.⁽²⁾

Efectivamente, el Presidente durante su mensaje a la Nación, el primero que realizó al país dado que reemplazó al Presidente anterior porque renunció al cargo ante una vacancia inminente, “convocó” a un referéndum con la finalidad que el pueblo se pronuncie sobre una reforma constitucional. Esta reforma constitucional versaría, sobre cambios en la composición y la estructura del Consejo Nacional de la Magistratura, cuyas funciones, responsabilidades y atribuciones están fijadas en el capítulo IX de la Constitución.

Como se sabe este Consejo se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de la elección popular (art. 150). Esta propuesta se produjo porque estalló una denuncia periodística sobre actos de corrupción a su interior y en relación con otras autoridades judiciales del Callao y de Lima, que indignó a la opinión pública. Además de ella figuran otras tres relacionadas con el retorno a la bicameralidad, la no reelección de los congresistas y el financiamiento

(2) Debido a que este artículo se escribió antes del Referéndum “convocado” por el Presidente Martín Vizcarra, no se consideró dicho acto.

El Referéndum fue un intento de respuesta a la crisis moral y política. La primera fue destapada por IDL reporteros. Un caso de corrupción en la Corte Superior de El Callao y que luego se extendió al Consejo Nacional de la Magistratura, en las más altas esferas del Poder Judicial y de la Fiscalía de la Nación.

Hecho que agudizó aún más la crisis política, porque importantes dirigentes y autoridades políticas están involucrados.

Keiko Fujimori y otros miembros de su partido están con prisión preventiva y ex presidentes, así como la ex Alcaldesa de Lima, continúan procesados.

En el Referéndum del 9 de diciembre se incorporaron cuatro preguntas relacionadas con la formación y funciones de la Junta Nacional de Justicia, que reemplaza al Consejo Nacional de la Magistratura, la regulación del financiamiento de las organizaciones políticas, la no reelección de los congresistas y finalmente la bicameralidad. En las tres primeras ganó el sí y en la cuarta el no.

El valor de este Referéndum con relación a los anteriores es que en tres casos, se trató de una reforma parcial de la Constitución conforme a lo que establece el artículo 32 de esta Carta Magna.

La del financiamiento de las organizaciones políticas implica una reforma de la Ley de Partidos Políticos en esta materia; cabe destacar que en la consulta votaron 24 millones de peruanos, la participación fue mayor que en las elecciones municipales y regionales.

los partidos políticos. Este último caso no está prevista en la Constitución, sino en la Ley de los partidos políticos.

La coyuntura política, pero sobre todo los actos de corrupción, es lo que a nuestro parecer, animó a Vizcarra a hacer la convocatoria.

Según diversas encuestas, la decisión presidencial fue aprobada por un amplio sector de la ciudadanía, pero también existieron cuestionamientos, sobre todo para el caso de la no reelección de los congresistas bajo el argumento que con esta medida se impedía postular nuevamente a los políticos de experiencia y también porque, como ha quedado demostrado, solo el 26 % son reelectos, es decir, el porcentaje es bajo.

Puesto que, como indica la ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, solo el 10% de ciudadanos pueden solicitar al Jurado Nacional de Elecciones la realización de un referéndum, el Presidente Vizcarra ejerciendo su derecho de iniciativa presentó cuatro proyectos de ley sobre los temas que deben ser consultados en el referéndum, para que el Congreso los debata y se pronuncie al respecto. Un mes después y entendiendo el Presidente que las iniciativas de ley por él propuestas no tenían la atención y la celeridad que merecían, a través de un Mensaje a la Nación, pidió que el Congreso se pronuncie lo más pronto posible, e incluso puso fecha para la finalización del debate y la entrega de los artículos sustitutorios pertinentes aprobados por el legislativo. Llegó incluso a decir que si esto no se cumplía, plantearía una cuestión de confianza, lo que produjo la inmediata reacción de los congresistas de la mayoría, como de algunos de la minoría.

A pesar de este hecho en que se presiona al Congreso, este decidió poner en marcha la elaboración de los artículos sustitutorios previo debate en la Comisión de Constitución y luego en el Pleno. Como se ha indicado, estos artículos sustitutorios versan sobre el CNM, el financiamiento de los partidos políticos, la no reelección y la bicameralidad. Respecto al Consejo Nacional de la Magistratura se llamará Junta Nacional de Justicia integrado por siete miembros, seleccionados por concurso público de méritos.

En todo caso, el Congreso cumplió haciendo las reformas de la Constitución sobre las normas que deben ser sometidas a referéndum y también con la modificatoria del artículo 30 de la Ley de Partidos Políticos, relativo al financiamiento privado. Es por eso que el presidente “convocó” a referéndum el martes 9 de octubre del 2018.

Posteriormente el Jurado Nacional de Elecciones elaboró las preguntas. En primer lugar figura si se aprueba la reforma de la denominada Junta Nacional de Justicia. Seguidas en orden de prelación la relacionada con el financiamiento de los partidos políticos, la no reelección y finalmente con la bicameralidad.

Esta convocatoria preocupa, porque el Presidente no está autorizado para convocar a referéndum. El artículo 118 de la Constitución es su inciso quinto señala que puede “convocar a elecciones para presidente de la República y para representantes a Congreso, así como para Alcaldes y Regidores y demás funcionarios que señala la ley”. En ningún inciso del artículo mencionado se dice que el presidente no puede convocar a referéndum, ni a consulta de revocatoria, y ello porque los ciudadanos son los únicos que pueden solicitar referéndum y para esto se dirigen al Jurado Nacional de Elecciones. En este caso convoca quien receptiona la demanda de referéndum, vale decir, el organismo electoral. Al respecto el artículo 44 de la “Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos” señala tajantemente: “La convocatoria a referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas”. En consecuencia la “convocatoria” del Presidente sería improcedente. Contra esto se podría argumentar, que la consulta es el producto de una reforma constitucional que al ser aprobada por mayoría absoluta del número legal de los congresistas no ha nacido de la iniciativa ciudadana sino de la voluntad del legislador y en la iniciativa de referéndum, no sería necesaria la convocatoria del órgano electoral correspondiente lo que abriría un espacio para que el presidente convoque.

Pero lo que pasa con este argumento es que no cambia la esencia y el contenido del artículo 44 de la Ley de Participación y Control Ciudadanos que in-generis, sin límite alguno precisa que la convocatoria corresponde al órgano electoral correspondiente y además porque el inciso 5 del artículo 118 no otorga dicha facultad al Presidente. ¿Qué se debió hacer?

El Congreso debió enviar el texto de la reforma al Jurado Nacional de Elecciones y este convocar a referéndum y dentro de los plazos que señala el artículo 44.

Aquí se ha producido un conflicto entre el apresuramiento de una decisión política y el procedimiento que señala la ley. Situación que podría

traer problemas legales posteriores, pues a todas luces se aprecia que lo político se ha impuesto, en este caso de la convocatoria, a la norma constitucional y legal. Una realidad que muchas veces se ha producido en la historia política del Perú. Además para que el Presidente convoque a referéndum se requeriría una reforma constitucional en donde se le reconoce esta facultad, puesto que como hemos dicho en la primera parte de este artículo, en el Perú no hay referéndum autoritativo y obligatorio, sino sólo facultativo y esta facultad debe nacer de la ciudadanía.

También llama la atención que el Jurado Nacional de Elecciones no se haya pronunciado al respecto, porque se le ha usurpado una facultad, definida en la ley. Este hecho puede interpretarse como una concesión política, respecto a un acto que por más político que fuera, y este referéndum lo es, debe proceder y conducirse en los marcos normativos establecidos en la Constitución y las leyes.

Considero que las instituciones de la democracia directa, como el referéndum son fundamentales para empoderar a los ciudadanos, pero considero que deben de aplicarse de acuerdo a ley. Las consultas populares de acuerdo a ley son democráticas y ni el Presidente de la República puede cambiar o tergiversar su contenido normativo. Así como el procedimiento estipulado para el efecto.

Dada esta situación se debe admitir el hecho que, al menos en este caso, hay abuso del poder y silencio del órgano legítimamente reconocido al no reclamar sus fueros.

EL REFERÉNDUM Y LA LUCHA POLÍTICA EN EL PERÚ

Luis Castillo Córdova^(*)

I. Introducción y planteamiento de las cuestiones

El Presidente de la República, Martín Vizcarra, anunció en su mensaje a la Nación del 28 de julio de 2018, los cinco ejes que constituyen la base de su gestión gubernamental. Tales ejes anunciados fueron los siguientes: integridad y lucha contra la corrupción; fortalecimiento institucional para la gobernabilidad; crecimiento económico equitativo, competitivo y sostenible; desarrollo social y bienestar de la población; y descentralización efectiva para el desarrollo. El 9 de agosto el Presidente Vizcarra, documentos en mano, abandonó el edificio de Palacio de Gobierno y se dirigió a la sede del Congreso de la República para él mismo ingresar por Mesa de partes, cuatro propuestas de reforma constitucional que se enmarcaban dentro de los dos primeros mencionados ejes.

El Congreso de la República, con mayoría opositora al Gobierno, no parecía estar demasiado convencido de la pertinencia de reformas, que a su entender, ni eran urgentes, ni ayudaban efectivamente a atender los problemas reales del país. Por eso, a cuarenta días de presentadas las propuestas de reforma, el Parlamento peruano prácticamente solo había llegado a elaborar un cronograma de atención a las reformas presentadas. Frente a esta inacción, el Presidente Vizcarra decidió plantear una cuestión

(*) Profesor ordinario principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

de confianza sobre la pronta aprobación de sus propuestas de reforma sin desnaturalizarlas. Así lo comunicó en mensaje a la Nación la noche del domingo 16 de septiembre.

Esto significaba que si el Parlamento no aprobaba o aprobaba desnaturalizando las propuestas, habría rechazado la cuestión de confianza y abría las puertas para una disolución constitucionalmente del Congreso de la República prevista en la Constitución, con la consiguiente convocatoria a nuevas elecciones parlamentarias. Esto apuró al Parlamento y para inicios de octubre estaban ya aprobadas cuatro leyes de reforma constitucional que respondían a otras tantas propuestas remitidas por el Presidente Vizcarra. Ahora faltaba su aprobación por la ciudadanía para que jurídicamente existieran tales leyes de reforma constitucional, es así que el 9 de octubre de 2018 se emite el Decreto supremo N.º 101-2018-PCM, a través del cual el Presidente de la República convoca a referéndum para el 9 de diciembre de ese año, con la finalidad que el pueblo confirme o rechace las leyes de reforma constitucional aprobadas por el Parlamento.

El referéndum fue convocado como la segunda parte del proceso de reforma constitucional que desde el Ejecutivo había promovido el Presidente de la República. La primera parte había consistido en la aprobación por parte del Congreso de la República de cuatro leyes, una por cada propuesta de reforma presentada. Tales leyes para convertirse efectivamente en leyes de reforma constitucional, tenían que ser aprobadas por la ciudadanía a través de referéndum.

El Presidente Vizcarra, una vez aprobadas estas leyes por el Parlamento, manifestó que estaba de acuerdo con todas ellas, salvo con la que aprobaba la bicameralidad del Parlamento, porque a su modo de ver, el Parlamento había desnaturalizado el proyecto de reforma constitucional que había remitido desde el Ejecutivo, a pesar que a su favor habían votado también el Premier Villanueva y el Ministro de Justicia Zaballos, quienes a la vez eran congresistas con voz y voto en el Parlamento.

A partir de ese momento el Presidente Vizcarra aprovechó toda aparición pública para reiterar su adhesión a la ley de reforma sobre la Junta Nacional de Justicia, a la ley de reforma sobre el financiamiento de partidos políticos y a la ley de reforma que prohibía la reelección parlamentaria; y mostraba su rechazo a la ley de reforma que aprobaba la bicameralidad del Parlamento. Los medios de comunicación hicieron rápidamente eco de la

opinión del Presidente, y la población se adhirió muy mayoritariamente a la misma desde un inicio. Se acuñó, entonces, una expresión que al final fue muy significativa: SI, SI, SI, NO.

Realizado el referéndum, el resultado final fue una abrumadora mayoría de apoyo a la opinión del Presidente Vizcarra. En efecto, la ley sobre la Junta Nacional de Justicia fue aprobada con un 77.88% a favor, y un 12.09% en contra; la ley sobre el financiamiento de los partidos políticos fue aprobada con un 77.54% a favor y un 12.86% en contra; la ley sobre la prohibición de reelección inmediata de los parlamentarios fue aprobada con un 77.15% a favor, y un 12.76% en contra; y la ley sobre la bicameralidad fue rechazada por un 79.14% contra un 8.30% a favor.

De esta parte de la historia reciente del Perú varias cuestiones pueden ser planteadas. Por ejemplo, puede ser resuelto el problema de si el Presidente de la República puede o no plantear cuestión de confianza y si puede hacerlo sobre propuestas legislativas; también puede ser planteada la cuestión de si correspondía o no al Presidente de la República convocar a referéndum, entre otras. Aquí solo interesará atender a las cuatro leyes que aprobó el Parlamento peruano y que luego fueron sometidas a referéndum, para analizarlas y poder saber si resultaban o no beneficiosas. Antes, no obstante, será útil estudiar el dignificado político y jurídico del referéndum.

II. El referéndum: su significado político

Desde un punto de vista político, el referéndum es una oportunidad valiosa que tiene el titular del poder para participar directamente en la toma de decisiones que afecta a la entera comunidad política, y de este modo participar en su gobierno. En efecto, hoy las comunidades políticas están conformadas por millones de ciudadanos, lo que hace materialmente imposible que todos ellos se ocupen de la gestión del bien común. Es claro que las necesidades propias de cada persona han de ser gestionadas en su satisfacción por cada una de ellas, como claro es también que la satisfacción de las necesidades propias solo podrá ser conseguida eficazmente por el mayor número de personas en condiciones de igualdad, solamente si existen satisfechas las necesidades de la comunidad. Dicho de otro modo, los bienes propios reclaman de la existencia y consecución de bienes colectivos o sociales, y solo con la existencia de ambos es posible reconocer la existencia y adecuada gestión del bien común.

Pues bien, la satisfacción de las necesidades de la entera comunidad no puede quedar en manos de la entera comunidad; sería imposible de realizar una acción conjunta y coordinada si a la vez millones de personas tuviesen que reunirse para tomar decisiones que atañen al interés colectivo. Es en este contexto que quedan justificados los gobiernos representativos: un grupo reducido de personas se encargan de gestionar el bien común en representación de todos los integrantes de la comunidad política. Para llevar a cabo esa gestión, éstos ceden temporalmente a aquellos el ejercicio del poder público.

Pero un gobierno representativo está llamado al fracaso si cuenta con el desinterés de los representados; dicho de otro modo, el éxito de un gobierno representativo se sostiene también sobre el interés y participación directa o indirecta de la ciudadanía en los asuntos que atañen a la entera comunidad política. Uno de los mecanismos que existen a través del cual se promueve y posibilita una participación –y además directa- de los gobernados, es el referéndum. El referéndum es, pues, un canal justificado en la necesidad de acompañamiento por parte del pueblo hacia su clase gobernante, que es propia de todo gobierno representativo.

Acudir directamente al titular del poder por quien detenta el ejercicio del poder político tiene muchas ventajas. Estas ventajas ha hecho posible que tanto gobernantes democráticos como dictatoriales, hayan acudido a este mecanismo de consulta directa. Aquí solo mostraré dos de esas ventajas. La primera es que una decisión consultada y confirmada por el pueblo, es una decisión que adquiere un altísimo grado de legitimidad política que la hace prácticamente inamovible. Y la segunda ventaja es que una decisión en cuya adopción participa directamente el pueblo, es una decisión respecto de la cual aumenta el compromiso de la población en su cumplimiento.

Pero el grado de legitimidad y el grado de compromiso en el cumplimiento es variable, y su medida dependerá de la calidad del voto que se emita en la consulta popular, y dependerá también de la mayoría que se decante por la aprobación de la medida consultada. De modo que un voto emitido sin que se sepa bien en qué consisten las medidas consultadas o de cuáles son sus consecuencias, o unas medidas aprobadas por estrecho margen de votación, hace disminuir notablemente las ventajas antes apuntadas. Esto impone la obligación no solo de difundir las propuestas de reforma, sino también de difundir su debate para que la población

conozca adecuadamente de lo que se le consultará en el referéndum, y de las ventajas o inconvenientes de su aprobación o no.

III El referéndum: su significado jurídico

Esta relevancia política del referéndum ha llevado justificadamente a que sea incorporado en las constituciones nacionales. En el caso peruano se ha constitucionalizado como un derecho en los siguientes términos: “toda persona tiene derecho: (...) 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum” (artículo 2). En la Constitución peruana, consecuentemente, el referéndum ha sido constitucionalizado como un derecho fundamental.

Ha decidido el Constituyente también que las materias que pueden ser sometidas a referéndum son las siguientes: “1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización” (artículo 32). Y ha decidido también que las materias que no pueden ser sometidas a referéndum son “la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor” (artículo 32).

Sobre la reforma total o parcial a través del referéndum, ha establecido el Constituyente peruano que una tal reforma será efectiva si ha sido aprobada por el Congreso de la República con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum (artículo 206).

Este derecho fundamental ha sido objeto de una ley de desarrollo constitucional (Ley 26300). En lo que aquí conviene destacar, se ha decidido que una iniciativa legislativa popular que no haya sido aprobada por el Parlamento o que lo ha sido modificada sustancialmente, pueda ser sometida su aprobación a referéndum (artículo 41); para lo cual se requiere que el referéndum sea solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional (artículo 38). Se ha decidido también, como no podía ser de otra manera, permitir el referéndum como parte del proceso de reforma de la Constitución (artículo 39a).

El referéndum en el Perú sirve, esencialmente, para aprobar leyes (incluidas las de reforma constitucional). Es decir, el Constituyente ha decidido que la ciudadanía gobernada acompañe a sus gobernantes en la gestión del bien común a través de la aprobación de leyes.

IV. El referéndum: las preguntas consultadas

Una vez estudiado el significado político y jurídico del referéndum, conviene analizar cada una de las cuatro leyes de reforma constitucional aprobadas por referéndum.

1. Sobre la reforma al Consejo Nacional de la Magistratura y su sustitución por la Junta Nacional de Justicia

La primera pregunta que fue formulada en la cédula de sufragio, fue la siguiente: “¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)?”. La reforma constitucional a la que hacía referencia esta pregunta, era la contenida en la Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funcione de la Juna Nacional de Justicia. En esta ley se reforman tres artículos de la Constitución.

El primero de ellos fue el artículo 154. Las novedades que consigo trae la ley de reforma son las siguientes:

- a. Se modifica el nombre del órgano encargado de la selección y destitución de los jueces y fiscales: se dejó de llamar Consejo Nacional de la Magistratura, y se le sustituyó por la Junta Nacional de Justicia.
- b. Se mantiene la ratificación de los jueces y fiscales, pero a diferencia del texto constitucional anterior, ahora se reclama que tal ratificación sea con voto público y motivado.
- c. Se añade una función: ejecutar conjuntamente con la Academia de la Magistratura la evaluación parcial de los jueces y fiscales de todos los niveles cada tres años.
- d. A la atribución de destitución de magistrados se añade la atribución de destituir de oficio a los jueces y fiscales de todas las instancias
- e. A esta misma atribución de sanción, se añade la atribución de amonestación o suspensión de hasta 120 días calendario a jueces y fiscales supremos

El contenido de la reforma de la Junta Nacional de Justicia era técnico y requería de un gran debate nacional, especialmente si se deseaba que efectivamente la reforma constitucional de la justicia fue idónea y duradera. Pero nada de esto hubo. Y la población, muy probablemente en gran número, acudió a votar sin haber entendido bien el significado y las consecuencias de la reforma.

El servicio público de administrar justicia necesitaba sin duda alguna, de medidas que promovieran el mejoramiento significativo de uno de los servicios públicos peor valorados por la ciudadanía. Los acontecimientos recientes en la vida del Perú habían abierto la gran posibilidad de emprender una seria y consensuada política de mejoramiento de la prestación de este servicio. Sin embargo, y por desgracia, se desaprovechó esta oportunidad, y se prefirió el Ejecutivo imponer a un desprestigiado Congreso una reforma que por ocuparse de los procedimientos, se olvida de apostar por la formación de quienes operaran el sistema de justicia en el país. Estas es, probablemente, su más intensa deficiencia.

A ella debe ser añadido el hecho que la reforma desaprovecha la oportunidad para haber retirado la obligación de ratificar a los jueces y fiscales cada siete años. La ratificación en el Perú no ha servido para mejorar la calidad del servicio que ofrecen los jueces y fiscales a partir del mejoramiento profesional de los magistrados. Muy por el contrario, sirvió para generar corruptela en el órgano encargado de la ratificación, sirvió para mantener en vilo al juez y fiscal sobre su continuidad en su plaza funcional, y, en definitiva, sirvió para tener jueces menos independientes, pues difícilmente un magistrado será independiente si sabe que la continuidad en el cargo se la debe a un órgano administrativo.

Pero lejos de generar una situación de consolidación funcional en los magistrados de justicia, se le impone un deber más: cada tres años y medio deberá ser evaluado en su desempeño, con no se sabe bien qué tipo de consecuencias en caso no supere la evaluación. La evaluación prevista en la reforma constitucional tiene una serie de inconvenientes:

- a. Sobre la tranquilidad de los magistrados, que ahora no solo cada siete años se someterá a un proceso de ratificación, son que además cada tres años y medio se someterá a un proceso de evaluación. El séptimo año para todos ellos será especialmente duro: tendrán que superar un proceso de ratificación y uno de evaluación a la vez. Y

la pregunta es necesaria: ¿se resentirá el servicio que prestan estos funcionarios públicos cada tres años medios y cada siete años? Parece que estamos ante un claro empeoramiento de las condiciones de trabajo de los magistrados, con riesgo de impactar negativamente en el ejercicio de la función pública que se le encarga.

- b. A esto se ha e añadir dificultades materiales y operativas. Según la reforma constitucional, la Junta Nacional de Justicia deberá apoyarse en la Academia de la Magistratura para llevar adelante los procesos de evaluación. Pero la Academia de la Magistratura, para quienes la conocemos, nos queda claro que es una institución que no está en la capacidad hoy de llevar a cabo con éxito procesos serios de evaluación. Esto significará que se vea en la necesidad de encargar a un tercero privado tan delicada labor.
- c. También existen dificultades jurídicas. En efecto, el Tribunal Constitucional ha advertido que una evaluación de los jueces proveniente de un órgano distinto al Poder fundamento Judicial supone un atentado a su autonomía de éste. Así, “la evaluación sólo puede corresponder a quien ejerce el gobierno judicial, el cual está residenciado en el propio Poder Judicial” (EXP. N.º 00006-2009-PI/TC, fundamento 62). Es posible que en esta parte de la reforma constitucional aprobada, se hay creado una norma constitucional inconstitucional.

El segundo artículo modificado es el 155 de la Constitución, destinado a regular la conformación de los integrantes de la Junta Nacional de Justicia. Esta disposición constitucional mantiene el mismo número de integrantes que en el extinto Consejo Nacional de la Magistratura: siete miembros. El cambio que trae consigo es que sus integrantes serán seleccionados a través de un concurso público de méritos, en el que se “brinda las garantías de probidad, imparcialidad, publicidad y transparencia” (último párrafo del artículo 155); y aunque se mantiene en cinco años la duración del cargo, queda prohibida expresamente la reelección.

Este concurso público de méritos estará a cargo de una Comisión especial, conformada por altas magistraturas del Estado peruano: Defensor del pueblo, quien la preside; el Presidente del Poder Judicial; el Fiscal de la Nación; el Presidente del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República; y a ellos les acompañan dos rectores: uno elegido en

votación por los rectores de las universidades públicas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad, y otro elegido en votación por los rectores de las universidades privadas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad.

Sin duda que debe ser celebrado que la selección de los miembros de la Junta Nacional de Justicia provengan de un concurso público. Aunque ayuda, el concurso público por sí mismo no asegura ni la limpieza en la selección, ni la idoneidad del seleccionado. Seguramente la ley de desarrollo constitucional prevea etapas y mecanismos procedimentales que ayuden a conseguir una buena selección, con todos los filtros que dejen fuera postulantes sin la idoneidad moral y profesional para conformar la Junta Nacional de Justicia, incluidas las garantías esenciales de todo proceso debido.

Sin embargo, tomando en cuenta la reciente historia de la Defensoría del pueblo, que estuvo por mucho tiempo sin una cabeza, parece un riesgo colocar en el Defensor del pueblo al encargado de convocar a la Comisión especial y de presidirla. Salvado ese riesgo, es un acierto que estas labores recaigan en el Defensor del pueblo, si es que este cargo ha recaído sobre una persona efectivamente con autoridad moral públicamente reconocida. Lo contrario, sin duda, podría crear problemas serios.

El tercer artículo modificado es el 156, cuyo contenido es completamente nuevo comparado con el texto constitucional anterior. Debe ser destacado que solo quienes son abogados pueden postular y ser miembros de la Junta Nacional de Justicia, no cualesquiera, sino quienes cumplan una serie de requisitos que pretenden objetivar la idoneidad profesional del postulante, quienes además para ser seleccionados como miembros de la Junta Nacional de Justicia deben tener una reconocida trayectoria profesional y solvencia e idoneidad moral.

Las decisivas y relevantes funciones que ha de cumplir la Junta Nacional de Justicia, para la calidad y eficiencia del servicio público de administrar justicia, así como el impacto que tiene la justicia, no solo en el desarrollo del país, sino en la realización de las personas consideradas singularmente, reclama de sus miembros un conocimiento al menos suficiente del sistema de justicia y reclama también una idoneidad profesional y moral fuera de toda discusión.

2. Sobre la reforma del sistema de financiación de partidos políticos

La segunda pregunta a la que tuvimos que enfrentarnos los ciudadanos en el proceso de referéndum, fue la siguiente: “¿Aprueba la reforma constitucional que regula el financiamiento de las organizaciones políticas?” La reforma constitucional a la que hacía referencia esta pregunta, era la contenida en la “Ley que modifica el artículo 35 de la Constitución política del Perú para regular el financiamiento de las organizaciones políticas”. Como su nombre lo indicaba, esta ley modifica solamente el artículo 35 de la Constitución.

La novedad que trae consigo la reforma constitucional aprobada es que al ya constitucionalizado principio de transparencia en el origen de los recursos económicos, se constitucionaliza el principio –que a estaba recogido en la ley- de rendición de cuentas, por lo que del financiamiento de los partidos políticos interesa también “su verificación, fiscalización, control y sanción”.

La reforma constitucional diferencia el financiamiento público bajo criterios de igualdad y proporcionalidad; del privado, que debe ser realizado a través del sistema financiero, con las excepciones, topes y restricciones que establezca la ley.

Sin duda que el financiamiento de los partidos políticos en el Perú es un asunto especialmente delicado. La constitucionalización de los mencionados principios tendría que ayudar a que la transparencia y la fiscalización, sean efectivamente los motores que produzcan un cambio en el paradigma que hasta ahora ha guiado el comportamiento tanto de las instituciones públicas como el de los partidos políticos.

Por otro lado, parece indiscutible que tener una democracia en funcionamiento cuesta dinero, y que el Estado, aun en sus limitaciones reales, tiene el compromiso de ayudar a sostener la necesaria existencia de un conjunto plural de partidos políticos. A cambio, éstos deberían ser organizaciones que efectivamente –y no solo formalmente-, tengan vida partidaria. La existencia precaria de partidos políticos actualmente en el Perú, así como su existencia desinstitucionalizada y en ocasiones, coludida con la criminalidad, dan cuenta también del desinterés del Estado en promover la existencia real de organizaciones políticas que con una efectiva organización partidaria ayuden al desenvolvimiento de la vida política del país. Sería deseable que esta reforma constitucional sirva también para

que los órganos públicos encargados de la asignación del financiamiento público y del control tanto del financiamiento público como del privado, se comprometan más seriamente con una hoy inexistente cultura de promoción y consolidación de partidos políticos verdaderos.

3. Sobre la reforma que prohíbe la reelección inmediata de los congresistas

La tercera pregunta que tuvimos que responder los ciudadanos en el proceso de referéndum, fue la siguiente: “¿Aprueba la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República?”. La reforma constitucional a la que hacía referencia esta pregunta, es una disposición constitucional que se añade como artículo 90, en los siguientes términos: “Los parlamentarios no pueden ser reelegidos para un nuevo periodo, de manera inmediata, en el mismo cargo”.

Los Parlamentos en las actuales democracias suelen estar desprestigiados. Este ha sido el caso peruano y de modo muy intenso con el actual Congreso de la República, al punto que hubo voces, y no aisladas, que solicitaban al Presidente Vizcarra que disolviese el Parlamento. Frente a esa siempre difícil situación, resulta especialmente relevante diferenciar la institución de sus concretos miembros.

Como institución, el Congreso de la República es imprescindible para el ejercicio legítimo del poder público. Es verdad que su función legislativa puede ser desempeñada por otro órgano público, por ejemplo, por el mismo Ejecutivo; pero su función de control es irremplazable. No es posible la existencia de un equilibrio de poderes sin la existencia de un Parlamento. Se perdería, y mucho, si se pensase la vida política sin un Congreso de la República.

Distinto a la institución misma es el conjunto de personas que circunstancialmente ejercen el cargo de parlamentarios. Ninguna de ellas puede llegar a ser imprescindible, y de todas debería ser reclamado no solo solvencia moral, sino también trayectoria profesional (en el más lato sentido de la palabra, que no se circunscribe a las profesiones académicas o técnicas, universitarias o de institutos). De la calidad moral y profesional de los concretos congresistas, la suficiente como para concluir que utilizará el poder para la efectiva gestión del bien común, dependerá, qué duda cabe, la utilidad y prestigio del Parlamento.

El problema del Parlamento peruano no es ni organizacional, ni procedimental, no al menos de modo decisivo. El problema ha sido y es, especialmente, la calidad moral y profesional de sus integrantes. Las mejores personas con ambas calidades en grado alto, no se han sentido especialmente atraídas por la política, una política desestructurada cuando no dolorosamente ofensiva. Existe la necesidad de promover que al Parlamento lleguen en la mayor medida de lo posible personas con ambas solvencias, la moral y la profesional.

En ese contexto, la pregunta que hay que resolver es si la prohibición de reelección inmediata de los congresistas es una medida idónea para conseguir el mejoramiento institucional del Congreso de la República. La respuesta tiende a ser negativa si se advierte que en las últimas elecciones han sido muy pocos los congresistas reelegidos: así, en las elecciones del 2006 fueron reelectos solamente 17 de 120 congresistas, en las elecciones del 2011 fueron reelegidos 25 de 130 congresistas, y en las elecciones de 2016 fueron reelectos 29 también de 130 congresistas. De hecho, en un contexto político como el peruano en el que, como se advirtió, los ciudadanos moral y profesionalmente idóneos no se sienten atraídos por la política y en el que el buen parlamentario es un bien escaso, la prohibición de reelección inmediata puede llegar a ser una medida contraproducente.

El problema no es la reelección parlamentaria, el problema es uno de calidad y de cantidad. En lugar de prohibir la reelección inmediata, se deben adoptar medidas destinadas a entusiasmar a que personas moral y profesionalmente idóneas ingresen a la política, también a la parlamentaria; e incluso, medidas que promuevan la profesionalización de la política, a través de la cual se combate eficazmente la aventura, la improvisación y la circunstancialidad en la política.

El problema también es uno de cantidad. En la Europa occidental, el Parlamento que menos congresistas tiene en relación al número de habitantes es el español, en el que existe uno por cada 133 mil habitantes. En América, sacando a Perú, el que más subrepresentado está es el Parlamento chileno, en el que por cada 125 mil habitantes hay un congresista. Pues bien, en el Perú se duplica prácticamente esta deficiencia: recién por cada 242 mil habitantes se elige a un representante al Congreso. Si se buscaba realmente el mejoramiento y consolidación de un Congreso de la República, se tendrían que haber adoptado medidas que promoviesen la calidad de

sus miembros, y que remontasen la relación numérica entre representantes y número de ciudadanos representados.

Para evitar que los malos parlamentarios vuelvan al Parlamento, y en general a la vida política, deberíamos adoptar medidas que promuevan la existencia de serios partidos políticos que internamente cuenten con mecanismos de democracia interna que actúen como filtros, de modo que presenten como candidatos a sus asociados más destacados para tan alta responsabilidad pública. Para evitar que los malos Parlamentarios vuelvan al Parlamento, no deberíamos adoptar medidas que nos impidan a los ciudadanos seguir contando con los buenos congresistas.

4. Sobre la reforma que establece la bicameralidad en el Congreso de la República

Y finalmente, la cuarta pregunta sobre la cual los ciudadanos tuvimos que pronunciarnos, fue la siguiente: ¿aprueba la reforma constitucional que establece la bicameralidad en el Congreso de la República? Esta pregunta corresponde a la ley denominada “Ley que modifica diversos artículos de la Constitución Política de 1993 para establecer la bicameralidad dentro de la estructura del Congreso de la República”. Esta fue la única ley de reforma constitucional que no fue aprobada por la ciudadanía a través del referéndum, en consonancia con la opinión del Presidente Vizcarra de no ser aprobada por, a su entender, haber sido desnaturalizado el proyecto de reforma constitucional presentado por el Ejecutivo.

La ley aprobada por el Parlamento pretendía la reforma de 59 artículos de la Constitución. Dos reformas eran especialmente significativas. La primera era que se prevé la existencia de una cámara de Senadores (30 integrantes) que unida a la cámara de Diputados (130 integrantes), hacía que la organización del Congreso pase de unicameral a bicameral. La segunda reforma fue la que más polémica generó, y fue la causa del rechazo por parte del Presidente Vizcarra de esta ley de reforma constitucional: la modificación del artículo 133, en cuyo texto se prohibía al Presidente del Consejo de Ministros plantear una cuestión de confianza “con respecto a iniciativas legislativas”; y prohibía también que algún miembro del Gabinete al que se le rehusó la confianza “pueda ser nombrado nuevamente ministro durante un año”. Esta ley era, junto con la que recogía la regulación de la Junta Nacional de Justicia, la que reclamaba más conocimiento especializado por parte de la población para pronunciarse respecto de ella.

Hay muchas razones para sostener la conveniencia de crear un Senado en el Parlamento del Perú. Pero se trata de un cambio político que por su importancia no debiera depender del parecer de una sola persona, aunque fuese la más Alta Magistratura, sino que deba ser consecuencia de un amplio consenso político a partir del cual se genere la más amplia aceptación ciudadana posible. Un tal consenso político y aceptación ciudadana deben sostenerse en el convencimiento de que la segunda cámara ayuda notablemente al desenvolvimiento funcional del Parlamento, y que no es la duplicidad de las deficiencias y arbitrariedades de la Cámara de diputados.

V. Un Presidente con suerte

No cabe duda de que si el hoy Presidente Vizcarra hubiese postulado a la Presidencia de la República en las elecciones de 2016, no las hubiera ganado. Prácticamente era un desconocido para la gran mayoría de la población; y sus ademanes y gestos a veces torpes, no encajaban demasiado con las formas que parece deben acompañar a un candidato en campaña. La única manera de acceder a la primera magistratura del país, era de la forma como lo hizo: por vacancia del elegido presidente. Toda una suerte para el hoy Presidente.

No dejó de sorprender que en su primer mensaje a la Nación por fiestas patrias, el Presidente Vizcarra mostrase un fuerte convencimiento en lo que decía, y lo que decía no dejaba de tener un enorme valor político. Sus modos llanos y sueltos, solo podían ser reconocibles en un Presidente libre de las ataduras a intereses y formalidades propias de un político de profesión. Él no se mostraba vinculado a las instituciones a las que, como un ciudadano más, con seguridad reprochaba, ni tan siquiera se mostraba atado a su propio partido político. Esta orfandad, forzada por las circunstancias, le obligó a conectarse directamente con la población.

Por eso se entiende perfectamente que el mensaje del 28 de julio de 2018 lo dirigiera primero y ante todo a la población, aunque a quienes estuviese mirando fuese a sus representantes en el Parlamento. A ella le dijo que se proponía llevar a cabo un gobierno que se articularía entorno a cinco grandes ejes, uno de ellos la lucha contra la corrupción y otro el fortalecimiento institucional; y a esa población, titular del poder político, le pidió que le acompañase, porque, y citó a Vallejo, "Hay hermanos muchísimo que hacer".

El Presidente Vizcarra, un Presidente con suerte, aparecía como un Presidente que se ponía del lado del pueblo, y al hacerlo, se ponía en contra de aquello que al pueblo indignaba. Y lo hacía, decía, para devolverle no solo la confianza sino también el protagonismo a la ciudadanía. Parecía que la suerte del Presidente, se convertía en la suerte del país.

VI. El cierre: una victoria del Presidente, ¿una victoria del pueblo?

Pero sostenerse casi exclusivamente en la población y no también en las instituciones democráticas, o en su propio partido político, tiene riesgos serios. Uno de ellos es “pensar y hablar solo para la calle” y, por tanto, al margen o en contra de órganos públicos que representan los otros poderes del Estado, como el Poder Judicial o el Poder Legislativo. El riesgo se incrementa considerablemente si tales órganos públicos se encuentran desprestigiados a los ojos de la población como dueña del poder estatal.

En particular referencia al Congreso de la República, el riesgo de incurrir en excesos por parte de un Presidente que conecta directamente con la población sin a su vez tener ninguna conexión con el Parlamento, se incrementa intensamente si además del desprestigio, ocurre que la mayoría de la ciudadanía no se siente representada por los concretos congresistas, o si la concreta mayoría parlamentaria pertenece a la legítima oposición política.

La cuestión que es relevante atender es si es posible reconocer un exceso en la actuación del Presidente Vizcarra respecto del actual Parlamento peruano. Pueden ser dadas razones a favor y en contra, y de hecho, no solo políticos, sino también académicos han mostrado razones en uno y en otro sentido. Sin embargo, lo que parece indudable es que frente a un Parlamento hoy extremadamente desprestigiado, con una alarmante carencia de representatividad, y con una mayoría parlamentaria que no es del partido político del Presidente Vizcarra, ha llevado a éste a desapegarse de las formas que hasta ahora eran las que aparecían como las debidas en las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo.

Uno de los últimos desapegos lo ha representado la solicitud de voto de confianza anunciada por el Presidente Vizcarra el domingo 16 de septiembre y formalizada por el Primer Ministro Villanueva y su Gabinete Ministerial el 19 del mismo mes, con su presencia en el recinto parlamentario. El Presidente Vizcarra se ha juntado con el pueblo para, aprovechando el debilitamiento institucional que hoy sufre nuestro Congreso

de la República, obligarle a que haga algo de determinada manera y en determinado plazo; y amenazarlo con disolverlo si no lo hiciera.

Ha aprovechado la indignación ciudadana para tumbar al suelo al Parlamento, ponerle un pie encima, y evitar que haga cualquier movimiento que no sea firmar la capitulación que le extiende con una mano, mientras con la otra –dice– sostener a la Constitución. Lo ha dicho en más de una oportunidad: ha sido con la Constitución en la mano que obligó al Congreso de la República a aprobar los cuatro proyectos de ley de reforma constitucional remitidos, a hacerlo a la brevedad y sin desnaturalizarlos, y aprobarlos no en dos legislaturas ordinarias sino en una para así permitir la participación de la población a través del referéndum.

Efectivamente, la Constitución peruana permite al Presidente de la República iniciativa en la formación de leyes, incluidas las de reforma constitucional (artículo 107); también permite al Presidente del Consejo de Ministros plantear una cuestión de confianza a nombre de todo el Gabinete que preside (artículo 133), y aunque la Constitución no prohíbe plantearla en relación a una propuesta legislativa de reforma constitucional, nunca antes se había formulado con tal propósito. De hecho, el actual Reglamento del Congreso lo prohíbe, pero en la mano del Presidente Vizcarra solo había lugar para la Constitución, no para el Reglamento. La Constitución también permite al Presidente de la República disolver el Parlamento cuando éste le ha negado la confianza o ha censurado al Gabinete (artículo 134), y permite la participación del pueblo vía referéndum en la reforma de la Constitución (artículo 206).

Y este ha sido el gran mérito del Presidente Vizcarra: tomar la decisión de obligar al Parlamento a hacer algo, de determinada manera y en determinado plazo, no solo con la legitimidad política de hacerlo acompañado de una mayoría popular, sino también con la validez jurídica que surge de no haber incumplido con ninguna disposición constitucional.

Esta victoria política y jurídica del Presidente Vizcarra sobre el Parlamento, fue confirmada a través del referéndum: acudió directamente al pueblo para que, como titular del poder público, se pronuncie sobre la reforma constitucional en el sentido que el Presidente propuso, y la ciudadanía lo secundó con una altísima mayoría. Sin embargo, la pregunta de si estamos ante una victoria también del pueblo aun no puede ser respondida. La razón es muy sencilla: en ningún lugar del mundo, en ninguna época

de la historia de la humanidad, las crisis se han resuelto solo a través de leyes, aunque estas hayan sido leyes de reforma constitucional.

Sin duda que buenas leyes son buenas compañeras de viaje para todo emprendimiento de cambios; pero nunca son suficientes. Las reformas constitucionales que aprobó el Parlamento y que luego confirmó el pueblo a través de referéndum, solo pueden significar el inicio de un largo y esforzado caminar, porque nuestros problemas como país, ni son pocos, ni son sencillos, y ni son solo institucionales, sino también y principalmente humanos. Tenemos que reconocer que hasta hoy no ha sido la regla sino la excepción que los ciudadanos más virtuosos estén en la política, ni que los mejores profesionales del derecho se hayan incorporado a la magistratura, porque hasta ahora la política y la judicatura han sido vistos por la ciudadanía como ámbitos a evitar a toda costa.

La única manera de pretender éxito en estos emprendimientos es que se ejecuten con unidad. Unidad política, con la que nuestros gobernantes en la diversidad ideológica, se ponen del lado no solo de la indignación, sino también de las necesidades y de las ilusiones de la población; pero también unidad ciudadana, con la que todos nos conducimos como ciudadanos responsablemente comprometidos con nuestro presente y con el futuro de nuestros hijos.

REFLEXIONES SOBRE EL REFERÉNDUM

Dante Paiva Goyburu

I. Introducción

En el año 2018 la Constitución Política del Perú alcanzó los veinticinco años de vigencia. Luego de la culminación accidentada del régimen de Alberto Fujimori, bajo el cual se dio a luz a esta norma, se sucedieron cuatro gobiernos elegidos bajo sus disposiciones, y realizando en estas gestiones algunas reformas a la carta fundamental, la cual se dio en el seno del propio Congreso de la República, en observancia de las atribuciones previstas en el artículo 206º de la Constitución.

Sin embargo, y de forma totalmente inesperada, sería el año 2018 en el cual se efectuarían reformas a la Constitución, por primera vez, mediante la vía del referéndum. Esta situación fue fugaz, prácticamente organizado en cuestión de semanas y con una opinión pública poco informada sobre los aspectos sobre los cuales iban a sufragar.

Conviene recordar que en el mes de julio de 2018, se hicieron públicas una serie de grabaciones que involucraban a magistrados del más alto nivel del sistema de justicia, donde se abordaban aparentes acuerdos ilícitos, y contrarios a la ética. A consecuencia de esto, el Consejo Nacional de la Magistratura, órgano encargado de la selección y evaluación de jueces y fiscales de todo el país, tuvo que ser declarado en emergencia debido a que algunos de los miembros de su pleno estaban involucrados en presuntos tráfico de influencias, quedando suspendido en sus funciones.

Asimismo, de forma paralela a estos sucesos, se continuaban las investigaciones, por cargos de corrupción asociados a la empresa Odebrecht, contra los ex presidentes peruanos Alejandro Toledo, Pedro Pablo Kuczynski, Ollanta Humala y Alan García; mientras que la lideresa del partido Fuerza Popular, que dominaba la mayoría en el Parlamento, Keiko Fujimori, hija del expresidente Alberto Fujimori, recibió mandato de prisión preventiva en el marco de la investigación que se le sigue por lavado de activos.

Bajo este contexto, y un manifiesto sentimiento de rechazo por parte de la ciudadanía, el presidente Martín Vizcarra asumió que la forma de solucionar estos conflictos se encontraba en realizar reformas a la Constitución, debiendo ser aprobadas mediante referéndum, con el fin, según su personal apreciación, de reforzar la institucionalidad y hacer frente a la corrupción política develada. El proceso de consulta fue realizado de forma muy acelerada, y de las cuatro reformas planteadas se aprobaron tres de ellas.

II. El referéndum en el sistema jurídico peruano

Respecto a la institución del referéndum, es menester señalar sobre sus orígenes, lo siguiente:

“Lo primero que hay que aclarar es que la participación ciudadana se originó en Occidente hasta convertirse mediante el referéndum en un derecho del liberalismo político europeo. Es cierto que también se institucionalizaron el plebiscito, la iniciativa popular y hasta la revocatoria de mandato. Pero es el referéndum, sobre todo para reformar la Constitución de un Estado o aprobar y rechazar tratados internacionales, el mecanismo legal de participación directa que más ha trascendido en el mundo occidental”⁽¹⁾.

Por su parte, desde la perspectiva nacional, Wieland Conroy considera que el referéndum tiene dos sentidos:

“El primero tiene que ver con el carácter ratificatorio de un acto normativo, tal como en el caso de una reforma constitucional, de la aprobación de una norma con rango de ley y una de ordenanza

(1) GONZALEZ VILLASEÑOR, María Isabel: “El referéndum como sinónimo de soberanía popular y por tanto de participación ciudadana directa”, en *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, UNAM, México, 2006, p. 556.

municipal. Los órganos competentes aprueban la norma y la ciudadanía las ratifica, ya sea por iniciativa propia o a instancia del órgano involucrado como es el caso del Congreso de la República en materia de reformas constitucionales. El segundo tiene un carácter distinto, ya que su objeto no es ratificar una norma sino, más bien, auscultar a un sector de la población a fin de determinar si desea pertenecer a una circunscripción territorial o a otra”⁽²⁾.

En la Constitución Política del Perú de 1993, se hace mención del referéndum en los siguientes términos:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

“Artículo 31.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

(...)”.

“Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y
4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor”.

(2) WIELAND CONROY, Hubert: “El referéndum. Concepto general y regulación legal en el Perú”, en *Derecho PUCP*, N° 61, 2008, p. 273.

Asimismo, en la Ley N° 26300 - Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos encontramos las siguientes disposiciones en torno al referéndum en el Perú, conforme a los términos siguientes:

“Artículo 37.- El referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan”.

“Artículo 38.- El referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional”.

“Artículo 41.- Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento de Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley”.

“Artículo 42.- El resultado del referéndum determina la entrada en vigencia de las normas aprobadas, siempre que hayan votado en sentido favorable a la consulta la mitad más uno de los votantes, sin tener en cuenta los votos nulos o en blanco. El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un referéndum cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos”.

“Artículo 43.- Una norma aprobada mediante referéndum no puede ser materia de modificación dentro de los dos años de su vigencia, salvo nuevo referéndum o acuerdo del Congreso en dos legislaturas con el voto de dos tercios del número legal de congresistas. Si el resultado del referéndum deviene negativo, no podrá reiterarse la iniciativa hasta después de dos años”.

“Artículo 44.- La convocatoria a Referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas”.

Podemos advertir entonces que el referéndum dentro del sistema jurídico peruano, es considerado como una de las manifestaciones del ejercicio del derecho fundamental a la participación política. Se regulación se encuentra en la Constitución y en la Ley N° 26300, siendo que las materias sobre las cuales pueden realizarse cuentan con algunas limitaciones.

Con relación al objetivo de este tipo de institución, Henry Pease sostuvo, en el debate constituyente, un criterio que consideramos pertinente citar, refiriendo expresamente lo siguiente:

“No pretendo que lo esencial del derecho del referéndum sea, por ejemplo, que lo use el Presidente contra el Parlamento. Lo esencial del derecho de referéndum es que el ciudadano lo use por su propia iniciativa en la mayor parte de los casos; y quizás, en algunos casos puntualmente regulados, a través de iniciativas de los órganos de gobierno”⁽³⁾.

III. El referéndum realizado en el 2018

Luego de aprobarse de ser aprobados los proyectos de ley de reforma constitucional por parte del Congreso de la República, el Presidente de la República convocó a la ciudadanía, mediante el Decreto Supremo N° 101-2018-PCM⁽⁴⁾, al referéndum nacional, para el domingo 9 de diciembre de 2018.

Como puede advertirse, la convocatoria fue realizada por un órgano distinto al que se había previsto en el artículo 44° de la Ley N° 26300, que es la ley específica y que regula ampliamente los aspectos sustantivos del referéndum, distinta a la Ley N° 26859, que comprende aspectos más técnicos y hasta logísticos sobre los procesos electorales; pero aun así, se prosiguió con la consulta, la cual presenta diferentes aristas para su análisis: ¿Por qué se realizó? ¿Qué objetivos se plantearon? ¿Cuáles serán las consecuencias del resultado para el sistema democrático?

El referéndum planteó cuatro interrogantes sobre las cuales debía elegirse entre las opciones “sí” o “no”: 1. ¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)? 2. ¿Aprueba la reforma constitucional que regula el financiamiento de las organizaciones políticas? 3. ¿Aprueba la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República? 4. ¿Aprueba la reforma constitucional que establece la bicameralidad en el Congreso de la República?

(3) PERÚ: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: *Debate Constitucional Pleno - 1993. Diario de los Debates*, Tomo I, 1998, p. 144.

(4) Publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de octubre de 2018.

Como indicamos anteriormente, este proceso surgió a consecuencia de lo ocurrido en el mes de julio de 2018, cuando se hizo público el caso de los “audios de la corrupción”; y ante los cuales, el Presidente de la República en su mensaje anual ante el Congreso propuso una serie de iniciativas de reforma constitucional, indicando que las mismas permitirían revertir los actos de corrupción que se habían dado a conocer, y para asegurar su aprobación se solicitaba al Parlamento que los proyectos sean debatidos para ser sometidos a referéndum, siendo la población quien tendría la decisión final sobre la aprobación de dichas propuestas.

De esta forma, advertimos que en los hechos, el referéndum fue asumido como una causa propia por parte del Poder Ejecutivo, y hasta en algunos momentos, como un mecanismo para enfrentarse al Parlamento, lo cual, a nuestra consideración, transgrede justo la finalidad del referéndum planteada por Henry Pease en el debate constituyente. Asimismo, es pertinente cita la reflexión que ofrece Francisco Miró Quesada sobre lo ocurrido:

“Algunos analistas afirman que el referéndum es un triunfo político del presidente Vizcarra. Esto es cierto, pues él lo convocó. Aunque mal convocado, ya que de acuerdo al artículo 44 de la Ley 26300 (Ley de Participación y Control Ciudadanos), quien debió realizar la convocatoria es el Jurado Nacional de Elecciones, porque es el único organismo reconocido por ley para hacer convocatorias de referéndum y revocación. Nuevamente la voluntad política ha pasado por encima de la ley, algo muy común en nuestra historia”⁽⁵⁾.

El proceso de referéndum se llevó a cabo el 9 de diciembre de 2018 conforme se había previsto. Con relación a los resultados oficiales ofrecidos por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, debemos partir indicando que del total de 24,373,821 de electores, únicamente participaron 17,626,323, reflejando un ausentismo de 27.68%. El porcentaje del resultado de cada pregunta se precisa en el siguiente cuadro:

(5) MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: *Referéndum, autodisolución y cambio*. Consulta: 18 de diciembre de 2018. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/referendum-autodisolucion-cambio-francisco-miro-quesada-rada-noticia-588813>

Cuadro N° 1 - Resultados del referéndum 2018

	SI	NO	BLANCO/VICIADO
Pregunta 1	77.8%	12.09%	11.03%
Pregunta 2	77.54%	12.86%	9.6%
Pregunta 3	77.15%	12.76%	10.09%
Pregunta 4	8.3%	79.14%	12.56%

Junto con los resultados antes consignados, consideramos oportuno citar algunas conclusiones contenidas en el Informe Preliminar de la Misión de Expertos Electorales de la OEA⁽⁶⁾, que estuvo a cargo de observar el proceso de consulta popular, en el cual refirieron lo siguiente:

“En las semanas previas a la elección, la Misión observó que el debate en torno a cada una de las propuestas de reforma fue escaso y que la atención mediática se concentró en otros temas de la coyuntura política peruana. Los partidos y actores políticos se mantuvieron, en líneas generales, ajenos a la discusión pública en torno al referéndum. En ello influyó, en gran parte, el hecho de que la normativa aplicada a este proceso obligó a los funcionarios públicos a no expresar sus opiniones a favor o en contra de los temas planteados en la consulta.

(...)

A pocos días de la jornada electoral se difundió un video en que una instructora de la ONPE inducía a quienes estaban presentes en la capacitación a votar en contra de una de las preguntas. La autoridad electoral informó que se trató de un caso aislado y que, tras identificar a la instructora, se procedió a terminar su contratación. Por otra parte, la Misión fue informada de que en los alrededores de algunos centros de votación se pegaron carteles con la imagen de la cédula del referéndum ya marcadas. La ONPE hizo de público conocimiento que estos afiches no habían sido colocados por sus capacitadores, y que, al no tener competencias para retirar el material de la vía pública debió esperar la autorización del JNE para proceder.

(...)

(6) Disponible en <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Preliminar-Peru-referendum-2018.pdf>

Para esta ocasión, el Jurado Nacional de Elecciones entendió que debía aplicarse la Ley Orgánica de Elecciones (LOE), argumentando que el referéndum para la ratificación de reforma constitucional es de una naturaleza distinta al surgido de una iniciativa ciudadana. Esta interpretación tuvo diferentes consecuencias legales, entre ellas que la facultad de convocar y formular las preguntas correspondió al Presidente.

(...)

La Misión observó que el debate público en torno a los proyectos de reforma que se sometieron al voto de la ciudadanía fue limitado. En los medios de comunicación tradicionales (radio y televisión), la campaña a favor y en contra de cada una de las propuestas fue prácticamente nula: en líneas generales, ni los partidos ni las organizaciones de la sociedad civil cumplieron un rol activo para dar a conocer a la ciudadanía su postura frente a las preguntas. La Misión constató que los mensajes que circulaban a través de redes sociales no presentaban los temas de la consulta, sino que promovían una fórmula particular de votar en la cédula”.

Bajo los aspectos descritos, podemos esbozar algunas respuestas sobre las preguntas que planteamos inicialmente.

¿Por qué se realizó referéndum?

El referéndum se ejecutó a iniciativa del Poder Ejecutivo, en un contexto de particular descrédito ante la opinión pública del Consejo Nacional de la Magistratura y del Poder Judicial, en el cual también se vio involucrado el Congreso de la República. Este descontento fue canalizado hábilmente por la gestión que asumió en el mes de marzo de 2018, tomando el mismo como una política de Estado.

En este sentido, advertimos que el referéndum de 2018 no partió de una propuesta ciudadana, ni de un sentimiento producto de la reflexión y el debate, sino que surgió del éxtasis del discurso del Poder Ejecutivo para realizar reformas a la Constitución, indicando que dichos cambios serían propicios para evitar que continúen los presuntos actos de corrupción en los entes mencionados.

A partir de ello, consideramos que el referéndum del año 2018, en los hechos, fue un desafío contra el Congreso de la República, un instrumento

de una confrontación por parte del Poder Ejecutivo, el cual impuso la participación de la ciudadanía en la discusión de temas de reforma constitucionales, los mismos que requerían una mayor discusión y análisis, optando el Presidente de la República por trasladar la responsabilidad de los cambios a la ciudadanía.

¿Qué objetivos se plantearon?

De la lectura de lo señalado en las exposiciones de motivos de los proyectos de reforma constitucional en los temas que fueron sometidos a las preguntas consultadas en el referéndum, advertimos que los propósitos de las modificaciones que se aprobaron correspondían a lo siguiente:

- 1.- Sobre la Junta Nacional de Justicia (Proyecto de Ley N° 3159/2018-PE).- “El nuevo modelo garantizará que el Consejo esté conformado por abogados de una gran trayectoria, solvencia académica e integridad, estableciendo requisitos más rigurosos para el acceso al consejo. La propuesta parte del hecho que la tarea de nombramiento, ratificación y sanción a magistrados requiere de un conocimiento y especialización en la tarea jurídica y en el conocimiento del derecho”.

Del objetivo expuesto, podemos deducir que el Poder Ejecutivo al plantear su propuesta de reforma, peca en reducir los problemas del sistema judicial a la conformación del Consejo Nacional de la Magistratura, pues asume que con mejores consejeros de tendrán jueces y fiscales más idóneos.

Al respecto, una reflexión de hace algunos años de Domingo García Belaunde, pero que consideramos muy vigente respecto al real problema del sistema judicial, y a la cual nos adherimos, es la siguiente:

“Y quizá lo más importante. Sentar las bases para que exista una carrera judicial, en serio, y no de fachada, como existe hoy en día. Una carrera judicial que signifique ingresar mediante concurso, seguir cursos especializados a tiempo completo durante dos o tres años, ascender lentamente y por méritos y, además, tener controles permanentes y capacitación periódica en las áreas que más se necesiten. Es decir, algo totalmente distinto a lo que hoy existe”⁽⁷⁾.

(7) GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El Poder Judicial en la encrucijada*, Ara editores, Lima, 2004, p. 18.

No podemos soslayar que desde antes de los sucesos de julio de 2018, ya existían propuestas de reforma sobre el funcionamiento, estructura y composición del Consejo Nacional de la Magistratura⁽⁸⁾; sin embargo, consideramos que el Ejecutivo asume equivocadamente que la Junta Nacional de Justicia, que releva al Consejo Nacional de la Magistratura, permitirá una mejora sustancial del sistema de justicia, cuando no se atienden las deficiencias estructurales de sus problemas, que radica en la ineficiencia comprobada de una gran cantidad de juzgados, cortes y despachos fiscales, así como la siempre postergada modernización tecnológica.

De esta forma, advertimos que la reforma constitucional concretada no tendrá resultados relevantes si es que se omite impulsar una mejora en la calidad de la formación de los futuros jueces, desde las facultades de Derecho y luego que han sido nombrados, mediante una continua capacitación y evaluación, así como mecanismos más efectivos para la atención de denuncias de actos de corrupción, con las correspondientes medidas disciplinarias que deban aplicarse, respetándose las garantías de los procesos y con la celeridad oportuna. Del mismo, y esto si es un aspecto que requiere la mayor atención del Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, asignar un presupuesto mayor que permita la modernización de la infraestructura del sistema de justicia, procurando la paz social entre los ciudadanos, quienes son las víctimas de la ineficiencia y mediocridad.

- 2.- Regulación del financiamiento de las organizaciones políticas (Proyecto de Ley N° 3186/2018-PE).- “(...) se requiere que el Estado asuma, desde la norma de mayor jerarquía como es la Constitución Política, los parámetros centrales de la regulación del financiamiento de las organizaciones políticas, que incorpore la plena transparencia en el manejo y declaración de estos fondos, con el objetivo de evitar que razones ajenas al interés público primen en los procesos de toma de decisiones. En ese sentido, se considera central implementar una reforma constitucional que pueda establecer estas pautas básicas, que no puedan ser fácilmente modificadas, en aras de garantizar permanentemente la finalidad de transparencia del financiamiento político y evitar el ingreso de informalidad, ilicitud o incluso agrupaciones criminales en la política”.

(8) Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA: COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: *Informe de la Comisión*, Lima, 2001, pp. 66-69.

En esta propuesta del Ejecutivo, somos de la opinión de que se ha desacreditado la jerarquía de la Constitución, pues de acuerdo al proyecto, pareciera entenderse que la norma suprema es la idónea para establecer restricciones y efectuar regulaciones para el desenvolvimiento de las organizaciones políticas, como si se tratara de una ley ordinaria.

Al respecto, conviene precisar que una definición de la Constitución, acorde con los tiempos actuales, es aquella que la refiere como la “norma jurídica suprema y abierta que organiza el poder político, estableciendo mecanismos de control del mismo, y que regula los aspectos esenciales de la vida en sociedad desde unos postulados democráticos”⁽⁹⁾.

Debemos dejar en claro que no estamos en contra de una correcta fiscalización sobre los fondos que perciben las organizaciones políticas, asegurando de esta forma que dinero ilícito no se involucre en quienes –se supone– son las principales canteras para el desarrollo del sistema democrático. No obstante, para ello bien bastaban las normas con rango de ley, siendo que la modificación de la Constitución en este extremo no es muy alentadora en lo que se refiere a conseguir resultados efectivos contra el financiamiento ilegal de los partidos políticos.

3.- Prohibición de la reelección de congresistas (Proyecto de Ley N° 3187/2018-PE).- “En este escenario, se propone la prohibición de reelección inmediata de congresistas a fin de priorizar la renovación de los representantes de los departamentos del país, y la renovación política que considere demandar la ciudadanía”.

Con relación a la situación del Congreso de la República, a partir de 1993, Pedro Planas sostenía lo siguiente:

“Si se quiere un Parlamento funcional, eficiente y altamente representativo en el Perú, debe descartarse la unicameralidad e irse pensando en reasumir la bicameralidad con un sistema de representación integral que considere la representación regional y la representación de minorías. De hecho, se trataría de un bicameralismo imperfecto, con potestades complementarias y con un sistema reglamentario en su interior, que facilite la protección y participación de la ciudadanía

(9) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Los Fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 95.

y de las minorías en el proceso legislativo y en los instrumentos de información y de control”⁽¹⁰⁾.

Es evidente, mediante el resultado de diversos sondeos, que el Congreso de la República es una de las instituciones con menor confianza y credibilidad del país, situación que arrastra desde hace muchos lustros; no obstante, consideramos esto sumamente paradójico puesto que siendo el Congreso el órgano representativo de la ciudadanía por excelencia, el hecho que su desaprobación es elevada por parte de quienes votaron por esos mismos representantes, evidencia un actuar incongruente por parte del electorado.

También podemos advertir que este sentimiento de rechazo por parte de la ciudadanía va de la mano con una negación colectiva sobre la irresponsabilidad que se tiene por el voto emitido; es decir, la ciudadanía critica fácilmente a los congresistas, pero parece no recordar que fueron ellos mismos quienes le asignaron con sus votos la curul que ocupan.

De esta forma, el órgano que debería ser la voz de la ciudadanía, que debería contener el reclamo de la provincia lejana, así como el pensamiento sereno y reflexivo de quien puede fomentar la concertación mediante el debate y la propuesta, es la consecuencia de un civismo agonizante, el cual es capaz de sacrificar su derecho a elegir con tal de suprimir radicalmente cualquier vestigio de su error y falta de compromiso a la hora de votar, evitando toda culpa.

Consideramos además, que junto con la misma ciudadanía, existen otros responsables de tan lúgubre panorama para el parlamento nacional. Así, Enrique Bernales expresa lo siguiente:

“Ahora bien, es notorio que el Congreso no funciona adecuadamente. Es la consecuencia del debilitamiento extremo de los partidos políticos que lo conforman, de la deficiente composición de las listas de candidatos, del voto preferencial, de una cifra repartidora que tiene años y no se ha modificado, del doble error que contiene el artículo 90 de la Constitución (que dispone la cámara única y el número fijo de 130 congresistas, que no puede variar aunque la población crezca de modo continuo). Si a ello sumamos las pobres relaciones

(10) PLANAS, Pedro: *Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina*, T. III, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2001, p. 1038.

Ejecutivo-Legislativo, que se agravan cada vez que los gobiernos son débiles, tendremos finalmente una imagen fidedigna de por qué funciona mal el Congreso, sin necesidad de incurrir en odios y antis que a nada bueno conducen”⁽¹¹⁾.

Como hemos anotado, el Poder Ejecutivo pretende con esta reforma aprobada, conseguir una ‘renovación política’; sin embargo, las estadísticas dan cuenta que el índice de reelección en el ámbito del Congreso es reducido, menor al de la cuarta parte de parlamentarios⁽¹²⁾. En este sentido, la pretensión del Ejecutivo no cuenta con un fundamento sólido.

De esta cifra podemos deducir que la ciudadanía, mediante el sufragio, no era partidaria de la reelección de los congresistas, procurando cada lustro renovar cuanto menos al setenta por ciento de representantes.

Más importante todavía, consideramos enfatizar que no es propio de parte del Poder Ejecutivo, asumir con una preocupación de política de Estado, los debates relativos a la reelección de los congresistas, y en todo caso, tal decisión hubiera sido realmente auténtica si la propuesta partía de la propia ciudadanía organizada.

Por lo tanto, si bien respetamos la decisión ciudadana de aprobar esta reforma a la Constitución, consideramos necesario manifestar que la medida adoptada fue planteada sobre la base de objetivos muy débiles, que no van a contribuir de forma sustancial o relevante a la mejora de la representación nacional, y que por el contrario, será fuente para una mayor improvisación y mediocridad en la función parlamentaria.

IV. Conclusiones

El referéndum realizado el 9 de diciembre de 2018 cumplió los objetivos políticos que lo inspiraron, involucrar a la ciudadanía, de forma más directa, con los enfrentamientos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, y hacer una demostración de fuerzas a este nivel. Con relación a los objetivos normativos e impactos de las normas, las exposiciones

(11) BERNALES, Enrique: *¿Cerrar el Congreso?* Consulta: 18 de diciembre de 2018. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cerrar-congreso-yonhy-lescano-constitucion-martin-vizcarra-enrique-bernales-noticia-526746>

(12) JURADO NACIONAL DE ELECCIONES: *El referéndum en 5 pasos. Guía para entender procesos de consulta popular*, Fondo Editorial del JNE, Lima, 2018, pp. 94-95.

de motivos de los proyectos que sustentaban las reformas denotan una deficiente percepción de las verdaderas causas de los problemas que se pretendían enfrentar.

Resulta evidente que el proceso electoral realizado no contaba con una propuesta seria, adecuadamente debatida y en donde se hubiera asegurado la correcta información sobre los asuntos en los que iban a elegir los ciudadanos. La Misión de Expertos Electorales de la OEA, en su informe preliminar, permite corroborar esta percepción, de una ciudadanía desinformada y como tal, sufragando más por obligación que por convicción.

Finalmente, asumimos que las reformas concretadas serán poco fructíferas de no incidir en los problemas estructurales vinculados a estos temas: La calidad del sistema de justicia, en jueces con mayor preparación y verdadera vocación judicial, así como una institución modernizada en sus procedimientos; la adecuada fiscalización sobre las organizaciones políticas, con una actuación más comprometida por parte de las autoridades respectivas; y la mejora de la representación parlamentaria, partiendo de una mayor responsabilidad del elector al momento de sufragar, fomentando una educación cívica más intensa, y mayor responsabilidad de los partidos y los representantes que ofrecen a los electores.

REFERÉNDUM: ¿DEBEMOS REPENSARLO?

Natale Amprimo Plá^(*)

En los últimos diez años, el Perú ha tenido dos procesos de referéndum: a) el de iniciativa ciudadana que planteaba la aprobación o desaprobación del proyecto de ley de devolución del dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, que fue convocado por Resolución N° 331-2008-JNE; y, b) el de reforma constitucional realizado el 9 de diciembre último, sobre la base de lo aprobado en el Congreso de la República, y que fuera inicialmente promovido por el Presidente de la República, en su Mensaje a la nación del 28 de julio de 2018.

Motivado por los recientes acontecimientos, considero conveniente dar un repaso a la figura histórica del referéndum, ahora que ha sido “redescubierto” y, para muchos, es una suerte de nuevo mecanismos de gobierno del país.

Resulta interesante iniciar el análisis de la figura del referéndum, recurriendo a Karl LOEWENSTEIN (Múnich, 9 de noviembre de 1891 - Heidelberg, 10 de julio de 1973), el reconocido profesor alemán que a la llegada del nazismo se exilió en los Estados Unidos de América, y que es conocido como uno de los padres del constitucionalismo moderno, nos decía ya en 1968, en un apéndice que incorporó a su reconocida -y aún vigente- obra *Teoría de la Constitución*, a manera de

(*) Abogado. Socio de Amprimo y Flury Abogados S. Civil de R.L. Ha sido Congresista de la República (2001-2006), habiéndose desempeñado como Primer Vicepresidente y Presidente de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales.

conclusión: “El uso y abuso de los referéndums en nuestra época, en su origen considerados como la genuina manifestación –la única genuina– de la ideología democrática, prueban que una institución o técnica política puede ser sometida en la praxis de su utilización a un completo cambio de sentido que les despoja de su valor democrático.”⁽¹⁾

Asimismo, en sus reflexiones previas sobre esta materia, daba cuenta que:

“Otro fenómeno cuya importancia ha aumentado en el curso de los últimos diez años es la sustitución de técnicas representativas por plebiscitarias o de referéndum. (...) El fenómeno, que claramente no es específico de un determinado tipo de gobierno y ni siquiera de un determinado sistema político, se encuentra tanto en la democracia constitucional como en formas de dominio autoritarias. Así pues, el plebiscito es según el ambiente en el que tiene lugar un instrumento de la formación de la voluntad popular o estatal o muy refinado o completamente primitivo. Los países en vías de desarrollo que tiene poca experiencia en el uso de técnicas representativas por medio de un Parlamento, le dan primacía.

(...)

En los Estados autoritarios el plebiscito goza de especial favor, tanto para la ratificación de una constitución impuesta desde arriba (Vietnam del Sur, 1955, y Ghana, 1960) como también para la promoción de un dictador militar, que ha abandonado el uniforme, a jefe de Estado regular (Corea del Sur, 1963). En Ghana el entonces presidente Nkrumah, posteriormente eliminado por un golpe de Estado, utilizó el plebiscito incluso para legalizar un Estado de un solo partido y otras medidas sin duda dictatoriales (1963).

(...)

Por otro lado, se demuestra que los detentadores autoritarios del poder están en condiciones de aprovecharse del plebiscito para la legitimación de sus regímenes; es más fácil manipular desde arriba que la deliberación y adopción de resoluciones por parte del cuerpo representativo elegido o instalado de algún otro modo; instancias que si son toleradas no se pueden controlar en absoluto sin proceder a desvergonzadas falsificaciones de los resultados.”⁽²⁾

(1) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Planeta, Barcelona, 2018. página 526.

(2) *Ibidem*. páginas 524 a 526.

Es importante resaltar que, como lo recuerda PÉREZ ROYO, con la afirmación del Estado democrático constitucional –esto es, después de la Primera Guerra Mundial-, que el tema de la democracia directa se vuelve a plantear; aunque ya no como una confrontación entre democracia directa versus democracia representativa, sino que “... *la democracia directa se planteará exclusivamente como un complemento de la democracia representativa, del régimen parlamentario. Se trataría simplemente de intercalar en el funcionamiento del régimen parlamentario el recurso del referéndum como forma de ‘completar’ democráticamente dicho régimen*”. Es así como, desde entonces, el debate ha girado “... *en torno a la compatibilidad funcional de la democracia parlamentaria con el uso más o menos frecuente de instituciones de democracia directa, en particular del referéndum*”. (3)

En palabras de THIBAUT, se reconoce que las instituciones de democracia directa no constituyen una alternativa básica, sino un complemento más o menos puntual de los procesos de decisión organizados de manera democrático-representativa. (4)

Sin embargo, es bueno recordar que Mirkin GUETZEVICH, citado por LINARES QUINTANA, sostenía, en los años 30 del siglo pasado, que “*la moderna combinación del parlamentarismo y de la votación popular es uno de los fenómenos más interesantes del derecho constitucional de la postguerra*”. Surge entonces en algunos países de Europa la figura del referéndum como un procedimiento particular para la regulación de conflictos entre el gobierno y el Poder Legislativo, en un sistema que se basaba en la supremacía de este último, privando al Presidente de la República de toda independencia: “*De ahí la aparición de una forma de referéndum totalmente nueva, por la que el pueblo, votando por tal o cual ley, resolvía simultáneamente el conflicto entre el gobierno y el parlamento. El referéndum tenía de esta manera una naturaleza mixta. El pueblo era llamado a resolver, no solamente acerca de la adopción de tal o cual medida legislativa, sino también a decidir acerca de la suerte del parlamento y aún*

(3) PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, tercera edición. Madrid, 1996. página 381.

(4) THIBAUT, Bernhard. *Instituciones de Democracia Directa*. En: “Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina”, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral y Fondo de Cultura Económica. México, 1998. página 67.

de la del jefe de Estado. Algunas de dichas constituciones fueron todavía más lejos, confiando incluso al parlamento la misión de recurrir al pueblo para poder disolver al parlamento, de suerte que el referéndum revestía el carácter de plebiscito netamente definido: el pueblo era llamado a responder sobre una cuestión de naturaleza política sin relación alguna con la legislación. (...) Ese fugaz renacimiento de las formas de la democracia directa no logró en la práctica los resultados previstos por los optimistas constituyentes de la racionalización del poder. Y por triste paradoja, no solamente fracasó el intento, sino que el plebiscito y el referéndum llegaron a servir de eficaz cuanto deleznable instrumento de robustecimiento del poder y de opresión a los dictadores totalitarios que surgirían poco después, en el pináculo del opuesto proceso de desconstitucionalización, antesala de la segunda guerra mundial".⁽⁵⁾

El mismo PÉREZ ROYO nos recuerda que la Constitución de Weimar reconoció seis tipos distintos de referéndum; sin embargo, lo cierto es que la experiencia de Weimar, como también en otras partes de Europa fue negativa, al punto que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no contempla el referéndum ni siquiera para la reforma de la Constitución. Resulta importante resaltar la cita que en 1934 acuñó Herman Finer, en su obra *The Theory and Practice of Modern Government*: “*Tal experiencia debe enseñarnos a rechazar la legislación directa como remedio de los defectos del régimen parlamentario ... Perturba sin aportar solución*”.⁽⁶⁾

En cuanto a la experiencia francesa, LINARES QUINTANA recuerda que “(...) el referéndum, que fuera previsto por la Constitución francesa como una etapa dentro del proceso legislativo y del proceso constituyente, en la práctica fue convertido por la desbordante personalidad de De Gaulle en un medio directo para obtener el pronunciamiento masivo del pueblo en decisiones políticas importantes. En cuatro oportunidades el ex presidente De Gaulle empleó tan espectacular instrumento que, en definitiva y a la postre, sirvió para provocar su propia caída: el 8 de enero de 1961, para la autodeterminación de Argelia; el 8 de abril de 1962, sobre los acuerdo de Evian poniendo término al conflicto argelino; el 26 de octubre de 1962, para la enmienda constitucional que sustituyó la elección indirecta del presidente de la república mediante el sufragio universal; y el 27 de abril de 1969, sobre regionalización y reforma del senado. Por sobre la faz técnico-jurídica del referéndum, De Gaulle planteó siempre una cuestión de confianza a cuyo resultado

(5) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. tomo 8. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1988. páginas 165 y 166.

(6) PÉREZ ROYO, Javier. *Ob. Cit.* páginas 381 y 382.

subordinaba su permanencia en el poder, desnaturalizando de esta manera la finalidad constitucional del instituto y ejerciendo además una real coerción moral sobre el electorado, que se veía obligado a pronunciarse sobre la continuidad del presidente. Científicos políticos entusiastas de la Constitución de 1958, como BURDEAU, han reconocido semejante desnaturalización del referéndum, que 'cesa de ser una incidencia en el procedimiento legislativo para convertirse en un instrumento de la democracia plebiscitaria'". (7)

La referencia a las negativas experiencias de los procesos de referéndum en la historia, no estuvo ajena al debate constituyente en nuestro país. En el propio Congreso Constituyente Democrático, convocado luego del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, para que se encargue de elaborar la Constitución de 1993, se señaló:

"El señor TORRES Y TORRES LARA.- (...) ¿Cuál es el concepto básico que pretendemos incorporar en la Constitución? Darle al pueblo el derecho a participar directamente en la vida política del país, en la conducción, señor Presidente. Este concepto que para nosotros es central implica un cambio fundamental, porque nosotros no estamos rechazando la democracia representativa, esta democracia que está aquí en donde nosotros representamos a millones de peruanos, no estamos rechazando eso ni queremos cambiar una democracia representativa indirecta por una democracia directa de plazas, en donde se toman los acuerdos y las leyes, no es ese nuestro propósito, queremos simplemente alentar a la democracia representativa para que llegue mejor a la población, impulsar a que la población más activamente de la conducción política, complementar la democracia representativa con elementos de la democracia directa.

(...)

Pero Presidente también es derecho al referéndum, vale decir a la consulta popular en los temas centrales y más importantes que se puede someter a consideración de una población. Presidente, durante los días que han transcurrido, ha habido bastante debate sobre esto, algunos articulistas, han anunciado que a partir de este artículo, están los despropósitos del gobierno, para establecer una duda populachera, una dictadura de imposición de plazas, esto no es cierto Presidente.

(...)

(7) LINARES QUINTANA, Segundo V. Ob. Cit. página 167.

Señor Presidente es cierto que el referéndum también fue utilizado instrumentalmente por gobiernos despóticos y dictatoriales, pero eso señor Presidente no quiere decir que nosotros, por esa razón vamos a evitar introducir un mecanismo de autenticidad, siempre pongo el ejemplo del cuchillo, que usa un cirujano o un asaltante, como un cuchillo puede matar a un niño, diríamos que no puede haber cuchillos en el mundo, no son instrumento Presidente, que pueden ser bien utilizados o mal utilizados, para evitar excesos”.⁽⁸⁾

“La señorita FLORES NANO.- (...) El derecho constitucional plantea, que frente al conflicto de poderes pudiera, por ejemplo, recurrirse a una consulta para darle salida. Pero eso, señor, deberemos legislarnos en cada circunstancia para darle a la consulta popular o a la participación popular sus propios alcances.

No nos negamos, tampoco señor, a contemplar en su momento con las fijaciones y con los límites que correspondan mecanismos de iniciativa legislativa que en verdad pueden hacer y contribuir a una mayor democracia en el Perú y por supuesto, señor Presidente, somos claros partidarios de la participación al nivel local, al nivel vecinal; que debe ser el ejercicio más directo y más claro porque aquellas naciones, señor Presidente, que establecen mecanismos directos tienen frente a nuestro país una ventaja sustancial que nosotros debemos recoger, son democracias muy sólidas porque países absolutamente descentralizados, porque el poder local es un poder sumamente fuerte.

Los cantones suizos o aún el federalismo americano, señor, son sistemas políticos en los que la institución local es una institución sumamente fuerte. Por eso, señor Presidente, lo que nos preocupa es la introducción de esta figura, bajo un marco político ante el cual no cerramos los ojos y es que ésta que es una forma adecuada de consulta a los intereses populares, pueda ser usada como mecanismos de poder, un poder, señor, que encum-

(8) Intervención del congresista Carlos Torres y Torres Lara, en la 11ª sesión del Pleno del Congreso Constituyente Democrático, del 22 de febrero de 1993. La transcripción del Diario de Debates aparece en DERECHO A LA PARTICIPACIÓN. INICIATIVA LEGISLATIVA, REVOCACIÓN Y REFERÉNDUM, ASESORANDINA Lima, 1994, páginas 80 a 84.

bra a un Proyecto autoritario y nos parece en el sentido de responsabilidad y de visión política histórica, decirlo con toda claridad". ⁽⁹⁾

"El señor CHIRINOS SOTO.- (...) Pero quiero dejar constancia en el Diario de Debates de mis prevenciones; yo comparto esencialmente lo que ha expuesto Lourdes Flores. El primer tema, por supuesto es el famoso del referéndum; es el plebiscito, como se puede distinguir referéndum de plebiscito, yo no he encontrado en los mejores diccionarios jurídicos una distinción que satisfaga. Lourdes ha recordado que Napoleón se hizo elegir con un plebiscito, Cónsul vitalicio con otro plebiscito; elevó el Consulado la categoría de en medio con otro plebiscito. Su sobrino Luis Napoleón dio un golpe de Estado muy parecido al del 05 de abril, disolvió la Asamblea Nacional, asumió el ti... de Emperador y se hizo confirmar con un plebiscito.

Adolfo Hitler, resultó maestro del plebiscito, invadió Alemania, la ocupó militarmente, plebiscito lo ganó por el 99,9% de los votos. Anclus con Austria plebiscito 99% de los votos; pero a la hora que Hitler invade Polonia y desata la Segunda Guerra Mundial, la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial, no hubo plebiscito, no le consultó al pueblo alemán una decisión tan trascendente como la de iniciar una guerra. Y si hubiera habido plebiscito lo hubiese perdido, hay el testimonio del gran periodista norteamericano William Schneider cómo en las calles de Berlín la gente andaba triste y descontenta cuando Hitler invadió Polonia.

Señor Presidente, yo reconozco, sin embargo, que hay determinados temas que deben ser sometidos a referéndum para usar la palabra decente, porque la palabra plebiscito se ha convertido en indecente, aunque significa lo mismo indecencia. Plebiscito, dice Ramón Gómez de la Serna, es una palabra en diminutivo porque de voluntad popular tiene muy poco.

(...)

En el referéndum el ciudadano está tentado de votar siempre, no por el contenido del referéndum, sino por la persona que lo propone, el gobernante que propone el referéndum. Si el gobernante atraviesa una ola de impopularidad, el pueblo vota, no, y si por el contrario está popular vota, sí, acabamos de ver en el Tratado de Maastricht, no sé qué Congresista ha

(9) Intervención de la congresista Lourdes Flores Nano, en la 11ª sesión del Pleno del Congreso Constituyente Democrático del 22 de febrero de 1993. *Ibidem.* páginas 90 y 91.

dicho los pueblos se han desafiado; no se han desafiado la Comunidad Europea ni nada. La Comunidad Europea sigue, lo que no han aceptado a algunos pueblos, como el dinamarqués, es el Tratado de Maastricht, y en Francia, país europeísta por excelencia, país que inicia la Comunidad de Carbón y el Acero con Alemania, país que primero reúne a la Europa de los Seis, convertida hoy en Europa de los Doce, el Tratado de Maastricht ganó el referéndum por unos pocos miles de votos, ¿por qué señor Presidente? Porque el pueblo francés quería votar contra Mitterrand, de quien está harto, porque ha ejercido un primer gobierno en 1981-88 y ahora va a llegar hasta el 95, catorce años de gobernó, señor Presidente, cansan a cualquiera, incluso, especialmente a los franceses.”⁽¹⁰⁾

THIBAUT, quien analiza los referendos y consultas populares en América Latina desde 1980 hasta fines del siglo pasado, puntualiza:

“Allí donde el mecanismo del referéndum puede ser puesto en marcha por el presidente, existen limitaciones positivas del campo de aplicación de democracia directa. Las disposiciones respectivas son por supuesto muy vagas. Dado que queda en manos del jefe del Ejecutivo decidir si una cuestión es de ‘suma’ o ‘nacional’ importancia o no, se trata de un recurso de empleo relativamente arbitrario por parte del presidente en ocasionales conflictos con una mayoría opositora en el Parlamento.

(...)

En comparación con los referendos en otras democracias occidentales, hay que recalcar que en los países latinoamericanos este mecanismo de participación directa de la población, cuya puesta en marcha se hace ‘desde arriba’, en ningún caso representa un recurso de las fuerzas parlamentarias, que se hallan relegadas en el proceso democrático-representativo de formación de la voluntad popular”.⁽¹¹⁾

Quizás la situación reciente que se ha vivido en la región a nivel general (piénsese en lo ocurrido en Ecuador, durante la presidencia de Rafael Correa, o en Bolivia, con Evo Morales), o en el Perú a nivel particular (referéndum del 9 de noviembre último), es la que motivó que el 17 de

(10) Intervención del congresista Enrique Chirinos Soto, en la 11ª sesión del Pleno del Congreso Constituyente Democrático del 22 de febrero de 1993. *Ibidem*, páginas 103 a 107.

(11) THIBAUT, Bernhard. *Ob. Cit.* página 76.

diciembre de 2018, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, haya convocado a una consulta pública, a efectos de que se proporcionen aportes y comentarios respecto del fenómeno de la desinformación deliberada, principalmente en el contexto electoral.

En nuestros tiempos, como lo analiza con detalle PÉREZ-LIÑÁN⁽¹²⁾, los ataques a la institucionalidad -incluso los llamados “golpes de Estado modernos”-, se instrumentalizan recurriendo a figuras constitucionales aceptadas. Así, se consuman de una forma más sutil y efectiva, pues vienen empaquetados en un fino ropaje constitucional, que aprovecha y capitaliza el desánimo popular, muy bien difundido por algunos sectores que claramente buscan la generación de una corriente de opinión; sin reparar -o incluso peor, sin que importe-, si, detrás de ello, hay otros fines no perceptibles para el común de los ciudadanos.

El reclamo ciudadano es como el Rey Jano o como una moneda de dos caras. Sin lugar a dudas, puede reforzar la democracia y legitimarla o, también, puede ser utilizado para dar paso a regímenes autoritarios o pseudo democráticos.

La democracia, para ser tal, requiere del cumplimiento de ciertos estándares mínimos, ya no sólo, como antes, sólo referidos a las garantías del acto electoral, sino que ahora la calidad de la democracia se mide por el nivel de conocimiento e información con el que participan los ciudadanos.

Sobre esto último, LUCAS VERDÚ cuestiona justamente el referéndum constitucional, debido a que en él “... los electores son en su mayor parte incapaces de conocer los tecnicismos constitucionales y no tienen más remedio que seguir las interpretaciones de los exponentes de los partidos políticos”⁽¹³⁾; cuando los hay, agregaría yo.

Como puede verse, lo ocurrido en el último referéndum en nuestro país es “de manual” o “de texto”. Sin una debida información, los resultados del referéndum serán según lo indique el mensaje que se reciba del “impulsor” de turno, como hemos visto.

(12) PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Juicio político al Presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.

(13) LUCAS VERDÚ, Pablo, *Prontuario de Derecho Constitucional*. Editorial Comares. Granada, 1996. página 363.

De esta forma, no se puede discrepar con SAUVY, quien, hace ya más de 50 años, sentenció: “(...) *el problema esencial de una sociedad que quiere ser democrática radica en saber cómo son informados los ciudadanos y cómo deberían serlo*”.⁽¹⁴⁾

El derecho a la información es el pilar básico de toda moderna democracia. A la luz de lo que viene pasando, quizás, como decía DE ESTEBAN, tenemos la necesidad de que aparezca un nuevo MONTESQUIEU, capaz de teorizar sobre un nuevo equilibrio de los poderes que permita preservar la democracia.⁽¹⁵⁾

Sin lugar a dudas, a 25 años de la Constitución de 1993 deberíamos repensar algunos de sus institutos, a efectos de evitar que se convierten en mecanismos que, en vez de contribuir a fortalecer el sistema de democracia representativa, sirvan para su debilitamiento y aprovechamiento oportunista, sobre todo cuando son impulsados “desde arriba”, en lo que en nivel de información es escasa.

(14) SAUVY, Alfred. *La naturaleza social*. Taurus. Madrid, 1962. página 129.

(15) DE ESTEBAN, Jorge. *Los medios de comunicación como control del poder político*. En: *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. páginas 99 a 121.

EL REFERÉNDUM BAJO LA LUPA

Domingo García Belaunde

El segundo semestre de 2018 ha sido especialmente significativo y tendrá serias consecuencias políticas que nadie quiere ver, pero que pueden a la larga no ser tan beneficiosas. Y es que con un Presidente avasallador, un Congreso sumiso, un sistema de justicia en crisis, un coro áulico de medios (radio, televisión y diarios, con poquísimas excepciones) y un Jurado Nacional de Elecciones complaciente, es difícil ver bien las cosas. Veamos esquemáticamente los hechos:

1) Un mensaje de 28 de julio de este año en el cual el presidente Vizcarra anunció su lucha implacable contra la corrupción. Esto podía perfectamente explicarse luego del descubrimiento de diversos videos que fueron propalados en los medios, en los cuales se ponía en evidencia manejos turbios en el aparato de justicia, en especial el Poder Judicial (algunos jueces supremos y jueces superiores) lo que alcanzaba al Consejo Nacional de la Magistratura. Y por cierto, esto causó indignación en la ciudadanía, pues puso al descubierto lo que todos sabíamos, pero de lo que no existían pruebas: la corrupción al interior del Poder Judicial y también del Ministerio Público, si bien con notables excepciones.

2) La forma como el presidente Vizcarra decidió enfrentar la corrupción – aparte de su propia gestión – fue la reforma constitucional, la cual sería aprobada en un referéndum para que el pueblo se pronunciase al respecto. Convocado en agosto último, se fijó como fecha de realización el 9 de diciembre (1). Lo más grave es que nadie puso en cuestión un hecho evidente: que el presidente de la República no tiene ninguna facultad

para convocar a un referéndum y si lo hizo fue violando la Constitución y Ley 26300, con la complicidad de todos. Incurrió así en notoria infracción constitucional y legal. Francisco Miró Quesada Rada, experto en el tema, señala lo siguiente: “Algunos analistas afirman que el referéndum, es un triunfo político del presidente Vizcarra. Esto es cierto, pues él lo convocó. Aunque mal convocado, ya que de acuerdo al artículo 44 de la Ley 26300 (Ley de Participación y Control Ciudadanos) quien debió realizar la convocatoria es el Jurado Nacional de Elecciones, porque es el único organismo reconocido por ley para hacer convocatorias de referéndum y revocación. Nuevamente la política ha pasado por encima de la ley, algo muy común en nuestra historia” (cf. **Referéndum, autodisolución y cambio** en “El Comercio”, Lima, 18 de diciembre de 2018).

3) A partir de aquí, el presidente Vizcarra se comprometió a fondo en luchar contra la corrupción. Habló sobre eso día y noche, en Lima y en provincias. Parecía un obsesivo con el tema de la corrupción, a la que ofrecía cortar de raíz y se volvió monotemático y similar a un disco rayado. Con ese discurso ofreció cambiar todo y fue un eco de sí mismo. Hizo acto de presencia desde la entrega de credenciales a los nuevos gobernadores regionales hasta la inauguración de un puente en Piura y una posta médica en el sur andino. Parecía un político en campaña presentándose como el redentor de tanto mal, como la última alternativa a nuestras infinitas desgracias. Su presencia se convirtió en obligada en todo evento. Sus asesores en la sombra, gente de segundo nivel o políticos fracasados, alentaban su vanidad. Sus ministros eran sobre todo amanuenses que seguían la voz del amo o simplemente se dedicaban a lo suyo.

4) Mientras que el país quedaba inactivo, sin avanzar, sin inversiones, el discurso presidencial parecía más que suficiente para encender los ánimos. Hombre de una sola idea, sin mayores alcances, sin asesoría adecuada, interfiriendo en las instituciones, logró que estas prácticamente cedieran al chantaje. Durante meses emprendió una campaña sin cuartel contra el Fiscal de la Nación, Pedro Chávarry, sin ningún argumento y solamente porque no se plegó a su coro de incondicionales, llenándolo de agravios, con lo cual su interferencia en las instituciones del Estado se hizo evidente. Vizcarra en el fondo no tolera disidencias y solo le gustan los acólitos. Y a esa campaña y otras más del mismo estilo, se pliegan algunas universidades, las ONGs entre las que hay que incluir a “Transparencia” y a la Conferencia Episcopal Peruana, siempre tan cortesana, que se apresuró

a declarar su adhesión incondicional al Presidente y en tono apocalíptico apoyó el referéndum, indicando que tenía carácter “histórico” y era la única manera de remediar todos nuestros males (comunicado de 22 de noviembre de 2018, publicado en diarios de Lima y en la web de la Conferencia).

5) Ahora bien... ¿Cuál fue el contenido de ese mensaje transformador del 28 de julio? La reforma constitucional en cuatro puntos: el cambio y remoción del Consejo Nacional de la Magistratura –sobre el cual había discusiones de tiempo atrás- la vuelta a la bicameralidad, igualmente reclamada por varios sectores; la no reelección de congresistas y el financiamiento de los partidos políticos. De estos cuatro temas, el último era un problema legal y no tenía porque ser constitucional. Y en cuanto a la propuesta bicameralidad, importante, por cierto, la aprobó al principio y luego la desaprobó. O sea, lo más importante fue bloqueado por el propio presidente Vizcarra, bajo el pretexto de que su proyecto había sido desnaturalizado, lo cual no era cierto. Acusó al Congreso de haber hecho una “trampa” en el proyecto aprobado, cuando en realidad la “trampa” la había hecho él mismo al pretender desnaturalizar la “cuestión de confianza”, concepto por cierto que no entendía ni él ni sus asesores (sobre esto me remito a otros trabajos míos en donde he pretendido precisar el concepto, apoyado en solvente doctrina y práctica comparada). En realidad, los cuatro proyectos de reforma que había enviado el Ejecutivo al Congreso eran un mamarracho. Lo que hizo el Congreso fue mejorarlos. Si bien es cierto que, por la cortedad de tiempo, no les permitió hacer algo mejor.

6) Este planteo contó con el asentimiento de la población y las instituciones. El Congreso acató sumiso el atarantamiento presidencial y se apresuraron a cumplir el mandato presidencial. Los medios al unísono -salvo excepciones - se plegaron al llamado presidencial. El ambiente se volvió “vizcarrista”, todos atentos a seguir los dictados de Palacio.

7) Como si no fuera poco, el presidente se dedicó a maltratar al Congreso, lo que a larga significó que su presidente Daniel Salaverry, se volviese un colaborador atento y servicial del Ejecutivo. No sabemos con qué propósito.

8) Sin ninguna campaña sobre el referéndum, salvo la que en forma desenfrenada hacía el Ejecutivo a su favor, este se llevó a cabo el 9 de diciembre, de acuerdo a lo previsto por el Decreto Supremo núm.101-2018-PCM de 9 de octubre de 2018. ¿Cuáles fueron los resultados? Grosso modo,

favorables en 80% a la propuesta presidencial, con lo cual todo quedó aprobado, incluyendo el descarte del bicameralismo, que era lo mejor que existía en la propuesta. Pero analicemos el sentido de la votación, según señala “Ipsos” en el diario “El Comercio” del día 16 de diciembre de 2018:

i) ausentismo: 28%

ii) votantes: 72%

¿Cómo se distribuye este 72% de acuerdo a esta encuesta?

i) apoyo al presidente: 33%

ii) rechazo a los congresistas de oposición: 25%

iii) voto favorable para hacer cambios en la Constitución: 23%

iv) voto para evitar la multa: 5%

v) expresar oposición a Vizcarra: 4%

vi) apoyar a los congresistas de oposición: 4%

vii) no votó, o sea nulo o en blanco: 4%

viii) no precisa: 2%

De acuerdo a este análisis, la población tuvo un comportamiento errático en relación con el referéndum, al cual fue sin saber bien de que se trataba. Esto coincide con el informe preliminar de la misión de observadores de la OEA, que entre otros puntos señalaba lo siguiente:

i) la población no estaba informada sobre el referéndum y sus alcances.

ii) no hubo publicidad adecuada sobre el sentido del referéndum.

iii) el referéndum fue precipitado; se hizo en tiempos muy cortos y sin los plazos para una difusión y debate de las propuestas.

Acorde con lo expresado, el referéndum fue algo precipitado y a la larga no representó un respaldo claro al pedido del presidente Vizcarra, pues pese al resultado final favorable, no significó un apoyo pleno al presidente, por más que los medios y opinólogos así lo expresaron en forma reiterada. Fue, si cabe, una expresión de rechazo popular frente al estado de cosas y una contundente censura al parlamento.

9) De las cuatro propuestas planteadas en el referéndum, solo tres se aprobaron, no así la de la bicameralidad que quizá era la de mayor

trascendencia, si bien la más urgente era la reforma del aparato de justicia, que tal como está no solucionará nada. A la cursilería del nombre, Junta Nacional de Justicia, que nos hace recordar a la Junta Nacional de Vivienda, Junta Nacional de Obras Públicas y similares de la década del ochenta, dejando de lado el clásico nombre de Consejo de la Magistratura (que se usa hace cien años en la Europa continental y más de cincuenta en diez países de la América Latina) se ve una estructura deficiente y sin abordar el problema previo y que es el siguiente: ¿Quiénes se presentan para ser jueces y fiscales? Los que siempre se presentaron, que venían en su mayoría de universidades no muy acreditadas, públicas o privadas. Se olvidaron del filtro previo que es la formación en una escuela de jueces, que es lo que debió haber hecho la Academia de la Magistratura y nunca hizo (en parte por falta de presupuesto). Dicho en otras palabras: quien desee ser juez o fiscal debe ser formado previamente, luego de ser licenciado en derecho o abogado, en un centro de estudios especializado, con una beca y por dos o tres años con cursos especiales. Solo con la aprobación de estos cursos, se podrá postular a un cargo e iniciar así una carrera judicial en forma, que en el Perú no existe (en donde existe es en el servicio diplomático, en las fuerzas armadas y en la policía nacional).

10) El referéndum no va a solucionar nada. La idea de Vizcarra - la única que tiene - es combatir la corrupción, y para eso las reformas constitucionales no sirven. Esto tampoco lo entienden los que asesoran al presidente, que siguen en la misma línea. Y como queriendo más de lo mismo, se ha nombrado mediante Resolución Suprema núm. 228-2018-PCM de 21 de diciembre de 2018 publicada en el diario oficial "El Peruano" al día siguiente, una "Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política" que la integran cinco notables (sic) y que depende de la Presidencia de la República (lo cual es una señal de cuál es su nivel de independencia). Se precisa que debe entregar sus propuestas en dos meses contados a partir de su instalación. Veremos qué pasa aquí, si bien su presidente Fernando Tuesta, es hombre pro-gobierno.

11) La conclusión es simple: la demagogia y el populismo siguen contentando a la multitud, pero el país no avanza. La institucionalidad no se perfecciona pues no existe ni el ambiente ni los líderes para llevarla a cabo. El discurso barato no lleva a nada. Las palabras, lamentablemente no cambian las cosas. Y lo que es peor: la corrupción podría continuar, pero ahora con un ropaje distinto para dificultar su descubrimiento.

En síntesis: un año muy agitado con resultado negativo. Un nuevo caudillo, sin ideas, está al frente de un país devastado y de una multitud desencantada que espera el maná del cielo. Lo que suceda en el futuro es de pronóstico reservado.

Un tema adicional es el siguiente: si las reformas constitucionales deben hacerse o no. Esto depende de muchos factores, sobre todo de naturaleza política, cultural y social. Si un pueblo se da una constitución o la aprueba, lo ideal es que la mantenga el tiempo que pueda, pues en principio las constituciones han sido hechas para durar. Pero las reformas son algunas veces inevitables y hay que hacerlas. El problema es cómo hacerlas, pues debe procederse con un alto asentimiento de la población, con la suficiente discusión sobre sus alcances, con el concurso de expertos en las diferentes áreas y sobre todo con una participación amplia de la sociedad civil (que por cierto no se reduce a las ONGs). De esta manera y dentro de un ambiente sosegado, las cosas salen bien y tienen vocación de durar. El contra ejemplo lo vemos en el referéndum indebidamente convocado por el presidente Vizcarra y llevado a empellones. Al margen de cuál sea su futuro, es indudable que es un pésimo ejemplo visto en perspectiva histórica.

Lima, 31 de diciembre de 2018

-
- (1) El referéndum, entendido como manifestación popular en torno a aspectos normativos, ha sido poco usado en el Perú y adicionalmente no se ha empleado siempre el nombre correcto. En el ámbito constitucional y solo para referirnos al siglo XX tenemos: i) el de Leguía en 1919, que sirvió para modificar la Constitución que fue promulgada en enero de 1920 y que duró lo que duró su período, ii) el de Benavides en 1939, que fue derogado en 1945 y cuyos mejores logros fueron incorporados a la Constitución de 1933 en la década de 1950 y iii) el que se llevó a cabo en 1993 para ratificar la Constitución de ese año, que ganó por escaso margen. Con anterioridad, algunos constituyentes en 1978-79 propusieron que la constitución aprobada por la Asamblea Constituyente fuera sometida a referéndum, en lo cual hubo cierto consenso. Pero que fue descartado por la suspicacia de muchos de que ello podría dilatar el proceso de transición a la democracia, elecciones de por medio, que había prometido el gobierno militar.

CRÓNICA

XII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL (TRUJILLO, 18-20 DE OCTUBRE DE 2018)

Miguel P. Vilcapoma Ignacio

Los congresos nacionales de Derecho Constitucional son certámenes académicos que organiza periódicamente la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC), actualmente presidida por Ernesto Blume Fortini, y contando con Domingo García Belaunde como presidente honorario. Es así que su duodécima edición tuvo a lugar los días 18 al 20 del mes de octubre de 2018, en el campus de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO), en la ciudad de Trujillo; siendo esta casa superior de estudios la coorganizadora del evento por intermedio de su Facultad de Derecho. El XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional llevó como título “A los 25 de la Constitución de 1993. Homenaje a Víctor Julio Ortecho Villena y Sigifredo Orbegoso Venegas”, como un propio y justo reconocimiento a la destacada trayectoria de los constitucionalistas trujillanos.

Por primera vez se realizaba un Congreso Nacional de Derecho Constitucional en la ciudad de Trujillo, lo cual cumplía una deuda pendiente toda vez que la ciudad ha sido lugar de acontecimientos significativos de la historia republicana, y también fue cuna del movimiento constitucional peruano que se gesta en la década de los setentas del siglo XX. Las actividades programadas se desarrollaron como a continuación detallamos.

Ceremonia de inauguración

La ceremonia de inauguración comenzó a las 9:00 horas del día 18 de octubre, en el teatro “Víctor Raúl Lozano Ibáñez”, entonándose las sagradas letras de nuestro Himno Nacional y el Himno de Trujillo. A continuación, se presentó a la Mesa de Honor, conformada por el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, las autoridades universitarias, rectora Yolanda Peralta Chávez, y el decano de la Facultad de Derecho, Carlos Angulo Espino, los presidentes, titular y honorario, de la APDC, y el presidente de la Comisión Organizadora del evento, Raúl Lozano Peralta, realizando este último el saludo de bienvenida a la comunidad académica que se dio cita en el evento, destacándose la participación de los expositores internacionales y nacionales que se congregaban.

Hicieron el saludo correspondiente también, los doctores Domingo García Belaunde y Ernesto Blume Fortini, correspondiendo luego a la rectora de la UPAO, como anfitriona del evento, dar por inaugurado el XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Como cierre del acto inaugural, se hizo una presentación cultural a cargo de la Orquesta de Cámara de la UPAO, la cual interpretó el *Concierto en Re Mayor* del maestro italiano Antonio Vivaldi, y la *Pequeña Serenata Nocturna* de Wolfgang Amadeus Mozart.

Las disertaciones en el Congreso fueron divididas en sesiones en plenario y sesiones en mesas temáticas. Comenzaremos reseñando las ponencias magistrales en plenarios.

Ponencias magistrales del día jueves 18 de octubre.

Culminada la ceremonia de inauguración, tuvo a lugar la primera sesión de plenario a las 10:00 horas. En ésta se presentaron las siguientes ponencias magistrales:

- a) El profesor mexicano **Eduardo Ferrer Mac Gregor**, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expuso el tema *La Corte Interamericana y su jurisprudencia: 40 años*. Destacó la contribución del profesor italiano Mauro Capelletti con la doctrina de la jurisdicción constitucional orgánica, la jurisdicción de la libertad y la jurisdicción supranacional. Señaló que en mayo de 1948 en Bogotá se definió la protección de los derechos fundamentales, haciendo

referencia a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Hizo mención también a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamado Pacto de San José de Costa Rica, aprobada el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigencia el 18 de junio de 1978.

Sostuvo que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye uno de los pilares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales de todos los habitantes de la región. Agregó que esto nos permite afirmar que el origen, la razón de ser y la esencia de este sistema son las víctimas de violaciones de derechos humanos. Sostuvo que, cada engranaje del sistema trabaja para mejorar su situación, funciona para tutelar sus derechos y existe con el objetivo de garantizarles que se haga justicia y de evitar nuevas violaciones. Expuso que, a lo largo de cuatro décadas, el Tribunal ha visibilizado y protegido a personas y grupos en situación de vulnerabilidad y que históricamente han sido relegados. Añadió que la Corte ha establecido estándares de especial relevancia para la protección de los derechos de niñas, niños, adolescentes, mujeres, personas mayores, pueblos indígenas y tribales, personas con discapacidad, afrodescendientes y personas LGTB (intersexuales: lesbianas, gays, transexuales y bisexuales). Agregó que, es rica también la jurisprudencia interamericana a favor de migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, privados de la libertad, desplazados forzados, defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas y personas en situación de pobreza.

Por otro lado, señaló que la Corte IDH, en cuarenta años, ha resuelto 236 casos contenciosos y 30,000 medidas provisionales. También indicó que la Corte ha desarrollado temas como el concepto de violaciones graves, personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad, el concepto de reparación integral, temas consustanciales a la democracia, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

- b) El profesor italiano **Lucio Pegoraro**, expuso con respecto a la *Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional*, desarrollándolo desde el punto de vista del Derecho comparado. Sostuvo

que es necesario, en una investigación de carácter jurídico, responder qué significan las palabras “constitucionalización del Derecho” y “cultura constitucional”; a su vez, analizó en forma separada y conjunta los términos “constitucionalización”, “constitución”, “constitucionalismo”, “Derecho”, “cultura jurídica” y “cultura constitucional”. Asimismo, manifestó que los conceptos no se presentan con los mismos contenidos ni significados; por el contrario, a veces, son contradictorios en las legislaciones y en las realidades.

- c) El profesor español **José María Porras Ramírez**, abordó en su ponencia el tema: *Los límites a la transparencia. La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de los datos personales en España*. En su exposición, ha señalado la particularidad de la configuración del derecho de acceso a la información en la Constitución española de 1978 que se encuentran en el capítulo II de su Título I, atribuyéndole el carácter de fundamentales. Pero, la legislación vigente establece una relación de límites al derecho a la información, particularmente, amplia e indeterminada. Agrega que tales límites derivan, ya de la propia naturaleza de la información cuyo acceso se solicita; ya de su propia entrada en conflicto con los otros bienes, derechos e intereses jurídicamente protegidos. Por tanto, sostiene que la ley se muestra especialmente sensible con la protección de los datos de ese carácter, a la que otorga un régimen jurídico específico.
- d) El profesor Víctor **García Toma**, en su ponencia disertó el tema *La democracia, el sufragio y las organizaciones políticas*. El análisis del tema fue desarrollado en base a lo establecido en la Constitución peruana vigente, específicamente, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos XX, XXVII y XXXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- e) El profesor Francisco **Miró Quesada Rada** desplegó el tema: *La democracia directa en la Constitución de 1993*. En su exposición, analizó el referéndum y sus diversos tipos, la iniciativa popular y la

revocación. Afirmó que la democracia directa, puede ser una alternativa para superar las limitaciones de la democracia representativa.

Ponencias magistrales del día 19 de octubre por la mañana

- a) El profesor argentino **Oscar Raúl Puccinelli** desarrolló el tema: *Los derechos humanos en el ciberespacio. A propósito de los principios reguladores del internet y del adecuado balance de la libertad de expresión, el acceso a la información y la privacidad en línea*. Señaló que los países latinoamericanos no exhiben el desarrollo regulatorio de los derechos humanos en el ciberespacio; es decir, no existe un desarrollo de la protección de los derechos humanos en la *web*; pero indicó que el desarrollo de ciertas normas a nivel de la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”, adoptada en el 2000; “La ley Modelo Interamericana sobre acceso a la Información”, adoptada el 2010; los “Principios de la OEA sobre privacidad y protección de datos personales” puede ser el principio para la regulación que deben iniciar los países.
- b) El profesor argentino **Sergio Díaz Ricci** desarrolló el tema: *La libertad de empresa en la Constitución peruana de 1993*. Después de señalar que la libertad de empresa significa el derecho a la libre iniciativa y es un concepto poliédrico, transversal, proteico y relativo; desarrolló también el concepto de economía social de mercado, la libre iniciativa privada, la libertad de propiedad, libertad contractual y la libertad de asociación.
- c) El profesor argentino **Néstor Pedro Sagüés** expuso el tema: *La “Convención Viviente” en la Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En su exposición, indicó que el concepto de “constitución viviente” nació en los Estados Unidos con la finalidad de enfrentar a las posturas textualistas y originalistas, considerando que la Constitución es un instrumento orgánico, vivo y mutante; por tanto, su interpretación consiste en construir respuestas jurídicas para resolver los problemas del presente, proyectando en tal quehacer las creencias y valoraciones sociales de hoy. Además señaló que las palabras de la Constitución, a su turno, mutan en sus contenidos. Luego, sostiene que la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, en forma similar ha planteado la “Convención viviente” en la Opinión Consultiva 24/2017, indicando que las palabras de la convención pueden cambiar de contenido para afrontar nuevos retos o problemas.

- d) El profesor **Aníbal Quiroga León** desarrolló el tema: *El indulto presidencial y el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los actos políticos internos*. En su intervención, desarrolló el indulto humanitario concedido por el expresidente Pedro Pablo Kuczynski a su homólogo Alberto Fujimori Fujimori, señalando que el indulto es una gracia presidencial que determina el relevo de cumplimiento de una pena impuesta legítimamente por el Poder Judicial, que solo el Presidente de la República puede conceder, por tanto no es un derecho de orden subjetivo al que se tenga la posibilidad de acceder forzosamente luego de haber cumplido determinados requisitos y supuestos. En seguida, señaló que la protección de los derechos fundamentales se ha supranacionalizado, analizando el pronunciamiento de la Corte IDH respecto al indulto de Fujimori.
- e) El profesor Francisco **J. Eguiguren Praeli**, abordó el tema: *La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia presidencial en contra del presidente: ¿Otro paso hacia la “parlamentarización” de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más?* Inició su exposición señalando que el *impeachment* es una figura creada en Gran Bretaña, que fue acogida por Estados Unidos y muchos países latinoamericanos. Además, indicó que, como el rey en Inglaterra es libre de toda responsabilidad política, se utilizó el mecanismo para responsabilizar políticamente a sus consejeros. Luego analizó la responsabilidad política establecida en los diversos países latinoamericanos, como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, etc., así como la vacancia presidencial, a consecuencia del juicio político.
- f) El profesor **Ernesto Blume Fortini** expuso sobre: *La corrupción en el Perú y la forma constitucional de enfrentarla*. Inició su exposición señalando que el Perú, al igual que cualquier país del mundo afronta una situación de crisis moral que se traduce en delitos típicos de corrupción, como concusión, cobro indebido, colusión, peculado, malversación, cohecho y lavado de activos, perpetrados, sin reparo

alguno, por personajes de las más diversas esferas. Señaló que, la forma de afrontar esta lacra es lo que el Tribunal Constitucional ha precisado en su STC 0009-2007-PI/TC que la corrupción viene afectando hondamente la sociedad peruana, que el ordenamiento constitucional exige combatir toda forma de corrupción; para erradicarla deben funcionar todos los controles, especialmente el control político y el control judicial. Para el éxito de tal propósito, debe revalorarse a la sociedad y a la persona humana.

Ponencias magistrales del día sábado 20 de octubre por la mañana

- a) Ponencia del profesor español **Carlos Ruíz Miguel**, denominada: *Problemas del Estado Constitucional del siglo XXI: Mutaciones constitucionales, Estado de Partidos, Sistema Electoral y gobernabilidad*. En el desarrollo de su ponencia ha planteado tres problemas fundamentales consistentes en las deficiencias del diseño constitucional de gobernabilidad, el funcionamiento de los partidos políticos o del sistema electoral que están ocasionando crisis en varios países; análisis que expuso a partir de la experiencia española. Citando a Josep María Vallaes Casadeval y Agustín Bosch Guardella, ha señalado que las funciones que cumplen son: producir representación, gobierno y legitimidad, desarrollando cada uno de ellos. De igual forma, expuso, partiendo de España las deficiencias políticas de algunos países, señalando alguna “práctica jurídico-estatal” como mutación de la Constitución y la restricción de ciertos principios democráticos que afecta a la función de “producir gobierno”, “producir representación” y de “producir legitimidad”. A manera de ejemplo señaló que en España el jefe del ejecutivo no proviene de elección popular. Como una de sus conclusiones plantea que debería de buscarse esa gobernabilidad en el modelo de carácter presidencialista, buscando la elección del ejecutivo mediante la voluntad del cuerpo electoral.
- b) Ponencia del profesor mexicano **Diego Valadés** denominada: *Estado federal y el Estado regional. Consideraciones constitucionales*. Antes de su exposición, la APDC, en reconocimiento a su trabajo y producción intelectual, a través de su presidente Ernesto Blume Fortini, le impuso la medalla “Manuel Vicente Villarán”, que se entregaba por segunda ocasión (la primera medalla le había sido concedida a Domingo García Belaunde).

En su exposición, al abordar el tema de la democracia constitucional, el prof. Valadés hizo referencia a la evolución del sufragio desde un punto de vista histórico; es decir, a partir de Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia. Otro aspecto señalado fue que el carácter declarativo y programático de las constituciones, ha ido quedando progresivamente de lado, para dar paso a la juridicidad de las constituciones y el establecimiento de los Tribunales Constitucionales; es decir, la defensa de la Constitución que se inició en el siglo XIX hasta al XX, cambiando, por tanto, la forma de entender las constituciones solo como normas jurídicas. También hizo referencia a la significación histórica sobre esta materia, a Hans Kelsen, creador de las cortes constitucionales en 1920, a la Constitución de Checoslovaquia de 1920, la Constitución española de 1931; luego abordó respecto del desarrollo progresivo de la jurisdicción constitucional, citando a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, complementando con comentarios sobre la Corte Constitucional italiana y la alemana.

También consideró al modelo federal norteamericano y al modelo regional español, abordando luego las características del presidencialismo, parlamentarismo y federalismo. Prosiguió con el diseño institucional en el proceso de innovación del poder, sosteniendo que el federalismo ha mostrado ser el campo propicio para la imaginación y la dinámica institucionales y así pueden examinarse los ejemplos alemán, austriaco, belga, canadiense, estadounidense, indio y latinoamericano. Sostuvo que habría que pensar en nuevos instrumentos de participación, a través de asambleas complementarias, pero no permanentes, así como la canalización institucional de las redes sociales.

- c) Ponencia del profesor **Domingo García Belaunde**, que desarrolló el tema: *El juicio político en la encrucijada. Vacancia y renuncia presidencial en el Perú*. A modo de introducción al tema, el ponente señaló la situación política muy particular del Perú, que se produjo entre diciembre de 2017 y marzo 2018, es decir, el desencuentro entre el presidente Kuczynski y un parlamento en el que no tenía mayoría; resumió los acontecimientos políticos ocurridos en el que el presidente Kuczynski fue obligado a renunciar. El vicepresidente Martín Vizcarra, que se encontraba de embajador del Perú en Canadá, fue llamado de inmediato y fue reconocido como presidente, siendo éste

el marco político descrito, es decir, el escenario en el que se produjo la vacancia presidencial, asumiendo el cargo el primer vicepresidente. Continuó su disertación, abordando el “*impeachment*” como institución de control político que nace en Inglaterra en el siglo XIII y fue adoptado por los Estados Unidos y de ahí paso a la América Latina, con diversos matices y por cierto activo desde hace un tiempo. Analizó algunos de los problemas que esto conlleva, conocido como “juicio político” en la doctrina y como “acusación constitucional” en los textos constitucionales.

Como podemos apreciar, las sesiones plenarias fueron el espacio para la discusión y el análisis sobre desafíos actuales para el constitucionalismo iberoamericano y mundial del siglo XXI, lo cual colma uno de los objetivos principales de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional: Ser el espacio fraterno, pero también riguroso, en el cual tienen a lugar las ideas renovadas que impulsen las investigaciones para la mejora de la disciplina.

En concordancia con ello, las sesiones en mesas temáticas permitieron complementar, a través de los ejes propuestos, la dinámica del debate e intercambio de ideas, entre los ponentes especializados y los asistentes prestos a conocer y dialogar sobre sus puntos de vista. Así tenemos las siguientes mesas que tuvieron a lugar.

Día 18 de octubre de 2018 (Desde las 14:30 horas)

Mesa 1. **Derechos fundamentales y multiculturalismo.** Fue presidida por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y en la vicepresidencia, Christian Guzmán Napurí. Contó con siete ponencias.

Mesa 2. **Jurisdicción Constitucional.** Se desempeñó bajo la presidencia Jorge Luis Cáceres Arce y en la vicepresidencia, Luis R. Sáenz Dávalos. Tuvo cuatro ponencias.

Mesa 3. **Jurisdicción Supranacional.** La presidió Gerardo Eto Cruz y en la vicepresidencia, Félix Ramírez Sánchez. Presentaron cuatro ponencias.

Mesa 4. **Estado y organización territorial; parlamento y juicio político; sistema electoral y partidos políticos.** La presidió Gastón Soto Vallenos y en condición de vicepresidente, Jhonny Tupayachi Sotomayor. Contó con siete ponencias.

Mesa 5. **Enseñanza e historia constitucional.** Presidió Edgar Carpio Marcos y en condición de vicepresidente, Gustavo Gutiérrez Ticse. Se expusieron tres ponencias.

Mesa 6. **Régimen constitucional económico; prisión preventiva y control constitucional; tendencias contemporáneas del constitucionalismo moderno.** La presidió José Palomino Manchego y en la vicepresidencia, Enrique Pestana Uribe. Se presentaron siete ponencias.

Día 19 de octubre de 2018

Mesa 1: **Derechos fundamentales y multiculturalismo.** La presidió Miguel Vilcapoma Ignacio, con la colaboración de dos estudiantes de la Facultad de Derecho de la UPAO, por inconcurrencia de Manuel Bermúdez Tapia. Contó con diez ponencias.

Mesa 2: **Jurisdicción constitucional.** Presidió Raúl Lozano Peralta y en la vicepresidencia, Reynaldo López Viera. Fueron presentadas ocho ponencias.

Mesa 3: **Tendencias contemporáneas del constitucionalismo moderno.** La mesa fue presidida por Carlos Hakansson Nieto y en la vicepresidencia Susana Távora Espinoza. Se expusieron nueve ponencias.

Es importante destacar también que en el marco del congreso desarrollado, la UPAO distinguió con el grado de *Doctor Honoris Causa* a Eduardo Ferrer Mac - Gregor, en reconocimiento a su destaca labor académica; el acto académico de esta distinción fue realizado en una ceremonia especial el día 18 de octubre a las 17:30 horas.

Complementó a las actividades académicas del XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, la presentación de publicaciones de carácter constitucional realizadas por miembros de la Asociación, lo cual es una celebrada costumbre en cada edición de los congresos. Dentro de las obras presentadas estuvo libro de ponencias del congreso, en dos tomos, bajo la coordinación de Ernesto Blume Fortini.

Clausura del Congreso

El acto de clausura tuvo a lugar el sábado 20 de octubre, momento en el cual se les tributó el homenaje y reconocimiento a los profesores Víctor Julio Ortecho Villena y Sigifredo Orbegoso Venegas. El discurso de

Domingo García Belaunde recordó anécdotas de los profesores homenajeados así como sus valiosas contribuciones a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional. Seguidamente, los docentes homenajeados hicieron uso de la palabra, con la sencillez y sabiduría que los caracteriza, generando la ovación del público asistente.

Las palabras finales del evento estuvieron a cargo del decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPAO, quien realizó un balance del evento, dando cuenta del enorme éxito que tuvo y el compromiso de la casa de estudios en seguir fomentando la investigación y la excelencia académica.

Huancayo, diciembre de 2018.

DOCUMENTOS

INFORME DE LA COMISIÓN PRESIDENCIAL DE REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA

Samuel B. Abad Yupanqui

El Presidente de la República, a través de la Resolución Suprema N° 142-2018-PCM publicada el viernes 13 de julio del 2018, creó la “*Comisión de Reforma del Sistema de Justicia*”, dependiente de la Presidencia de la República (artículo 1). La Comisión, tuvo por objetivo proponer medidas urgentes y concretas para reformar el sistema de justicia a fin de aportar a la construcción de una justicia eficaz, oportuna, transparente, eficiente e incorruptible (artículo 2). Estuvo conformada por Allan Wagner Tizón, quien la presidió; Delia Revoredo Marsano; Hugo Sivina Hurtado; Samuel Abad Yupanqui; Eduardo Vega Luna; Ana Teresa Revilla Vergara y Walter Albán Peralta. A los doce días de su instalación -que se llevó a cabo el 13 de julio-, debía presentar al Presidente de la República un informe con recomendaciones de medidas urgentes y concretas para la reforma del sistema de justicia. Dicho informe incluiría la propuesta de creación de un mecanismo de coordinación y articulación de los diversos actores del sistema de justicia, que garantice la sostenibilidad de una reforma integral (artículo 6).

El Informe elaborado por la Comisión fue entregado al Presidente de la República el 25 de julio del 2018 y las recomendaciones fueron incorporadas en su “*Mensaje a la Nación*” el 28 de julio, fecha en la cual anunció la conveniencia que el proyecto de reforma constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), sea sometido a referéndum siguiendo el procedimiento establecido por la Constitución (artículo

206). Los proyectos elaborados por la Comisión fueron acogidos por el Poder Ejecutivo y presentados, en ejercicio de su iniciativa normativa, al Congreso de la República. Se trata de siete proyectos de ley (3160/2018-PE, 3161/2018-PE, 3162/2018-PE, 3163/2018-PE, 3164/2018-PE, 3165/2018-PE, 3166/2018-PE) y del proyecto de reforma constitucional del CNM (3159/2018-PE,). Esperamos que el Congreso, a la brevedad, proceda a su debate y aprobación. La reforma del sistema de justicia no puede seguir esperando.

En el presente número de la Revista publicamos el texto del Informe elaborado por la Comisión, aunque sin anexos debido a su extensión. El texto completo del Informe con anexos puede consultarse en:

https://www.presidencia.gob.pe/docs/informes/INFORME_COMISION_CONSULTIVA.pdf

HACIA UN SISTEMA DE JUSTICIA HONESTO Y EFICIENTE

Informe de la Comisión Consultiva para la Reforma del Sistema de Justicia

Allan Wagner Tizón, Presidente

Delia Revoredo Marsano

Hugo Sivina Hurtado

Samuel Abad Yupanqui

Eduardo Vega Luna

Ana Teresa Revilla Vergara

Walter Albán Peralta

Comisión Consultiva

Resolución Suprema N° 142-2018-PCM

INDICE

- I. ANTECEDENTES. PROPUESTAS Y REFORMAS INCONCLUSAS
- II. CONTEXTO ACTUAL. CRISIS Y OPORTUNIDADES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA
- III. INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: DESIGNACIÓN DE COMISIÓN CONSULTIVA Y CONVOCATORIA A LEGISLATURA EXTRAORDINARIA.
- IV. METODOLOGÍA DE TRABAJO DE LA COMISIÓN
- V. RECOMENDACIONES: PRIMERAS MEDIDAS PARA UN CAMBIO
 1. Creación de la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial y en el Ministerio Público.
 2. Reforma constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura.

3. Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra las mujeres e Integrantes del Grupo Familiar: las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencias
 4. Descarga procesal: disminución de procesos de pensiones a cargo de la ONP (Régimen D.L. N° 19990) y exclusión de intervención del Ministerio Público en procesos contenciosos administrativos
 5. Selección objetiva de jueces supernumerarios y fiscales provisionales
 6. Creación de Fiscalía Suprema Anticorrupción
 7. Transparencia y rendición de cuentas en el Sistema de Justicia
 8. Medidas para promover la ética en los abogados
 9. Creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.
- VI. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTA DE CAMINO A SEGUIR
1. La necesidad de una reforma constitucional y legal para institucionalizar los cambios
 2. La sostenibilidad de los cambios iniciados: determinación de una agenda más amplia.
 3. Una crisis del sistema judicial que resulta imprescindible superar

ANEXOS

ANEXO A: PROYECTOS NORMATIVOS

1. Proyecto de Ley que crea la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial y en el Ministerio Público
2. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura
3. Proyecto de Ley que modifica el Texto Único Ordenado del Proceso Contencioso Administrativo
4. Proyecto de Ley que crea la Fiscalía Suprema Anticorrupción
5. Proyecto de Ley que incorpora el Título VI al Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública “Transparencia en el sistema de justicia”
6. Proyecto de Ley para Incentivar la Probidad en el Ejercicio de la Abogacía
7. Proyecto de Ley que crea el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia

ANEXO B: REUNIONES REALIZADAS

I. ANTECEDENTES. PROPUESTAS Y REFORMAS INCONCLUSAS

A lo largo del presente siglo –y también durante el anterior⁽¹⁾–, se han formulado diversas propuestas destinadas a reformar el sistema de justicia ante la crisis estructural que atraviesa y que han incluido propuestas de reforma constitucional. Así por ejemplo, el Informe elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional creada mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS, de 26 de mayo del 2001, promulgado por el entonces presidente Valentín Paniagua, fijaba lineamientos para la reforma del “*servicio de justicia*”⁽²⁾. Posteriormente, la Ley N° 27600, publicada el 16 de diciembre del 2001, propuso la reforma total de la Constitución. En julio del 2002, la Comisión de Constitución presentó al Pleno del Congreso de la República un proyecto que introducía propuestas de reforma constitucional de los órganos integrantes del sistema de justicia⁽³⁾. Tales propuestas nunca prosperaron.

De otro lado, el **Acuerdo Nacional**, cuya suscripción se realizó el 22 de julio del 2002 con la participación del entonces Presidente de la República, Alejandro Toledo, y los principales representantes de las organizaciones políticas y la sociedad civil, aprobó por consenso treinta y cinco políticas de Estado. Una de ellas, la Política de Estado veintiocho plantea contar con un “*Estado eficiente, transparente y descentralizado*”, y tiene por objetivo garantizar la “*Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial*”⁽⁴⁾.

(1) El objetivo del presente Informe no es hacer un recuento de todas las propuestas de reformas de la justicia presentadas a lo largo de la historia. Si se desea profundizar en dicho tema, se puede revisar: PÁSARA Luis, “Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo”, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 133-193, y HAMMERGREN Linn, “La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras”, en PÁSARA Luis (compilador), “En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina”, México: UNAM, 2004, pp. 289-333.

(2) Dicho informe se entregó al Presidente de la República el 16 de julio del 2000. MINISTERIO DE JUSTICIA, “Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú”, Lima, julio, 2001. pp. 61-70.

(3) CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Memoria de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Periodos 2001 – 2002; 2002 – 2003”, Lima, 2003, pp.73-75.

(4) <https://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/>

En este contexto, la Ley N° 28083, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 04 de octubre del 2003, creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – **CERIAJUS**. Estuvo conformada por el Presidente del Poder Judicial, quien la presidió; el Fiscal de la Nación; el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura; un representante del Tribunal Constitucional; el Presidente de la Academia de la Magistratura; el Ministro de Justicia; el Defensor del Pueblo; dos representantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República; cinco miembros elegidos por las instituciones de la sociedad civil participantes en el Foro del Acuerdo Nacional; un representante de los Colegios de Abogados del Perú y un representante de las Facultades de Derecho designado por los decanos de las tres universidades públicas y las tres privadas con facultades de derecho más antiguas.

La referida Comisión, dentro de los ciento ochenta días contados desde su instalación, elaboró el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia de fecha 23 de abril de 2004, que contemplaba ocho áreas específicas o “*temas-problema*”. Es decir, acceso a la justicia; políticas anticorrupción, eticidad y transparencia; modernización y gestión del despacho; recursos humanos; gobierno, administración y presupuesto; predictibilidad y jurisprudencia; reforma del sistema penal y adecuación normativa que incluía la reforma constitucional y leyes orgánicas. Según el Plan, “*no basta reformar el Poder Judicial o el Ministerio Público. (...) es indispensable e impostergable para mantener las bases de nuestra organización política democrática, una refundación del sistema de justicia. Esto equivale, literalmente, a volverla a hacer*”⁽⁵⁾. Hasta el momento, ha sido el esfuerzo más importante de propuestas de reforma de la justicia en el país. Si bien algunas propuestas específicas llegaron a concretarse, otras ni siquiera fueron tomadas en cuenta ni debatidas.

Asimismo, el entonces Presidente de la Corte Suprema, contando con el respaldo de la Sala Plena de dicha institución, instaló el 21 de noviembre del 2003 el Grupo Impulsor del Acuerdo Nacional por la Justicia, que presentó el 12 de abril del 2004 el **Informe Final del Acuerdo Nacional por la Justicia “Políticas de Estado para el cambio estructural en el Poder**

iv-estado-eficiente-transparente-y-descentralizado/28-plena-vigencia-de-la-constitucion-y-de-los-derechos-humanos-y-acceso-a-la-justicia-e-independencia-judicial/

(5) CERIAJUS, “Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia”, Lima, 23 de abril de 2004, p. 24.

Judicial". Dicho Informe formuló seis recomendaciones a ser implementadas por el Poder Judicial y la sociedad civil.

Por su parte, el año 2006, la Defensoría del Pueblo aprobó el **Informe Defensorial** N° 109, "*Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán*". En dicho Informe se formularon importantes recomendaciones respecto a diez aspectos básicos: acceso a la justicia, formación y capacitación de los operadores del sistema de justicia, fortalecimiento de la independencia judicial, órgano de gobierno y administración del Poder Judicial, Corte Suprema, tutela jurisdiccional sin corrupción, proceso sin dilaciones indebidas, transparencia y rendición de cuentas en el ámbito judicial, protección del usuario del servicio de justicia, y reforma en las cortes superiores. Señalaba que "*los problemas de la justicia no deben centrarse en la carencia de recursos financieros ni en el incremento del personal.*" Y agregaba que lo importante es "*(...), generar consensos básicos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán*".⁽⁶⁾

Durante el gobierno actual, se constituyó el **Acuerdo Nacional por la Justicia** integrado por los titulares de las instituciones que conforman el sistema de justicia. Inició sus acciones el 2 de noviembre de 2016. El referido acuerdo fue suscrito por el entonces Presidente del Poder Judicial, Víctor Ticona Postigo; el ex - Fiscal de la Nación, Pablo Sánchez Velarde; el entonces Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, Guido Águila Grados; la ex - Ministra de Justicia y Derechos Humanos, María Soledad Pérez Tello; y el ex - Presidente de la Academia de la Magistratura, Josué Pariona Pastrana⁽⁷⁾. A la fecha, según hemos sido informados, se ha reunido en trece oportunidades.

II. CONTEXTO ACTUAL. CRISIS Y OPORTUNIDADES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA

Pese a todos los esfuerzos realizados –algunos de mayor envergadura y solidez que otros- la crisis del sistema de justicia en el país continúa. Se ha hecho pública gracias a la divulgación de diversos audios por parte

(6) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "*Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú*", Informe N° 109, Lima, 2006, p.31.

(7) <https://www.minjus.gob.pe/acuerdo-nacional-por-la-justicia-3/>

de periodistas de investigación y medios de comunicación⁽⁸⁾, cuya valiosa labor se encuentra amparada por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos que reconocen las libertades de expresión, información y la reserva y protección de las fuentes de información. El rol cumplido por el periodismo de investigación, así como el de los policías, fiscales y jueces que autorizaron judicialmente la interceptación de comunicaciones y vienen realizando una investigación, ha resultado fundamental para evidenciar lo sucedido. Las instituciones de control a cargo del Ministerio Público, del Poder Judicial y, ciertamente, del Consejo de la Magistratura demostraron su incapacidad para detectar lo sucedido. Si no se hubieran revelado los audios todo continuaría igual.

La prisión preventiva del Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao, la suspensión de un cuestionado juez supremo, la remoción de todos los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, los impedimentos de salida del país de altos funcionarios del sistema de justicia, la renuncia presentada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, los audios difundidos del nuevo Fiscal de la Nación, la renuncia del ex - ministro de justicia, entre otros, constituyen ejemplos de la crisis que estamos atravesando y de la necesidad y urgencia de un cambio. El propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se ha visto impulsado a declarar en emergencia al Poder Judicial por un plazo de noventa días, solicitando la intervención de la Contraloría General de la República.

Se ha evidenciado la corrupción, el tráfico de influencias, la existencia de redes articuladas al interior de las instituciones del sistema de justicia, la presencia de intereses políticos y económicos y, en general, el poco interés por un servicio de justicia de cara a la ciudadanía. Y es que en muchas ocasiones las personas que acceden al sistema de justicia, sufren una doble afectación a sus derechos por el mal servicio que se les brinda. Ello contribuye a la percepción ciudadana de una justicia lenta, deshumanizada, corrupta, formalista que genera que las personas que acuden a ella se sientan doblemente victimizadas. Las marchas convocadas por colectivos de la ciudadanía exigiendo una reforma así lo evidencian.

Hasta la fecha no ha existido una decisión política real de los actores involucrados por un cambio efectivo. Más allá de las buenas intenciones, hemos podido apreciar esfuerzos aislados y desarticulados, sin resultados

(8) IDL REPORTEROS, "Corte y corrupción", en <https://idl-reporteros.pe/>

susceptibles de ser medidos objetivamente. La realidad ha ratificado que *“Hace falta voluntad política de todos los involucrados en el servicio de justicia para implementar la reforma. En 2004 el plan de la CERIAJUS no fue suficiente. Faltó la voluntad política (...)”*⁽⁹⁾. Es decir, la mayoría de las propuestas elaboradas para enfrentar los problemas estructurales de la justicia nunca se pudieron concretar. La debilidad institucional y estructural que existe en el país, lamentablemente encuentra en la justicia un ejemplo concreto.

Y es que no decimos nada nuevo cuando reconocemos que *“(...) con una reforma del sistema de justicia hay ganadores y perdedores, situados tanto dentro como fuera de él.”*⁽¹⁰⁾ Existen personas interesadas en que el sistema actual no cambie. La infiltración política y económica era un secreto a voces. Tal como está les resulta útil y funcional. Y para ello desarrollan diversos *“discursos”* o *“argumentos”* destinados a impedir, dificultar o retrasar un cambio. Muchas veces las formalidades legales son utilizadas como pretexto para mantener la situación actual. Incluso cuestionan de raíz toda propuesta en vez de aportar ideas para mejorarla. En una situación como la que atraviesa el país, resulta indispensable la unidad de todos los peruanos y peruanas para adoptar las primeras medidas que nos conduzcan a un cambio. Para ello, un factor indispensable es el consenso de todos los actores involucrados, especialmente la clase política, que permita avanzar con firmeza. Es imposible crecer económicamente en forma sostenida sin una institucionalidad sólida de nuestro sistema de justicia.

Coincidimos cuando se afirma que *“El desafío es llegar a un acuerdo más amplio sobre lo que está mal, qué es lo que se puede y debe remediar, y cómo hacerlo mejor. Dos importantes obstáculos para alcanzar estos objetivos son: (i) la falta de una buena información empírica y de comprensión sobre el verdadero desempeño del sector, y (ii) la cada vez mayor resistencia de los principales participantes institucionales a planificar de manera conjunta.”*⁽¹¹⁾ La Comisión

(9) DE BELAUNDE Javier, *“El Poder Judicial: la reforma siempre pendiente”*, en PÁSARA Luis (editor), *“Perú en el siglo XXI”*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2008, p.149.

(10) PÁSARA Luis, *“Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo”*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 186.

(11) HAMMERGREN Linn, *“La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras”*, en PÁSARA Luis (compilador), *“En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina”*, México: UNAM, 2004, p. 328.

ha podido constatar la ausencia de esta información empírica uniforme y articulada. Por ello, se ha tratado de contar con la mayor información posible en el breve plazo establecido para nuestra labor. Además, hemos constatado la ausencia de una planificación conjunta y concertada.

III. INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: DESIGNACIÓN DE COMISIÓN CONSULTIVA Y CONVOCATORIA A LEGISLATURA EXTRAORDINARIA.

La crisis actual ha desnudado lo que se sabía pero que carecía de evidencias concretas. Lo sucedido ha abierto un espacio para el cambio. Este no puede lograrse de la noche a la mañana. Hay que aprovechar la experiencia con la que ya se cuenta y tratar de superar los obstáculos que se conocen. En este contexto, el Presidente de la República, a través de la **Resolución Suprema N° 142-2018-PCM**, publicada el viernes 13 de julio del presente año, creó la Comisión Consultiva denominada "*Comisión de Reforma del Sistema de Justicia*", dependiente de la Presidencia de la República (artículo 1).

Tiene por objeto proponer **medidas urgentes y concretas** para reformar el Sistema de Justicia a fin de aportar a la construcción de una justicia eficaz, oportuna, transparente, eficiente e incorruptible (artículo 2). Agrega que a los doce días de su instalación, la Comisión presentará al Presidente de la República un **informe con recomendaciones** de medidas urgentes y concretas para la reforma del sistema de justicia. Dicho informe incluirá la propuesta de creación de un mecanismo de coordinación y articulación de los diversos actores del sistema de justicia, que garantice la sostenibilidad de una reforma integral (artículo 6).

La Comisión, integrada por Allan Wagner Tizón, quien la preside; Delia Revoredo Marsano; Hugo Sivina Hurtado; Samuel Abad Yupanqui; Eduardo Vega Luna; Ana Teresa Revilla Vergara y Walter Albán Peralta, se instaló el viernes 13 de julio en Palacio de Gobierno con la presencia del Presidente de la República. Ha sesionado todos los días desde esa fecha hasta la entrega de su Informe al Presidente de la República el miércoles 25 de julio, dentro del plazo de doce días establecido.

Durante el trabajo de la Comisión y ante la crisis de legitimidad del Consejo Nacional de la Magistratura, el Presidente de la República convocó al Congreso a través del Decreto Supremo N° 076-2018-PCM de 17 de julio

de 2018 a legislatura extraordinaria “a fin de que se debata: la remoción de todos los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, en aplicación del artículo 157 de la Constitución Política del Perú”⁽¹²⁾.

Luego del Informe N° 001-2017- 2018-CJDH/CR aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República⁽¹³⁾, el 20 de julio el Pleno del Congreso a través de la Resolución Legislativa N° 016-2017-2018-CR acordó por unanimidad remover a los consejeros Orlando Velásquez Benítez, Sergio Iván Noguera Ramos, Julio Atilio Gutiérrez Pebe, Baltazar Morales Parraguez, Hebert Marcelo Cubas, Guido Águila Grados y Maritza Aragón Hermoza, conforme a lo dispuesto por el citado artículo de la Constitución.

IV. METODOLOGÍA DE TRABAJO DE LA COMISIÓN

Existieron dos aspectos centrales que se tomaron en cuenta para el diseño de la metodología de trabajo de la Comisión. Por un lado, el objetivo trazado: formular medidas urgentes y concretas para reformar el sistema de justicia, incluyendo la propuesta de creación de un mecanismo de coordinación y articulación de los diversos actores del sistema de justicia. Y de otro, el plazo de doce días establecido por la Resolución Suprema N° 142-2018-PCM. Es decir, un breve plazo en el cual no era factible proponer una reforma completa que incorpore todas las medidas necesarias para una reforma integral de la justicia en el país, con el cronograma y el presupuesto necesarios. Recuérdese que la Ley N° 28083, otorgó a la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS, un plazo de ciento ochenta días para formular el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Por ello, la Comisión se ha concentrado en proponer las primeras medidas para un cambio.

(12) *Artículo 157.- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pueden ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros.*

(13) Según la Resolución Legislativa N° 016-2017-2018-CR “el Informe N° 001-2017-2018-CJDH/CR, ha señalado que los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura han menoscabado la dignidad del cargo y generado el desprestigio del Consejo Nacional de la Magistratura, han infringido el principio democrático, han vulnerado el estado constitucional de Derecho y han quebrantado las reglas constitucionales de convivencia política, configurándose causa grave conforme al artículo 157 de la Constitución Política del Perú”.

Tomando en cuenta lo anterior, la Comisión ha revisado todas las propuestas mencionadas en el primer apartado del presente Informe, los diversos documentos y propuestas remitidos por instituciones y personas a las que agradecemos sus importantes aportes, así como un número importante de proyectos de ley presentados al Congreso de la República en los últimos años. Además, la Comisión ha realizado diversas reuniones de trabajo con los principales actores involucrados⁽¹⁴⁾. De esta manera, se ha podido comprobar el interés ciudadano por un cambio y la expectativa que ha generado el trabajo de la Comisión. También es consciente que *“No existe un diseño de reforma modelo. (...), las reformas factibles solo pueden ser diseñadas de cara a la situación del país donde debe alcanzar resultados”* ⁽¹⁵⁾

Resulta importante tomar en cuenta algunas opiniones de expertos sobre los procesos de reforma de la justicia que se han llevado a cabo en América Latina. La Comisión comparte la opinión según la cual: *“Se puede concordar en que las reformas dependen de cuatro elementos: un buen diagnóstico de los problemas que deben ser resueltos; la elección de soluciones apropiadas; la aptitud para ponerlas en ejecución; y la capacidad para vencer la oposición al cambio.”*⁽¹⁶⁾. Y, además, que es *“(...) recomendable que cualquier programa de reformas empiece poniendo énfasis en las quejas de los ciudadanos (...) y vincular directamente cualquier inversión y actividad futuras con su mejoramiento.”* ⁽¹⁷⁾

Por ello, el trabajo de la Comisión no ha pretendido efectuar un nuevo diagnóstico del sistema de justicia en el Perú. Se ha basado en los trabajos ya existentes⁽¹⁸⁾, y en la escasa información estadística con la que se cuenta. La crisis de legitimidad del sistema de justicia, que reconocen

(14) Se llevaron a cabo reuniones con el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, la Jefa de la Oficina de Control de la Magistratura, el Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, la Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministro del Interior, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Jefe de la Unidad de Inteligencia Financiera, representantes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros.

(15) PÁSARA Luis, *“Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo”*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 276.

(16) PÁSARA Luis, *“Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo”*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 179.

(17) HAMMERGREN Linn, Ob. Cit., pp. 331-332.

(18) Cfr. SECRETARÍA TÉCNICA. COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, *“Los problemas de la*

los diversos diagnósticos, ha quedado evidenciada con las revelaciones efectuadas gracias a la labor de los medios de comunicación.

A partir de las consideraciones expuestas, la Comisión ha seleccionado los aspectos clave para el inicio de una reforma.

V. RECOMENDACIONES: PRIMERAS MEDIDAS PARA UN CAMBIO

En atención a lo anterior, la Comisión ha seleccionado los temas que estima necesario implementar para proceder a un cambio, evitando planteamientos generales y tratando de efectuar recomendaciones concretas con su respectiva fundamentación que culminan, cuando corresponda, con una propuesta normativa o medidas de otra naturaleza. Ello debe ir de la mano con el firme compromiso del Poder Ejecutivo de priorizar el presupuesto público en la ejecución de tales propuestas. No se trata de un gasto público sino de una inversión en institucionalidad.

Se reitera que cada una de las propuestas aquí formuladas requiere del consenso necesario con las fuerzas políticas presentes en el Congreso de la República, así como el compromiso por un cambio de parte de los diversos actores que conforman el sistema de justicia.

Además, el desarrollo de las propuestas considera necesario incorporar un enfoque de género en el sistema de justicia. Se trata de más del cincuenta por ciento de la población del país (50.8%, según datos del INEI⁽¹⁹⁾) que encuentra en el acceso al sistema de justicia una doble forma de victimización, especialmente cuando se trata de violencia contra la mujer.

A continuación, se desarrollan las propuestas a la que ha arribado la Comisión. Se debe indicar que el texto normativo propuesto que incluye la exposición de motivos y la fórmula legal forma parte del **ANEXO A** del presente Informe.

Justicia en el Perú: hacia un enfoque sistémico. Diagnóstico Interinstitucional", Lima: CAJ, 2004.

(19) <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/poblacion-del-peru-totalizo-31-millones-237-mil-385-personas-al-2017-10817/>

1. Creación de la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial y en el Ministerio Público.

Recomendación N° 1: Proyecto de Ley Orgánica que crea la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial y el Ministerio Público. Sus respectivos titulares son elegidos por concurso público. Para ello se modifican los artículos pertinentes de las leyes orgánicas y de carrera del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Como recientemente lo ha indicado el Presidente de la Sociedad Nacional de Industrias, *“la corrupción judicial tiene un costo para el Perú que podría superar los cuatro mil millones de soles; además que deteriora la competitividad y desarrollo del país.”*⁽²⁰⁾ Pese a ello, conforme lo recuerda un Informe elaborado por el Acuerdo Nacional por la Justicia (julio, 2017): *“No existe un diagnóstico situacional integral y actualizado sobre la corrupción, lo cual dificulta la identificación de las causas y los desafíos más graves vinculados a la corrupción que afectan a las instituciones de justicia. Existe un marco normativo y una política institucional en las instituciones del SAJ, en los cuales confluyen una multiplicidad de órganos e instituciones encargadas del control disciplinario de magistrados y fiscales sin que existan mecanismos formales de coordinación entre ellos”.*⁽²¹⁾

En efecto, en la actualidad el diseño normativo del control interno respecto a las conductas de jueces y fiscales es complejo, intervienen diversos organismos y no ha podido enfrentar los graves casos de corrupción que se han detectado. Con mayor detalle, una jueza superior que en su momento formó parte de la Oficina de Control de la Magistratura – OCMA, lo describe señalando que *“se ha regulado un control disciplinario que presenta ciertas peculiaridades en atención al grado del juez y el tipo de sanción a imponerse”.* Y agrega:

*“(…) tratándose de jueces de paz letrados, jueces especializados o mixtos y jueces superiores, la competencia es exclusiva del Poder Judicial, siempre que las sanciones que se impongan sean las de amonestación, multa y suspensión. Se trata de un **control interno**, por cuanto se realiza en la*

(20) <http://www.sni.org.pe/sni-corrupcion-judicial-le-cuesta-al-peru-cuatro-mil-millones-soles/>

(21) https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/08/06_Acuerdo-Nacional-por-la-Justicia-Nota-conceptual-para-difusi%C3%B3n.pdf

misma esfera de la institución en la que se desenvuelven los jueces sometidos a control.

*Si la infracción (...) amerita la sanción de destitución, se establece un modelo con **control mixto**, por cuanto intervienen tanto el Poder Judicial como el CNM. En este caso, el procedimiento disciplinario se inicia y tramita ante el órgano de control del Poder Judicial y solo si este considera que la falta imputada merece la sanción de destitución, (...), remite los actuados al CNM.*

*Finalmente, si la infracción (...) es imputable a los jueces de la Corte Suprema, la competencia es exclusiva del CNM, configurándose un modelo de **control externo**. (...) solo si –concluido el procedimiento disciplinario ante el CNM– este considera que la responsabilidad se encuentra acreditada, pero merece la imposición de una sanción menor a la de destitución, (...) devuelve los actuados al Poder Judicial.” (22)*

Por su parte, en el Ministerio Público, el control está a cargo de la Fiscalía Suprema de Control Interno y de la Junta de Fiscales Supremos. Además, cuenta con Oficinas Desconcentradas de Control Interno del Ministerio Público, lideradas por un Fiscal Superior.

Además, hay que considerar que de acuerdo con la Constitución (artículos 99 y 100)⁽²³⁾ los jueces y fiscales supremos cuentan con un tratamiento especial si la conducta imputada constituye un delito de función

(22) CASTAÑEDA OTSU Susana Ynes, “Responsabilidad disciplinaria de los jueces”, Lima: Jurista Editores, 2012, pp. 527-528.

(23) **Artículo 99.-** *Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.*

Artículo 100.- *Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente. La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos. Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.*

(“*antejuicio*”) o una infracción de la Constitución (“*juicio político*”). Es decir, tratándose de un delito cometido por un juez o un fiscal supremo el Congreso de la República debe previamente intervenir para determinar si la denuncia pasa al Ministerio Público y al Poder Judicial, o si ella se archiva. En estos casos el criterio no ha sido necesariamente jurídico.

Así por ejemplo, tratándose de la denuncia constitucional presentada por el Fiscal de la Nación, Pablo Sánchez Velarde, contra un ex - magistrado del Tribunal Constitucional por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo específico al resolver el habeas corpus presentado por Roberto Torres Gonzales, ex - Alcalde de Chiclayo (Exp. N° 04298-2012-PA/TC), la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso archivó el caso sin mayor trámite (junio 2016), con lo cual el caso no pudo ser investigado por el Poder Judicial (Denuncia Constitucional N° 369) ⁽²⁴⁾.

Desde la propuesta formulada por la CERIAJUS se planteaba la creación de una “*Unidad Anticorrupción*”, así como una “*Unidad de Investigación patrimonial y financiera*” para revisar el movimiento patrimonial de los jueces y fiscales. Asimismo, se proponía potenciar la “*Unidad de atención de quejas ciudadanas*” y la transparencia judicial para que todas las resoluciones se publiquen y sean de fácil acceso.

En este contexto, la Comisión estima conveniente un cambio sustantivo, que permita:

- a) Contar con un organismo de control interno en el Poder Judicial y el Ministerio Público distinto al que existe en la actualidad, que cuente con una Autoridad Nacional de Integridad y Control cuyo titular sea elegido por concurso público de méritos.
- b) Introducir la práctica del “*Compliance público*” en materia de justicia y promover un control preventivo y no solo posterior, identificando previamente las áreas posibles de riesgo, tal como se desarrolla en los proyectos de leyes orgánicas respectivos.

(24) <https://portal.mpf.n.gob.pe/descargas/normas/r43615.pdf>. Votaron por la improcedencia de la acusación los congresistas Javier Velásquez Quesquén, Enrique Wong, Santiago Gastañudi y José León. Votaron a favor de la acusación los congresistas Rolando Reátegui y Mario Falconí. El Presidente de la Subcomisión, Víctor Andrés García Belaunde se abstuvo.

Asimismo, la Comisión estima conveniente proponer una reforma constitucional y legal que permita el acceso directo al secreto bancario y a la reserva tributaria por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF, información que sería compartida con los organismos de control del sistema de justicia que se proponen en el presente Informe. Una fórmula legal podría contar con la siguiente redacción:

Artículo Primero.- *Modifíquese el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución Política, en los términos siguientes:*

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

5. *A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.*

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, de una comisión investigadora del Congreso o la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú, con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

Artículo Segundo.- *Modifíquese el artículo 3-A° de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera –Perú, en los términos siguientes:*

*“Artículo 3-A.- Acceso **directo** al secreto bancario y la reserva tributaria*

La información sobre secreto bancario y reserva tributaria a la que accede la UIF-Perú para fines de inteligencia financiera solo puede ser utilizada en la investigación de los hechos que la motivaron y compartida con las autoridades competentes, encontrándose el titular y el personal de la UIF-Perú que hubiere tomado conocimiento de esta información, sujetos al deber de reserva de información, previsto en el artículo 372 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y el deber de reserva, previsto en el artículo 12 de la Ley, bajo responsabilidad.”

2. Reforma constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura.

Recomendación N° 2: Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura que modifica los artículos 155 y 156 de la Constitución eliminando el sistema de representación en la elección de los consejeros y reemplazándolo por un concurso público de méritos. Asimismo, se propone cambiar el perfil y composición de sus integrantes. Y, a través de una disposición transitoria, se autoriza la revisión de los nombramientos y ratificaciones realizadas por el Consejo Nacional de la Magistratura cuyos integrantes fueron removidos por el Congreso.

Una reforma del sistema de justicia no solo requiere contar con “*buenas leyes*” sino fundamentalmente con “*buenos jueces y fiscales*”⁽²⁵⁾; para ello es indispensable contar con una institución que los seleccione y evalúe. El Consejo Nacional de la Magistratura, introducido por la Constitución de 1993, se aprobó con expectativas pero ha perdido toda legitimidad. Nombra jueces y fiscales, los ratifica cada siete años y puede destituirlos. Se creó para despolitizar los nombramientos de jueces y fiscales, evitando la intervención del Ejecutivo y del Congreso en su designación, como sucedía en la Constitución anterior (1979).

Los Consejos de la Magistratura aparecen en Europa⁽²⁶⁾ y se trasladan a América Latina. Marcan la diferencia con el modelo norteamericano, por ejemplo, donde los jueces son designados por el Presidente con aprobación del Senado. La Constitución de 1993, para garantizar su independencia e imparcialidad, evitó la presencia del Ejecutivo y del Congreso en su conformación. Conforme al texto constitucional vigente lo integran siete miembros elegidos, por cinco años, por la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, las universidades nacionales y particulares, los Colegios de Abogados y los demás Colegios Profesionales. Este modelo ha fracasado.

(25) ATIENZA Manuel, “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, en “Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos”, México: Porrúa - UNAM, 2004, p. 19.

(26) ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Estructuras judiciales”, Buenos Aires: Ediar, 1994, pp. 217 y ss.

En la experiencia comparada, existen consejos integrados mayoritariamente por jueces y aquellos que tienen una composición plural⁽²⁷⁾. También varía el número de sus integrantes. En el Perú, la Comisión de Reforma Constitucional del Poder Judicial (1993) y el Colegio de Abogados de Lima, propusieron una conformación del Consejo Nacional de la Magistratura, distinta a la Carta de 1979, que inspiró la ponencia de la mayoría cuando se elaboró la Constitución de 1993. En un momento se pretendió retroceder -sin éxito- a una elección por el Ejecutivo, el Congreso y la Corte Suprema⁽²⁸⁾.

Desde hace algún tiempo se viene planteando la necesidad de una reforma del Consejo Nacional de la Magistratura⁽²⁹⁾. Si bien no existe una fórmula perfecta, la Comisión propone una reforma constitucional de los artículos 155 y 156 de la Constitución en los términos siguientes:

- a) Modifica la actual conformación de los integrantes del Consejo y la reemplaza por una elección por concurso público de méritos a cargo de una Comisión Especial integrada por los órganos que forman parte del sistema de justicia y con el apoyo técnico de la Autoridad Nacional del Servicio Civil. Asimismo, cambia el perfil y composición de los integrantes del Consejo
- b) Mantiene sus funciones de selección, ratificación y destitución de jueces y fiscales.
- c) Aplicando los principios de igualdad, no discriminación y de participación igualitaria de mujeres y hombres en la selección de las personas que forman parte del sistema de justicia, se propone una participación equilibrada de ambos sexos. A manera de ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que los Estados Partes al seleccionar a los magistrados deben tener en cuenta que en su composición haya una *“representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres”* (Artículo 36, numeral 8, literal a, iii).

(27) SAGUES Néstor, “El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial”, Buenos Aires: LexisNexis, 2005, p. 267.

(28) CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Diario de Debates”, Pleno, Tomo II, p. 1375

(29) SILVA DEL CARPIO Cruz, “Paren la farsa. Apuntes sobre la elección y la fiscalización a los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura”, Lima: Instituto de Defensa Legal Justicia Viva, 2016, pp. 103 y ss.

- d) Encarga al nuevo Consejo Nacional de la Magistratura la revisión de los nombramientos y ratificaciones efectuadas por el anterior.
3. **Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra las mujeres e Integrantes del Grupo Familiar: las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencias**

Recomendación N° 3: Aprobar el 28 de julio el Proyecto de Decreto Legislativo elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables que crea el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar ratificando el compromiso político del gobierno de garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias. Asimismo, manifestar el compromiso del Poder Ejecutivo de apoyar la revisión de los procesos penales, lesivos al debido proceso, en favor de las víctimas de violencia contra la mujer, niñas, niños y adolescentes a través del proceso de amparo.

El Estado peruano ha aprobado la *“Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”* (CEDAW), a través de la Resolución Legislativa N° 23432 de 04 de junio de 1982, que constituye un tratado sobre derechos humanos y, por tanto, tiene jerarquía constitucional. En su artículo 2 inciso c) señala que los Estados partes *“convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”* y se comprometen a *“c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”*.⁽³⁰⁾

El 2 de abril de 1996, Perú ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26583 del 11 de marzo del mismo año. En su preámbulo reconoce que la violencia contra las mujeres *“es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las*

(30) Asimismo, su artículo 5 literal a) precisa que: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: (...) a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;”*

relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres (...)". Establece el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (Artículo 3). De acuerdo con sus alcances, los Estados Partes convienen en adoptar, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Entre ellas: establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; así como, establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

En este contexto, la Ley N° 28983 Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, publicada el 16 de marzo del 2007, dispone:

“Artículo 7.- De los lineamientos del Poder Judicial y del Sistema de Administración de Justicia

Para los efectos del cumplimiento de la presente Ley, serán lineamientos del Poder Judicial y del Sistema de Administración de Justicia, los siguientes:

- a) *Garantizar el acceso a la justicia en igualdad de oportunidades, impulsándose la modificación de concepciones, actitudes y valores discriminatorios de los operadores de justicia.*
- b) *Implementar políticas que permitan el desarrollo de procedimientos justos, efectivos y oportunos para la denuncia y sanción de todas las formas de violencia sexual; asimismo, la reparación del daño y el resarcimiento de las personas afectadas, eliminando los obstáculos para el acceso a la justicia, en particular de las mujeres rurales, indígenas, amazónicas y afroperuanas.*
- c) *Desarrollar programas de formación y capacitación del personal de la administración de justicia y de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley, incorporando en dichos programas, contenidos sobre género, interculturalidad y derechos humanos de las mujeres y hombres.”*

En la actualidad, existe una “Comisión de Justicia de Género” en el Poder Judicial cuyo Plan de Actividades tiene como uno de sus objetivos generales implementar la transversalización del enfoque de género en la planificación institucional y en los procesos internos (Resolución

Administrativa N° 088-2017-CE-PJ, publicada el 29 de marzo de 2017). No sucede lo mismo en el Ministerio Público.

Las citadas normas, la reciente creación de una Comisión en el Poder Judicial y el contexto de violaciones a los derechos de las mujeres, evidencian que “[l]a aplicación de la justicia tiene que tomar en consideración la cuestión de género desde un enfoque transversal propiciando la incorporación de métodos que incluyan la igualdad en la resolución de conflictos en los sistemas judiciales nacionales, (...)”⁽³¹⁾. Sin embargo, los esfuerzos realizados resultan claramente insuficientes. En Colombia, por ejemplo, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, cuenta con lineamientos plasmados en el documento titulado: “*Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*”⁽³²⁾. Esto aún no sucede en nuestro país.

Según información proporcionada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en el año 2017 los Centros de Emergencia Mujer a cargo del citado Ministerio atendieron 95,317 casos de violencia contra la mujer y otros integrantes del grupo familiar. Y entre los meses de enero a abril del presente año se atendieron 40,212 casos. Tratándose de los casos de feminicidio las cifras evidencian la grave situación que afecta a las mujeres: el 2017 se presentaron 121 casos de feminicidio y 247 casos de tentativa del mismo delito. Entre enero y de 2018 ocurrieron 70 feminicidios⁽³³⁾. Uno de los casos más graves ha sido el de Eyvi Agreda, una joven de 22 años víctima de feminicidio. Su agresor le roció combustible y prendió fuego cuando estaba en un ómnibus de servicio público en el distrito de Miraflores. Según el Observatorio Nacional de la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables “*En el Perú cada mes 10 mujeres son víctimas de feminicidio. La causa principal es el machismo que considera a las mujeres propiedad de los varones y usa la violencia para controlarlas*”⁽³⁴⁾.

Lamentablemente, cuando se formulan las denuncias se inicia una ruta que victimiza nuevamente a la mujer agredida: el sistema de justicia

(31) ETXEBARRIA Ane, “Género y Poderes Judiciales: Panorama de América Latina”, Centro Regional de Servicios PNUD para América Latina y el Caribe, 2011, p.8.

(32) <http://colombia.unfpa.org/es/publicaciones/criterios-de-equidad-para-una-administraci%C3%B3n-de-justicia-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero>

(33) <https://www.mimp.gob.pe/contigo/contenidos/pncontigo-articulos.php?codigo=39>

(34) <https://observatorioviolencia.pe/>

termina favoreciendo al agresor y, en definitiva, permite su impunidad. El reciente testimonio publicado por una conocida periodista víctima de violencia física y psicológica así lo evidencia.⁽³⁵⁾

3.1. Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra la Mujeres

En este contexto, resulta indispensable implementar un sistema de justicia especializado en violencia de género para la aplicación de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los otros integrantes del grupo familiar. Se justifica para atender las denuncias que se presentan y evitar la reincidencia que en la mayoría de los casos deviene en riesgo de femicidio. La realidad así lo exige. De otro lado, debe articularse la asesoría legal que se brinda a través de los Centros de Emergencia Mujer con la defensa legal gratuita del Ministerio de Justicia y contar con un equipo de abogados y abogadas del Estado especializados en la defensa de las mujeres. Asimismo, contar con el respaldo efectivo del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Policía Nacional para su implementación.

Ello con la finalidad de fortalecer la prevención, atención, protección y asistencia legal, psicológica y médica, y la recuperación de las mujeres víctimas de violencia. En la regulación y tratamiento de la violencia de género es imprescindible que los países *“promuevan en mayor medida la prevención, fortalezcan la institucionalidad de respuesta a las víctimas, las medidas que eviten la revictimización, y que impidan ante todo el incremento del riesgo para la vida, seguridad y en general los derechos de las mujeres y de sus hijos”*⁽³⁶⁾.

Desde el Poder Ejecutivo se ha promovido la aprobación de la Ley N° 30823, publicada el 20 de julio, que delega la facultad de legislar para fortalecer el marco jurídico para la prevención y protección de violencia contra la mujer y grupo familiar y crea el Sistema Nacional Especializado

(35) ALVAREZ Lorena, “No te mato porque te quiero. Mujeres víctimas de la violencia en el país de la impunidad”, Lima: Planeta, 2018.

(36) LONDOÑO TORO Beatriz, Leticia Olga Rubio y Juan Fernando Castro, “La violencia de género no tiene fronteras. Estudio comparativo de las normativas colombiana y española en materia de violencia de género (2004-2014)”, en Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, N° 38, 2017, p. 150.

de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra la Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar (Artículo 2, literal b, numeral 4).

La Comisión considera que los aspectos centrales que debería contener el Decreto Legislativo, cuya elaboración corresponde al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, que se dicte al amparo de la delegación de facultades serían:

- a) Determinar las instituciones que formarán parte de este sistema especializado. A juicio de la Comisión, debería comprender al Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. La Academia de la Magistratura deberá implementar un módulo especializado para capacitar a los jueces, fiscales y al personal jurisdiccional que forme parte del sistema, en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
- b) Establecer la competencia nacional del sistema para investigar y sancionar los delitos de feminicidio, violación sexual, lesiones, cuando la víctima es una mujer o un integrante del grupo familiar, entre otros.
- c) Dotarlo del presupuesto público necesario, personal capacitado y especializado en violencia de género y a dedicación exclusiva, para garantizar la investigación, sanción y reparación de las víctimas. La falta de especialización, de protocolos y guías de actuación interinstitucionales, configura un entorno de impunidad y de vulneración de los derechos de las mujeres.
- d) Coordinar con el Poder Judicial y el Ministerio Público para la creación de juzgados y Salas especializadas en los distritos judiciales y fiscales del país. Al Ministerio Público le corresponde una mejora sustantiva de la atención que brinda el Instituto de Medicina Legal.
- e) Desde el Poder Ejecutivo disponer la especialización y capacitación al interior de la Policía Nacional del Perú, así como de los defensores públicos dependientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Asimismo, incrementar el número de Centros de Emergencia Mujer en las Comisarías. En definitiva, debe dotar al

sistema recién creado del presupuesto necesario para su adecuado funcionamiento.

3.2. Revisión de sentencias de violencia contra la mujer, niñas, niños y adolescentes a través de procesos de amparo en las cuales existan indicios de vulneración al debido proceso

La revelación de los audios ha permitido conocer hechos graves que evidencian la corrupción y la falta de imparcialidad de algunos jueces al resolver casos sobre abuso sexual. “¿Qué es lo que quieren? ¿Qué le baje la pena o que lo declaren inocente?” Son las palabras de un juez de la Corte Suprema refiriéndose al caso de abuso sexual de una menor. En la actualidad dicho juez ha sido suspendido y su investigación está a cargo de las autoridades competentes. Este es un ejemplo, y podría haber más, que evidencian la ausencia de un debido proceso. Al respecto, se ha planteado la revisión de los casos. Sin embargo, no se han formulado alternativas concretas para hacerlo. La Comisión considera que una posibilidad, que no implica modificar ninguna norma legal, sería que la persona con legitimidad para actuar pueda presentar una demanda de amparo contra la sentencia en la que se absuelve o rebaje la pena a un violador.

En efecto, la Constitución señala en su artículo 200 inciso 2) que el amparo no procede “*contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular*”. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional regula la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. La citada norma señala 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.*”. El Tribunal Constitucional en el caso Apolonia Ccollcca (STC N° 3179-2004-AA/TC) amplió el criterio asumido por el Código Procesal Constitucional, pues considera que todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces y no sólo la tutela procesal efectiva⁽³⁷⁾.

(37) STC N° 3179-2004-AA/TC (...) *es inadmisibile desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso “irregular” sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal “irregularidad” no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional” (F.J. 14, b).*

Existen determinados presupuestos para la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. En primer lugar, que las resoluciones cuestionadas tengan la condición de firmes. En segundo lugar, la resolución objeto de amparo debe estar referida al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. En el presente caso, se alegaría la vulneración del derecho al debido proceso. En tercer lugar, la resolución objeto de cuestionamiento debe evidenciar un “*manifiesto agravio*” a derechos fundamentales. Así por ejemplo, los elementos probatorios serían los audios que evidencian la conducta de un juez que lesiona el debido proceso.

Si bien, el plazo para interponer una demanda de amparo contra resoluciones judiciales es de treinta días hábiles (Código Procesal Constitucional, artículo 44). Es posible sostener que en la medida que los audios se hicieron públicos tiempo después de dictada la sentencia, el plazo no puede computarse desde su notificación sino desde que aparecieron indicios razonables de afectación al debido proceso. En ciertas ocasiones el Tribunal Constitucional ha efectuado interpretaciones menos literales debido a la relevancia de los derechos y bienes jurídicos a proteger (STC N° 05296-2007-PA, FJ 9, STC N° 05961-2009-PA, FJ 21 b, STC N° 02330-2011-PA/TC, FJ 4).

A partir de las consideraciones expuestas, la Comisión recomienda al Poder Ejecutivo que pueda detectar los casos en que ello ha sucedido y apoye a las víctimas que soliciten revisar las sentencias lesivas al debido proceso a través de la interposición de demandas de amparo.

4. Descarga procesal: elaboración de plan de descarga procesal para disminuir el elevado número de procesos judiciales de pensiones a cargo de la ONP (Régimen D.L. N° 19990) y exclusión de la intervención del Ministerio Público en procesos contenciosos administrativos

Recomendación N° 4: Disponer que la Oficina de Normalización Previsional - ONP presente, en el término de quince días, un plan de descarga procesal que incluya una evaluación de sus abogados externos, en base a estándares éticos y respetuosos de los derechos de las personas adultas mayores, que han iniciado demandas de amparo y contencioso administrativas correspondientes al régimen del Decreto Ley N° 19990. Asimismo, implementar mecanismos que faciliten el acceso a los expedientes administrativos de pensiones a los jueces y a los pensionistas en tiempo real, a fin de evitar trámites procesales innecesarios.

Todos los diagnósticos respecto a la situación de la justicia en el país señalan que es sumamente lenta debido, entre otros factores, a la elevada carga procesal tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público. Ello afecta el derecho a una tutela judicial efectiva. La Comisión es consciente de esta situación. Sin embargo, toma nota que una propuesta que contribuya a revertirla requiere de un cambio estructural. Como consecuencia de la revisión de propuestas existentes y de las reuniones realizadas, se ha detectado dos aspectos que pueden contribuir a un cambio, reconociendo que el camino para reducir la carga procesal requiere reformas de mayor envergadura.

4.1. Procesos de pensiones iniciados por personas adultas mayores donde el Estado es demandado (régimen del D.L. N° 19990): ONP deberá elaborar un Plan de descarga procesal

El régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990, cuenta con topes con montos de pensiones muy bajas, y genera una constante reclamación por parte de personas adultas mayores que desean acceder a una pensión o quienes consideran que no se les ha computado correctamente sus años aportación. En estos casos, el Estado es parte demandada en innumerables procesos que terminan afectando a personas adultas mayores y, además, incrementan la carga del sistema de justicia, tanto en procesos de amparo como en procesos contenciosos administrativos. También existen cuestionamientos respecto a que la ONP no siempre facilita el acceso a la información necesaria y suele dilatar el cumplimiento de las sentencias. Así fluye del Informe Defensorial N° 121 *“Propuestas para una reforma de la justicia contenciosa-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”* cuando señala, refiriéndose a las pensiones, que *“En cuanto a las entidades demandadas, una importante cantidad de casos son planteados contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP)”*⁽³⁸⁾. Del mismo modo, en el Informe Defensorial N° 172, respecto a las entidades demandadas a través de procesos de amparo, se decía que *“El 88% de demandas presentadas contra el Estado se concentraron en pocas entidades de la administración pública”* y que *“El 29% de demandas estuvieron dirigidas contra la ONP, siendo así la entidad pública más*

(38) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe Defensorial N° 121 *“Propuestas para una reforma de la justicia contenciosa-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”*, Lima, junio, 2007, p. 169.

demandada.⁽³⁹⁾ Según información proporcionada por funcionarios de la ONP al mes de mayo del presente año existen aproximadamente 70,000 expedientes en trámite de la ONP.

De acuerdo a cifras de la ONP, el gasto anual en la contratación de abogados externos para el patrocinio de los procesos a su cargo asciende a sumas muy elevadas. Se citan cifras de los últimos cinco años: S/. 12,882,269.94 (2013), S/. 14,506,053.05 (2014), S/. 21,575,448.10 (2015), S/. 20,434,898.80 (2016) y S/. 15,152,125.98 (2017). Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en la STC N° 05561-2007-PA/TC, publicada en su página web el 26 de marzo de 2010, *“como un Estado de Cosas Inconstitucional, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra”* Y, en consecuencia:

- a) *“ORDENA a las instancias judiciales que tienen en curso procesos en los que la pretensión esté referida al pago de intereses o devengados como consecuencia de la actuación renuente y unilateral de la ONP, apliquen los criterios jurisprudenciales de este Colegiado, dando por concluidos los procesos judiciales relacionados a reclamos de los pensionistas e imponiendo las medidas disciplinarias a que hubiera lugar a los abogados patrocinantes.*
- b) *ORDENA a la ONP para que en los próximos 3 días posteriores a la publicación de la presente sentencia, se allane o se desista de toda demanda constitucional que tuviera en curso y en el que la única pretensión esté referida a la misma materia de la presente demanda, bajo apercibimiento para el titular del pliego de incidir en desacato a la autoridad judicial.”*

En consecuencia, la Comisión considera relevante que el Poder Ejecutivo asuma el compromiso de establecer mecanismos efectivos que permitan una descarga procesal de este tipo de procesos y, por ello, recomienda:

- a) Disponer que la Oficina de Normalización Previsional - ONP presente, en el término de quince días, un plan de descarga procesal que incluya una evaluación de sus abogados externos en base a estándares éticos

(39) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe Defensorial N° 172, “Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional”, Lima, noviembre, 2015, pp. 23-24.

y respetuosos de los derechos de las personas adultas mayores que han iniciado demandas de amparo y contencioso administrativas correspondientes al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990. Asimismo, que evalúe medidas de urgencia para disponer, con carácter excepcional, la conclusión de los procesos en trámite.

- b) Implementar mecanismos que faciliten el acceso a los expedientes administrativos de pensiones a los jueces y a los pensionistas en tiempo real, a fin de evitar trámites procesales innecesarios. Ello debe incluir el acceso al sistema con el que cuenta la ONP para efectuar el cálculo automático de las pensiones.

4.2. Proceso contencioso administrativo

Recomendación N° 5: Proyecto de Ley que elimina la intervención del Ministerio Público en todos los procesos contencioso administrativos modificando los artículos 16 y 28 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo

En los procesos contencioso administrativos interviene el Ministerio Público por disposición legal (Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS). Ello no resulta necesario en un contexto en el cual los fiscales provinciales, superiores y supremos podrían abocarse a otras funciones, como por ejemplo, formar parte del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar. No se trata de una propuesta novedosa. A manera de antecedente, podemos recordar que el Código Procesal Constitucional, vigente desde diciembre del 2004, excluyó de la intervención en todos los procesos constitucionales al Ministerio Público.

Según el Anuario Estadístico 2017 del Ministerio Público, en la actualidad cuenta con quince fiscales en la especialidad contenciosa administrativa. En la Fiscalía Suprema existe una Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo y una Transitoria las cuales, durante el año 2017, recibieron 2,503 y 2,616 casos, respectivamente, de un total de 24,487 casos ingresados al total de Fiscalías Supremas⁽⁴⁰⁾.

(40) MINISTERIO PÚBLICO. FISCALÍA DE LA NACIÓN, "Anuario Estadístico 2017", Lima, p. 28.

De acuerdo a un Informe de la Defensoría del Pueblo “*En los hechos, la emisión del respectivo dictamen fiscal agrega poco valor al proceso*”. Considera que “*Al margen de la buena o mala calidad de los dictámenes fiscales, surge la duda sobre si el Ministerio Público debe seguir interviniendo en el proceso. Al respecto, se debe optar por su no intervención (...)*”⁽⁴¹⁾.

A juicio de la Comisión, debe eliminarse la intervención del Ministerio Público en los procesos contencioso administrativos:

- a) Esta propuesta no vulnera la Constitución ni la autonomía del Ministerio Público, pues el artículo 159 inciso 6) dispone que emite dictamen “*en los casos que la ley contempla*”.
- b) Y, precisamente, la exclusión que la Comisión propone se efectúa a través de una norma con rango de ley que modifica los artículos 16, 28.1 y 28.2⁽⁴²⁾ del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

(41) DEFENSORIA DEL PUEBLO, “Propuestas para una reforma de la Justicia Contenciosa – Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”, Informe Defensorial N° 121, 2007, pp. 14 y 128.

(42) **Artículo 16.- Intervención del Ministerio Público**

En el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público interviene de la siguiente manera:

1. *Como dictaminador, antes de la expedición de la resolución final y en casación. En este caso, vencido el plazo de 15 días para emitir dictamen, devolverá el expediente con o sin él, bajo responsabilidad funcional.*
2. *Como parte, cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia. Cuando el Ministerio Público intervenga como dictaminador, el órgano jurisdiccional le notificará obligatoriamente con la resolución que pone fin a la instancia o con la que resuelve la casación, según sea el caso.*

Artículo 28.- Procedimiento especial

Se tramitan conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 26 de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes:

28.1 Reglas del procedimiento especial

En esta vía no procede reconvencción.

Transcurrido el plazo para contestar la demanda, el Juez expedirá resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida; o la nulidad y la consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o, si fuere el caso, la concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.

Cuando se hayan interpuesto excepciones o defensas previas, la declaración referida se hará en la resolución que las resuelva.

5. Selección objetiva de jueces supernumerarios y fiscales provisionales

Recomendación N° 6: Concurso público de méritos para seleccionar jueces supernumerarios en el Poder Judicial y fiscales provisionales en el Ministerio Público.

En la reunión de trabajo realizada con el Presidente de la Corte Suprema se informó a los integrantes de la Comisión que existen setecientos (700) jueces supernumerarios (antes jueces suplentes) de los 3,080 jueces que existen en el país. Cada Corte Superior los escoge. A nivel del Ministerio Público se les denomina fiscales provisionales, los cuales al mes de marzo del presente año eran el 38.2% del número total de fiscales.

Si el proceso es declarado saneado, el Auto de saneamiento deberá contener, además, la fijación de Puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Sólo cuando la actuación de los medios probatorios ofrecidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de una audiencia de pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile y la apelación será concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

Luego de expedido el auto de saneamiento o de realizada la audiencia de pruebas, según sea el caso, el expediente será remitido al Fiscal para que éste emita dictamen. Con o sin dictamen fiscal, el expediente será devuelto al Juzgado, el mismo que se encargará de notificar la devolución del expediente y, en su caso, el dictamen fiscal a las partes.

Antes de dictar sentencia, las partes podrán solicitar al Juez la realización de informe oral, el que será concedido por el solo mérito de la solicitud oportuna.

28.2 Plazos

Los plazos previstos en esta ley se computan desde el día siguiente de recibida la notificación.

Los plazos aplicables son:

- a) *Tres días para interponer tacha u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos;*
- b) *Cinco días para interponer excepciones o defensas, contados desde la notificación de la demanda;*
- c) *Diez días para contestar la demanda, contados desde la notificación de la resolución que la admite a trámite;*
- d) *Quince días para emitir el dictamen fiscal o devolver el expediente al órgano jurisdiccional, contados desde su recepción;*
- e) *Tres días para solicitar informe oral, contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en el estado de dictar sentencia;*
- f) *Quince días para emitir sentencia, contados desde la vista de la causa. De no haberse solicitado informe oral ante el Juez de la causa, el plazo se computará desde la notificación a las partes del dictamen fiscal o de la devolución del expediente por el Ministerio Público.*
- g) *Cinco días para apelar la sentencia, contados desde su notificación.*

Incluso, como nos informó la Jefa de la OCMA Ana María Aranda, solo en la Corte Suprema hay 32 jueces supremos provisionales. La falta de objetividad en la selección y su fácil remoción constituyen factores de riesgo que es preciso enfrentar.

Recientemente, ante lo sucedido, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial declaró en emergencia al Poder Judicial y dispuso la inmediata convocatoria a concurso para la designación de jueces supernumerarios de todos los niveles y especialidades en los distritos judiciales del país, estableciendo que los que resulten designados reemplazarán a los actuales.

La propuesta de la Comisión pretende institucionalizar, a nivel legal, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público, la exigencia de este tipo de concursos para evitar que lo sucedido vuelva a ocurrir. Y es que la falta de jueces y fiscales titulares es un problema grave y reiterado en el sistema de justicia, por ello la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 239) habilita los nombramientos de jueces supernumerarios de la siguiente forma:

“El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial nombra Jueces Supernumerarios Superiores y Especializados, de la lista de aptos elaborada por el Consejo Nacional de la Magistratura, en estricto orden de méritos y en número no mayor al treinta por ciento (30%) de los titulares, para cubrir las vacantes que se produzcan. Sólo asumen las funciones cuando no haya reemplazantes hábiles conforme a ley, previa designación de la Presidencia. Los Consejos Ejecutivos Distritales o las Cortes Superiores en su caso, reglamentan la aplicación del presente artículo”.

Esta norma ha sido desarrollada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, órgano que mediante la Resolución Administrativa N° 243-2009-CE-PJ, del 3 de agosto de 2009, crea los Registros Distritales Transitorios de Jueces Supernumerarios en las Cortes Superiores del país, y aprueba el Reglamento que contiene *“el procedimiento de la convocatoria, postulación, selección e incorporación”* de dichos jueces.

Si bien estos dispositivos están vigentes, solo algunas Cortes los aplican con rigurosidad, de allí que jueces supernumerarios estén involucrados en investigaciones disciplinarias, constituyendo este aspecto tema grave y reiterado en el Poder Judicial. Así, en el año 2016 la Oficina de Control de la Magistratura, mediante Resolución Administrativa N°261-2016-J-OCMA/PJ instruyó a los Jefes de las Oficinas Desconcentradas de

Control de la Magistratura para que realicen visitas a los despachos de los Jueces Supernumerarios y evalúen su desempeño funcional. Sin embargo, el problema persiste, toda vez que mediante Oficio N° 326-2018-J-OCMA-PJ, la referida funcionaria informa que, al 18 de julio del presente año, la OCMA registra 918 procedimientos disciplinarios a nivel nacional, seguidos contra jueces supernumerarios y provisionales.

La situación es distinta en el Ministerio Público, no solo por la terminología usada, sino también por la ausencia de una norma específica que regule el procedimiento de designación de este tipo de fiscales que no son de carrera. En efecto, la Ley de la Carrera Fiscal, Ley N° 30483 define al fiscal provisional como aquel abogado que cumple con los requisitos para el nivel que se le designe. Si bien mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 001896-2018-MP-FN, de fecha 7 de junio del presente año, se aprobó el Reglamento de la Designación de Fiscales Provisionales No Titulares del Ministerio Público, esta norma se dejó sin efecto por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 001908-2018-MP-FN, indicándose la necesidad de *“hacer una evaluación de los efectos de las disposiciones contenidas en el mencionado reglamento”*.

Por las consideraciones expuestas, la Comisión recomienda:

- a) Que los procesos de selección de jueces, mediante concurso público, sean supervisados por la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial, de modo que se garantice el ingreso de personas no solo con solvencia técnica, sino sobre todo moral.
- b) La aprobación de una norma legal que regule el concurso público para el nombramiento de fiscales provisionales no titulares, procedimiento basado en el mérito y con la supervisión de la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Ministerio Público.

6. Creación de Fiscalía Suprema anticorrupción

Recomendación N° 7: Proyecto de Ley que modifica la Ley Orgánica del Ministerio Público y crea la Fiscalía Suprema Anticorrupción en esa entidad.

Se propone modificar la Ley Orgánica del Ministerio Público, a fin de crear una Fiscalía Suprema, denominada Fiscalía Anticorrupción, que

concentre la labor del Ministerio Público en materia de lucha contra la corrupción, lavado de activos y delitos conexos.

En efecto, ante los graves hechos de corrupción que han conmocionado al país en nuestra historia reciente, así como la evidencia de que nos encontramos frente a un fenómeno de grandes proporciones que se ha extendido de manera alarmante en todo el territorio nacional, involucrando a altos funcionarios del Estado, así como sectores de la clase política y empresarial, resulta indispensable fortalecer la política pública en la lucha contra la corrupción.

7. **Transparencia y rendición de cuentas en el sistema de justicia**

Recomendación N° 8: Proyecto de Ley que introduce un nuevo título al Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública delimitando sus alcances en el Sistema de Justicia.

La Constitución de 1993 (artículo 2 inciso 5)⁽⁴³⁾, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) reconocen el derecho de acceso a la información. La Ley N° 27806, modificada por la Ley N° 27927, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado a través del Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, desarrolla los alcances de la transparencia del Estado y el derecho de acceso a la información pública. Se trata de una norma que fomenta el acceso ciudadano a la información y a la transparencia en las entidades públicas a fin de erradicar la “cultura del secreto”. El artículo 1 de la Ley señala que “tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado (...)”

El acceso a la información pública cuenta con una doble dimensión, individual y colectiva. En la Sentencia N° 1797-2002-HD/TC, el Tribunal

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

5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

Constitucional señaló que *“se trata de un derecho individual en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas”*. En su dimensión colectiva, *“garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que puedan formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática (...)”*.

Según la STC N° 2579-2003-hd/tc *“la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción”*. Todo ello pues el *“principio de publicidad es propio de la cultura de la transparencia”* (STC N° 02814-2008-HD, FJ 9). La transparencia es *“un principio de relevancia constitucional implícita en el modelo de Estado Democrático y social de Derecho y la fórmula republicana de gobierno a que aluden los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución. Ahí donde el poder emana del pueblo, como señala la Constitución en su artículo 45, éste debe ejercerse no solo en nombre del pueblo sino de cara a él. La puesta en práctica del principio de transparencia coadyuva a combatir los índices de corrupción en el Estado y, al mismo tiempo, constituye una herramienta efectiva contra la impunidad del poder permitiendo que el pueblo tenga acceso a la forma como se ejerce la delegación del poder.”* (STC N° 06070-2009-HD, FJ 5).

La Comisión considera que el Estado, en tanto garante de la plena vigencia de los derechos humanos (Constitución, artículo 44), cuenta con una *“obligación de publicar proactivamente información de interés público (obligación de transparencia activa)”*. Ello con la finalidad de *“permitir a las personas conocer sus derechos, la manera de protegerlos y las instituciones estatales encargadas de su garantía, así como otorgar una absoluta transparencia en todos los aspectos atinentes a su funcionamiento”*. Así lo ha entendido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión al considerar que *“El derecho de acceso a la información impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, (...)”*⁽⁴⁴⁾

(44) BOTERO MARINO Catalina, Federico Guzmán, Sofía Jaramillo y Salomé Gómez, *“El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas”*, Bogotá: Universidad de los Andes, Dejusticia, 2017, p.189.

De esta manera, en un Estado democrático la ciudadanía tiene derecho a saber qué hace el Estado y qué medidas viene adoptando y promoviendo para enfrentar y superar los problemas cotidianos y estructurales que se presentan. Lamentablemente, esto no ha venido sucediendo en el sistema de justicia. Pese a la existencia de las normas mencionadas e incluso de una norma especial (Decreto Legislativo N° 1342), la información con la que se cuenta es limitada. Por ello, una de las recomendaciones de la Comisión está destinada a promover la transparencia activa en el sistema de justicia. Para ello, se propone la adición de un título nuevo (Título VI) al Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que establezca la obligación de todas las entidades que forman parte del Sistema de Justicia de publicar:

- 1) La hoja de vida del juez o del fiscal, y en general, de los integrantes del Sistema de Justicia, que incluya la información sobre su formación académica y experiencia profesional, sanciones disciplinarias impuestas y medidas cautelares, patrimonio conforme a su declaración jurada de bienes y rentas, sentencias dictadas como ponente, cuando corresponda, o en las que haya participado como integrante de un colegiado.
- 2) La declaración jurada de intereses de los jueces, fiscales y, en general, de los integrantes del Sistema de Justicia, que permitan conocer si estuvieran incurso en situaciones en las cuales sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones del cargo.
- 3) Todas las sentencias judiciales y dictámenes facilitando su acceso, jurisprudencia sistematizada de fácil acceso por materias, preferentemente con una sumilla en lenguaje sencillo y amigable.
- 4) La relación de las entrevistas y visitas que tengan los jueces y fiscales con indicación del asunto que la haya motivado.
- 5) Los informes anuales del Ministerio Público y del Poder Judicial sobre la actividad realizada, incluyendo los plazos de dicha actuación.
- 6) Los informes elaborados por las Oficinas de Control del Poder Judicial y del Ministerio Público o las que hagan sus veces.
- 7) Los procedimientos de selección de jueces y fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura en todas sus etapas.

- 8) El mapa de la justicia que brinde la información detallada sobre las instituciones que forman parte del sistema de justicia.

El Poder Ejecutivo garantizará a todos los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público el acceso libre y gratuito a todos los integrantes del sistema de información pública en tiempo real.

8. Medidas para promover la ética en los abogados

Recomendación N° 9: Proyecto de Ley que promueve la probidad en el ejercicio profesional de la abogacía.

Como bien se ha anotado, un factor importante para una reforma es tomar nota de la existencia de “*redes de corrupción*” de los “*abogados, formales e informales, los que ofrecen sus servicios al paso y aquellos que tienen cierto renombre*”⁽⁴⁵⁾. Una reforma no puede llevarse a cabo sin adoptar medidas respecto al “*papel corruptor de los abogados y de los estudios de abogados. Es conocido que los tribunales de ética de los colegios de abogados rara vez sancionan a un abogado por corrupción o soborno*”⁽⁴⁶⁾.

Lo anterior ha hecho necesario replantear la ética y responsabilidad del profesional en Derecho, para lo cual se han efectuado en los últimos años importantes aportes que es preciso tomar en cuenta⁽⁴⁷⁾ y que exigen reforzar las exigencias de *compliance* para los estudios de abogados.

En ese sentido, la Comisión considera necesario adoptar medidas orientadas a promover la probidad en la formación y el ejercicio profesional de los abogados, teniendo presente la función social que desempeñan, la misma que debe contribuir de manera decidida en la lucha contra la corrupción, particularmente en el ámbito del sistema judicial. En consecuencia, se propone un texto normativo que considere algunos aspectos relevantes respecto a la formación y el ejercicio ético de la profesión del abogado, entre los que se destacan los relativos a:

(45) MUJICA Jaris, “Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia”, Lima: ANR - Instituto de Estudios Universitarios, 2011,87.

(46) DE ALTHAUS Jaime, “La gran reforma (de la seguridad y la justicia)”, Lima: Planeta, p. 2012, p.48.

(47) BOZA DIBÓS Beatriz y Christian Chocano Davis, “Exposición de Motivos. Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho”, Lima: PUCP, 2008.

- a) Formación ética de los estudiantes de derecho en las universidades del Perú que cuenten con dicha especialidad.
- b) Formación ética de los miembros del sistema de justicia en los programas de formación que desarrolla la Academia de la Magistratura
- c) Rol de los Colegios de Abogados del Perú, para promover el ejercicio ético de la profesión, así como su responsabilidad en aplicar las sanciones que correspondan a los abogados que transgredan el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

9. Creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia

Recomendación N° 10: Proyecto de Ley que crea el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia como mecanismo institucional del más alto nivel político, integrado por el Presidente de la República, quien lo preside, los titulares del Congreso de la República y de las instituciones del Sistema de Justicia, con la finalidad de impulsar la reforma, hacerle seguimiento y evaluar los avances. Este Consejo presentará anualmente ante la opinión pública los avances de la reforma del Sistema de Justicia.

La CERIAJUS planteó una propuesta de reforma constitucional que involucra al Poder Judicial, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, al Consejo Nacional de la Magistratura y a la Academia de la Magistratura a través del cual se establecerían relaciones de coordinación institucional. Se trataba de *“una instancia de coordinación de las diferentes instituciones que lo conforman, que sería la encargada de conducir la implementación de las medidas o propuesta de reforma.”*⁽⁴⁸⁾

Recientemente, el Proyecto de Ley N° 1626/2016 presentado el 28 de junio del 2017 por el Poder Ejecutivo, proponía crear el Consejo Interinstitucional Permanente de Cooperación, Coordinación y seguimiento de las políticas públicas en materia de

(48) DE BELAUNDE Javier, “La reforma del sistema de justicia ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes”, Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 187.

justicia - INTERJUSTICIA. Esta iniciativa tiene como antecedente las propuestas formuladas por la CERIAJUS y pretende institucionalizar un organismo que constituya una instancia de coordinación entre todos los órganos que forman parte del Sistema de Justicia. Se trata de crear una instancia de coordinación y colaboración mutua, que sin afectar la autonomía de cada uno de ellos, pueda facilitar la elaboración, implementación y seguimiento de las políticas públicas en materia de justicia. El Consejo contará, además, con una Secretaría Técnica a cargo del Ministerio de Justicia.

La Defensoría del Pueblo en su Informe N° 109, recomendó:⁽⁴⁹⁾

“La creación de un órgano de coordinación de alto nivel y de conformación interinstitucional que se encargue de: (i) promover la participación activa de las instituciones y operadores del sistema de justicia en el proceso de reforma y generar los consensos necesarios para tal propósito; (ii) diseñar y coordinar la ejecución de un plan estratégico de seguimiento de la reforma; (iii) evaluar el impacto de los cambios; (iv) proponer las acciones de corto, mediano y largo plazo; (v) brindar a la población información clara, precisa y completa sobre los logros y dificultades que se presenten y, (vi) elaborar un informe periódico de los avances y problemas de la reforma del sistema de justicia”.

La Comisión considera que para poder enfrentar seriamente una reforma del sistema de justicia resulta fundamental crear una instancia, al más alto nivel, que se comprometa con la reforma. Luego que esta esté encaminada, podrá funcionar un sistema como el planteado en el Proyecto INTER-JUSTICIA. Este proyecto está plasmado en el Proyecto de Ley N°1626/2016-PE, al que ya se hizo referencia.

Los aspectos que deberá contener una norma de creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia serían:

- a) Determinar las instituciones que formarán parte de este Consejo **al más alto nivel político**. La Comisión considera que deberán formar parte de este Consejo: el Presidente de la República y los titulares del Congreso de la República, Poder Judicial, Fiscal

(49) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú”, Informe N° 109, Lima, 2006, p.116.

de la Nación, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura y Defensoría del Pueblo.

- b) Establecer **un nivel técnico** que se encargará de elaborar el plan de trabajo y la implementación efectiva del mismo. A este nivel participarán un representante de cada una de las entidades del sistema de justicia: Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Consejo Nacional de la Magistratura, Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura. Con ellos también participará un representante de la Contraloría General de la República, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - CEPLAN.
- c) Un elemento central para el proceso de la Reforma va a ser el seguimiento que de esta se pueda hacer desde la sociedad civil a partir de la publicidad de las sesiones, la difusión pública de los informes de avance, y del Informe anual del Consejo. Y, de otro lado, la participación activa de instituciones representativas de la sociedad civil.

VI. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTA DE CAMINO A SEGUIR

1. La necesidad de una reforma constitucional y legal para institucionalizar los cambios

La Constitución de 1993, estableció dos vías posibles para llevar a cabo el procedimiento de reforma constitucional (artículo 206). Por un lado, señaló que puede reformarse si el Congreso unicameral la aprueba con una mayoría absoluta de sus miembros y luego se ratifica mediante referéndum; y, por otro, si se aprueba en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

A diferencia del texto de 1979 (artículo 168), la Carta vigente no señala la fecha en que se inicia y culmina una legislatura. La fecha la establece el Reglamento del Congreso de la República (artículo 49⁽⁵⁰⁾).

(50) **Artículo 49.** *Dentro del período anual de sesiones, habrá dos períodos ordinarios de sesiones o legislaturas:*

Cabe recordar que el año 2000 para que una reforma constitucional pudiera efectuarse en un breve plazo, se modificó el Reglamento del Congreso, permitiendo el recorte del mandato del entonces Presidente y de los congresistas (primera y segunda disposiciones transitorias especiales, Ley N° 27365). Para ello, se estableció que la primera legislatura culminaba el 15 de octubre y la segunda se realizaría del 16 de octubre al 15 de diciembre del 2000. Esta modificación permitió que la primera votación para aprobar la citada reforma se haya realizado el 05 de octubre y la segunda el 02 de noviembre del 2000.

2. La sostenibilidad de los cambios iniciados: determinación de una agenda más amplia

Hace catorce años el Plan elaborado por la CERIAJUS contemplaba ocho áreas específicas o “*temas-problema*” para una reforma o refundación del sistema de justicia: (a) acceso a la justicia; (b) políticas anticorrupción, eticidad y transparencia; (c) modernización y gestión del despacho; (d) recursos humanos; (e) gobierno, administración y presupuesto; (f) predictibilidad y jurisprudencia; (g) reforma del sistema penal y (h) adecuación normativa que incluía la reforma constitucional y de las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público.

La Comisión considera que el Plan de la CERIAJUS, que data de abril del 2014, debería ser revisado y actualizado pues los temas centrales se encuentran en dicho documento. Ello permitiría avanzar hacia una agenda de cambios más completa que la que ahora, en el marco de lo dispuesto por la Resolución Suprema N° 142-2018-PCM, se ha elaborado.

3. Una crisis del sistema de justicia que resulta imprescindible superar

Un aspecto central para avanzar hacia una democracia estable y legítima, que garantice el crecimiento económico es contar con un

a) El *primero* se inicia el 27 de julio y termina el 15 de diciembre.

b) El *segundo* se inicia el 01 de marzo y termina el 15 de junio.

En cualquiera de los dos casos el Presidente del Congreso puede ampliar la convocatoria con agenda fija. También debe ser convocado si lo solicita por lo menos el cincuenta por ciento más uno de los Congresistas.

sistema de justicia sólido e institucionalizado que permita prevenir y solucionar los conflictos que se presenten. Ello implica contar con instituciones autónomas e independientes, al margen de intereses políticos, económicos, sin corrupción y que asuman el rol de liderazgo que les corresponde. En los momentos actuales esto no sucede. El sistema de justicia, al margen de contar con jueces y fiscales de singular valor, carece de legitimidad.

El sistema de justicia no ha cambiado sustancialmente. Los diagnósticos efectuados en los últimos años se mantienen. Hay factores internos y externos que han impedido un cambio sustancial. Para algunos es más fácil y mejor que todo siga igual: nunca los juzgan, los absuelven u obtienen resultados favorables en procesos inimaginables. La justicia no puede ser un privilegio para algunas personas. Y para alcanzar cambios sustanciales contar con más presupuesto no es la única solución.

Los abogados y jueces suelen ser malos gestores. Es indispensable una gestión judicial y fiscal eficiente: cada juzgado y cada Corte operan administrativamente como un mundo independiente y el justiciable lo sufre. Tampoco hay criterios jurisdiccionales uniformes ni tenemos una Corte Suprema que se concentre en fijar precedentes sobre temas trascendentales y útiles para el común de la gente, salvo los Plenos Casatorios que en su momento se han dictado. La corrupción subsiste. Salvo excepciones, no hay sanciones ejemplares a jueces, fiscales ni abogados, pese a que en el "mundo judicial y fiscal" todos saben quién es quién. Los nombramientos de jueces y fiscales no siempre han garantizado que accedan los mejores.

La cultura judicial y fiscal sigue siendo formalista. Suele evaluarse a los jueces y fiscales por "*estar al día*" y por el número de sus resoluciones o dictámenes, pese a que la calidad de las mismas y la solución efectiva de una controversia es lo esencial. A ello se une el maltrato hacia las personas que acuden al sistema de justicia. No solo es la lentitud judicial, sino la frecuente mala atención de parte de un servidor judicial y fiscal mal remunerado, con mucha presión e intenso trabajo. El Estado se ha olvidado que la justicia es un servicio público. Hay que modernizarla, implementando a la brevedad el expediente electrónico. No es posible que en pleno siglo XXI se sigan "*cosiendo*" expedientes manualmente.

A lo largo del presente siglo y también en el anterior se ha evidenciado la falta de voluntad política y sensibilidad para un cambio. La Comisión es consciente que la reforma del sistema de justicia requiere de un trabajo conjunto, transparente y con objetivos claros y resultados tangibles. Un plan básico y consensuado formulado por quienes lo integran es el primer paso. En definitiva, es urgente una reforma profunda que tenga el respaldo de todas las instituciones involucradas. Solo así la ciudadanía podrá paulatinamente ir confiando en ella y creer en un cambio.

Lima, 25 de julio de 2018

ALLAN WAGNER TIZÓN

Presidente

DELIA REVOREDO MARSANO

Miembro

HUGO SIVINA HURTADO

Miembro

SAMUEL ABAD YUPANQUI

Miembro

EDUARDO VEGA LUNA

Miembro

ANA TERESA REVILLA VERGARA

Miembro

WALTER ALBÁN PERALTA

Miembro

FERNANDO CASTAÑEDA
PORTOCARRERO

Secretario Técnico

EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ (*)

Manuel Vigil

Procuraremos hacer una exposición sucinta acerca de la iniciación, desarrollo y perfeccionamiento de nuestra legislación laboral y algunos comentarios al respecto. Por ende, debe bastar que en lo doctrinario solo intentemos dar una definición del Derecho del Trabajo y expresar ideas precisas sobre su contenido.

El Derecho del Trabajo es un derecho especial frente al Derecho Civil, que regula las relaciones de trabajo entre empleadores y trabajadores mediante normas legales y reglamentarias y las establecidas en las convenciones colectivas de trabajo: y en cuya aplicación gravitan el uso, la costumbre y las directivas jurisprudenciales.

Esta definición se sustenta en opiniones afines de los ilustres tratadistas Deveali y Ramírez Gronda⁽¹⁾ y permite advertir inmediatamente la existencia del Derecho Colectivo de Trabajo como rama del Nuevo Derecho.

Sin límites aún fijados en la doctrina, el Derecho Colectivo del Trabajo lo define el ilustre tratadista Cabanellas como aquél que teniendo por sujetos a conjuntos o grupos de trabajadores y de patronos, en relación a condiciones de solidaridad provenientes de su condición de prestadores o dadores de trabajo, desarrolla su objetivo en organizaciones grupales determinando o fijando reglas comunes a las categorías profesionales o

(*) Publicado en "El Comercio", Lima 4 de mayo de 1964.

(1) Mario Deveali: Lineamientos de Derecho del Trabajo, 1936; Juan D. Ramírez Gronda: El Contrato de Trabajo, 1945.

actuando en forma conjunta en la defensa de sus derechos e intereses⁽²⁾ y con respecto al mismo, el maestro Caldera afirma que una moderna corriente doctrinaria tiende a reunir el Derecho Sindical, el Derecho de las Convenciones Colectivas de Trabajo o Derecho normativo laboral y el Derecho de los conflictos colectivos, conciliación y arbitraje, en una rama del Derecho Laboral que se denomina Derecho Colectivo de Trabajo⁽³⁾

Es obvio que para el trámite y resolución de los conflictos del trabajo y la correspondiente aplicación de este Derecho Especial, que sigue y debe seguir una trayectoria y adecuación continua a los cambios y nuevas modalidades que impone el mejoramiento de los métodos de producción, son necesarios un Fuero y un procedimiento especiales, los que son objeto del Derecho Procesal del Trabajo, que es disciplina jurídica autónoma por tener un campo de acción amplísimo y basarse en principios generales distintos de los que informan el Derecho Procesal Civil.

La iniciación

El Derecho del Trabajo ha surgido para evitar las injusticias derivadas de la seudo libertad de contratación en materia de trabajo, o sea, para contrarrestar o impedir los efectos nocivos del liberalismo económico bajo cuyo régimen el trabajador - frente a la necesidad de subsistir - debía aceptar sumisamente las condiciones que le imponía el empleador. Por ello, es reivindicatorio de la dignidad de la persona humana y medio excelente para alcanzar en lo posible la justicia social.

En nuestro país, hace cerca de sesenta años, cuando era una utopía pensar que el programa de los Gobiernos se dirigiría hacia el bienestar social, el recordado y sabio maestro doctor don José Matías Manzanilla afirmaba que si la miseria es socialmente perniciosa ha de intervenir el Estado para disminuirla por la asistencia obligatoria y para precaverla con la previsión colectiva.

La Ley de Accidentes del Trabajo - N° 1878 de 20 de enero de 1911; la de protección al trabajo de las mujeres y los menores de dieciocho años - N° 2851 de 23 de noviembre de 1918; y la de descanso obligatorio - N° 3010 de 26 de diciembre del mismo año, fueron medulares y técnicos aportes

(2) Guillermo Cabanellas: Derecho Sindical y Corporativo, 1959.

(3) Rafael Caldera: Derecho del Trabajo, 1939.

del citado maestro, que contó siempre con la colaboración esforzada del ilustre estadista doctor don Luis Miró Quesada, no solo en los estudios perfeccionantes y de transacción que fueron necesarios entonces para obtener la dación y promulgación de la primera citada Ley basada en el riesgo profesional, sino en memorables jornadas parlamentarias durante varios años.

La obra de avanzada de ambos maestros los ha colocado en el pedestal de Precursores de nuestra Legislación del Trabajo. A propósito, con explicable emoción, recordamos las laudatorias a ellos que expresamos en el discurso de agradecimiento por el homenaje que se dedicara a los Pioneros del Derecho del Trabajo Peruano en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en el Paraninfo de la Universidad de Trujillo - en diciembre de 1962.

Etapa constituyente y de desarrollo del Derecho del Trabajo

Entendemos que las normas referentes a la jornada de trabajo y al salario constituyen el sustrato del Derecho del Trabajo, en razón de que tienen en cuenta el límite fisiológico de la actividad del trabajador y propugnan que la remuneración (sueldo o salario) sea equitativa y correspondiente a la prestación. Por ende, afirmamos que la etapa constituyente del Nuevo Derecho se inició con la firma del Tratado de Versalles (el 24 de julio de 1919) que consigna en su texto que la paz universal solo puede estar fundada sobre la base de la justicia social y proclama entre otros principios sustantivos a los que debe responder la Organización Internacional del Trabajo, la adopción de la jornada de ocho horas diarias o de cuarentiocho semanales.

Entonces tuvo su epílogo triunfal la tesis humana y científica que sustentara Owen a fines del siglo XVIII, la que, con el paréntesis luctuoso que se produjo por su legítima ratificación por los obreros de Chicago, se ha convertido en el motivo básico doctrinario de la Fiesta del Trabajo que los obreros celebran el 1º de mayo.

Se ha llegado a la conclusión de que el límite de la labor ha determinado un desplazamiento de las energías del trabajador y consiguientemente una mayor productividad, a la que coadyuvieron los inventos aplicados a la industria, como la máquina de vapor, la utilización de la energía eléctrica

y del petróleo. En definitiva, la clásica reducción de la jornada ha sido benéfica para el Capital y el Trabajo.

La imperatividad de la jornada de ocho horas fue prescrita por el Decreto Supremo de 15 de enero de 1919. El Perú con Austria, Checoslovaquia y Polonia fueron los países que se colocaron a la vanguardia para hacer intangible la Declaración Internacional de Versalles; y esto lo comprueba simplemente la fecha de nuestro citado dispositivo.

El artículo 46 de la Constitución, entre sus preceptos relativos al trabajo y a la previsión social declara que la ley fijará las condiciones máximas de trabajo; y con sujeción a ese mandato de nuestra Carta Política, el artículo 1572 del Código Civil, al referirse al contrato de trabajo expresa que supone la jornada máxima de ocho horas

Por consiguiente podemos decir que todas las disposiciones expedidas – desde 1919 hasta la fecha – para limitar en nuestro país la jornada de trabajo tienen un definido respaldo constitucional y legal. Además, en virtud de la Resolución Legislativa N° 10195 de 23 de marzo de 1945 aprobatoria del Convenio Internacional N° 1 (y de diez más), relativo al límite de las horas de trabajo en los establecimientos industriales, el Perú está situado dentro del concierto de las naciones que se han comprometido sin reservas a cumplir y a hacer cumplir la clásica jornada; y es motivo de orgullo cívico ver que nuestra Patria aparece en lugar destacado en los cuadros indicativos del progreso de las ratificaciones – que sucesivamente da a la publicidad la Revista que es órgano de la Oficina Internacional del Trabajo⁽⁴⁾.

Los problemas relativos a la jornada de trabajo se refieren a asegurar su estricto cumplimiento y a las excepciones: para las labores subterráneas; para las necesarias prestaciones mayores de ocho horas, previo acuerdo entre empleadores y trabajadores y sin rebasar el límite semanal de cuarentiocho; las de carácter intermitente y las que se cumplen en un puesto de dirección, de inspección o de confianza; las extraordinarias impuestas por repentinas dificultades que deben removerse inmediatamente en bien de la marcha normal de la industria y de las necesidades vitales de la colectividad y para las prestaciones que se cumplen fuera del centro de

(4) Los Convenios Internacionales del Trabajo ratificados por el Perú son 59.

trabajo. Todos estos aspectos están contemplados en los artículos 2º al 6º del citado Convenio Internacional N° 1.

En orden al estricto cumplimiento de la jornada de trabajo, nuestro país cuenta con preceptos terminantes precisados en dos Resoluciones Supremas de 27 de octubre de 1936; una que obliga a los empleadores a fijar en el lugar más visible de sus establecimientos el horario que deben cumplir sus servidores; y la otra, que reputa nulos a los contratos escritos de trabajo que no sean aprobados por la Dirección del Ramo. La primera, se inspira en la técnica de inspección que enseña el Convenio Internacional ya citado (artículo 8º) y la segunda, novedosa y quizá sin precedente, ratifica nuestro respeto al principio de inviolabilidad de los derechos establecidos en las leyes sociales.

Con respecto a las excepciones, nuestra legislación contempla expresamente la relativa a los que laboran sin fiscalización superior inmediata (artículo 3º del Decreto Supremo de 26 de junio de 1934); y en forma implícita la referente a los domésticos y mayordomos de hotel (artículo 4º del mismo citado dispositivo).

Las siguientes directivas jurisprudenciales la negativa del servidor a continuar trabajando después de terminada la jornada legal no constituye falta ni es acto de indisciplina, ya que toda prestación fuera de dicha jornada, si no se le retribuye debidamente es ilegítima y hora extra de trabajo es la que excede de la jornada de ocho horas y de su límite máximo fijado en cuarentiocho horas a la semana para los hombres y cuarenticinco para las mujeres y menores de dieciocho años determinan la viabilidad, desde el punto de vista interpretativo legal, de las excepciones que se deben admitir para las necesarias prestaciones mayores de ocho horas, previo acuerdo entre empleadores y trabajadores y sin rebasar el límite semanal de cuarentiocho; y asimismo para las extraordinarias impuestas por las necesidades vitales de la colectividad y por la imprescindible marcha normal de la industria y el comercio.

Entendiendo las horas extras no como sobrejornada estable sino eventual o episódica (por cuanto lo contrario sería desnaturalizar el límite máximo diario de la labor) y en razón de que la prestación de un sobretiempo es menos dura que el trabajo en días domingos o de fiestas, resulta obvio que, para algunas de las excepciones mencionadas, se podría

invocar el fundamento real y legal de las previstas en los incisos, 3º, 5º y 7º del artículo 2º de la Ley N° 3010 de descanso obligatorio.

Esta etapa – que hemos denominado de desarrollo o constituyente de nuestro Derecho del Trabajo – finaliza en el año 1936, cuando los valiosos estudios y los esfuerzos indesmayables del finado doctor don Edgardo Rebagliati, experto de fama internacional en Seguros Sociales, determinan la dación de la Ley del Seguro Social Obligatoria y la iniciación de la etapa de perfeccionamiento del Nuevo Derecho.

Desde 1919 hasta 1936 se expidieron las siguientes disposiciones generales de importancia: (Decreto Supremo de 15 de enero de 1919 que fija en ocho horas el tiempo de trabajo diario; - Resolución Suprema de 3 de setiembre de 1920 que autoriza el nombramiento de personeros que verifiquen las cuentas de los salarios que perciben los obreros; - Decreto Supremo de 20 de enero de 1921, sobre el contrato de trabajo entre obreros y subcontratistas o destajeros; - Ley N° 4239 de 26 de marzo de 1921, modificatoria de la núm. 2851 en lo referente al descanso de las mujeres y menores de dieciocho años en los días sábados en la tarde - Decreto Supremo de 25 de junio de 1921, reglamentario de las Leyes Nos. 2851 y 4239; - Ley N° 4916 – del Empleado, de 7 de febrero de 1924; - Leyes Nos. 5066 y 5119 de 5 de marzo y 20 de junio de 1925, respectivamente, ampliatorias de la anterior; - Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, aprobatoria del Reglamento de la Ley del Empleado y sus ampliatorias; - Decretos Supremos de 24 de enero de 1929 y de 23 de junio de 1934, sobre contratación de servidores peruanos para trabajar en el extranjero; - Decreto Supremo de 17 de noviembre de 1930, ampliatorio del artículo 66 del Reglamento de la Ley N° 4916; - Leyes Nos. 7505 y 7735 de 8 de abril de 1932 y 12 de abril de 1933, respectivamente, sobre vacaciones y el porcentaje limitativo de los extranjeros en los centros de trabajo; - Ley N° 7515 de 25 de abril de 1932, sobre descanso y pago de jornal extra en el 1º de mayo, - Decreto Supremo de 3 de mayo de 1932, que consagra el 1º de mayo a la celebración del Día del Obrero Peruano y – Decreto Supremo de 26 de junio de 1934, reglamentario del pago de las horas extras). Si bien por la índole y extensión de nuestro ensayo, no nos referiremos a las normas sobre Servicios Administrativos, a las orgánicas y de procedimiento para las reclamaciones individuales y colectivas de los trabajadores y a las de Seguridad Social, ello no impide que recalquemos que en la etapa de nuestro Derecho del Trabajo -que finaliza a mediados de 1936- se establecieron

bases sustanciales sobre la jornada legal de trabajo, la legislación privativa de los empleados, las vacaciones anuales y el porcentaje limitativo de ocupación de los extranjeros en los centros de trabajo; y asimismo reglas de control y garantía en el pago de los salarios, en la contratación de obreros peruanos para trabajar en el extranjero y en el contrato de trabajo entre obreros y sub-contratistas.

Etapas de perfeccionamiento

El desarrollo industrial del país y las orientaciones programáticas establecidas en los artículos 43, 44, 45, 46 y 48 de la vigente Constitución de 1933 determinaron la iniciación de la etapa de perfeccionamiento de nuestro Derecho del Trabajo en la que el Estado se eleva desde el plano de pasividad -en el que lo sujetaba el principio de la libertad contractual- al del intervencionismo con funciones tuitivas y actúa decididamente no solo en la solución de los conflictos laborales, sino en la dación de leyes y resoluciones gubernativas que mejoran progresivamente los niveles de vida de los trabajadores y acentúan la preponderancia del interés social sobre el individual.

En esta etapa (en la que estamos todavía) se ha dictado numerosas leyes y disposiciones gubernativas ampliatorias de la Ley del Empleado; asimismo, normas sobre aumentos de la indemnización de tiempo de servicios y del goce vacacional de los empleados y obreros; pago de dozavos indemnizatorios durante el período de prueba; - jubilación de empleados de entidades con capital mayor de dos millones de soles oro y medidas de garantía acerca de la rescisión de los contratos de trabajo respectivos; bonificación a los empleados particulares con treinta años de servicios y cómputo de la misma para la pensión de jubilación; sobre retiro voluntario de los obreros; sobre las modalidades del trabajo en la industria pesquera; sobre el contrato de aprendizaje; salario dominical y participación en las utilidades; anticipo de los beneficios sociales; sueldos y salarios mínimos; y sobre requisitos y formalidades para llevar los libros de planillas de sueldos y salarios. También se ha expedido normas sobre regímenes especiales del trabajo a domicilio del servicio doméstico de los obreros al servicio del Estado, de las Municipalidades y de las Sociedades de Beneficencia Pública de Lima y Callao; de los obreros en panificación y en construcción civil; de los choferes al servicio de automóviles particulares; para el pago de vacaciones e indemnización de tiempo de servicios

a los obreros marítimos y portuarios; de regulación automática para los aumentos de salarios en la industria textil; y del yanaconaje (que ha de caducar, seguramente, por la Reforma Agraria).

Además (en esta etapa de perfeccionamiento iniciada a mediados de 1936) han sido dictadas las siguientes disposiciones generales de importancia: (Ley N° 8683 de 23 de junio de 1938, que declara nulos los contratos de cuota-litis y dispone que el abono de los beneficios sociales se efectúe en forma personal a los beneficiarios; - Decreto Ley N° 14404 de 7 de febrero de 1963, ampliatoria de la anterior; - Leyes Nos. 8951 y 8952 de 3 de setiembre de 1939, que prescriben limitaciones a la libertad de comercio y de industria; - Decreto Supremo de 9 de marzo de 1940, que crea la Orden del Trabajo y Cooperación Social; - Ley N° 9463 de 17 de diciembre de 1941, que dispone las normas aplicables para el cómputo de las indemnizaciones en el caso de reducción del sueldo o salario, aceptada por el trabajador; - Ley N° 9795 de 26 de enero de 1943, que consagra el primer domingo de febrero a la celebración del Día del Empleado Peruano -Decreto Supremo de 24 de diciembre de 1948, que prohíbe la suspensión de las gratificaciones acostumbradas y la rebaja de las remuneraciones; - Decreto Supremo de 12 de mayo de 1950, que prescribe la obligatoriedad del pago de la indemnización de tiempo de servicios y demás beneficios sociales dentro de las cuarentiocho horas siguientes a la expiración del contrato de trabajo, Decreto Supremo de 4 de junio de 1951, sobre rescisión del contrato de trabajo motivada por inasistencias injustificadas y sistemáticas; - Decreto Supremo de 28 de enero de 1954, que prohíbe despedir a los trabajadores en estado de enfermedad; - Resolución Suprema de 8 de noviembre de 1954, que exige a los contratistas de obras consignar estipulaciones (en los respectivos contratos) que garanticen el pago de los beneficios sociales; - Decreto Supremo de 14 de setiembre de 1957, sobre autorización previa en el caso de traspaso de negocios; - Resolución Suprema de 15 de marzo de 1958, sobre responsabilidad solidaria del dueño de la obra con los contratistas y subcontratistas o destajeros que tome a su cargo, por el incumplimiento de las obligaciones salariales y económicas correspondientes; - Resolución Suprema de 4 de noviembre de 1958, sobre cláusula de interpretación de los pactos y convenios colectivos; - y Decreto Supremo de 25 de enero de 1963, que determina que son nulos y sin efecto legal los pactos y convenios colectivos que se celebren bajo amenaza o coacción.

Todas las normas legales y disposiciones mencionadas y las preceptivas estipuladas en las convenciones colectivas de condiciones de trabajo (que tienen valor y fuerza de ley), así como las directivas sancionadas por resoluciones de los Tribunales Arbitrales y de la Dirección General de Trabajo resolviendo conflictos colectivos, constituyen las bases sustanciales de nuestro Derecho del Trabajo; y se les considera (por la irrenunciabilidad característica de las normas de trabajo) como garantías pre- establecidas -de orden público- en la celebración de los respectivos contratos individuales.

Esa frondosa y dispersa legislación hace impostergable llevar a cabo la labor de sistematización y coordinación de las normas especiales establecidas en la contratación colectiva y de las directivas sancionadas en las resoluciones de los Tribunales Arbitrales y de la Dirección General de Trabajo, por cuanto la muy importante y referente a las normas legales y resoluciones gubernativas la podemos dar por cumplida en virtud de las valiosas obras de nuestros distinguidos especialistas, doctores Gonzáles Rosales, Ramírez Otárola y Elías Aparicio y de las compilaciones y ensayos sobre Legislación del Trabajo que publiqué en los años 1945 y 1951

Después de consumir esa labor de ordenamiento estará expedito el comienzo de la revisión y complementación que es la labor previa a los estudios y deliberaciones -en escala nacional- que son necesarios para que nuestro Código de Trabajo sea factible.

En la actualidad este nuevo Derecho, sustentado en principios determinados en el Tratado de Versalles, en los Convenios Internacionales del Trabajo y en las Declaraciones de Filadelfia y Cundinamarca, continúa su trayectoria de progreso en virtud de la fuerza expansiva de las convenciones colectivas, las que en algunos casos han llegado a regular y regulan las condiciones de trabajo de un grupo de empresas y generalmente son factores eficaces para prevenir conflictos de trabajo.

En nuestro país, la política laboral del Supremo Gobierno en el importantísimo aspecto de la negociación colectiva se basa, principalmente, en la colaboración tripartita, que es la de las asociaciones de empleadores y de trabajadores con las autoridades públicas.

Al respecto, debemos recordar que esa colaboración ha sido requerida no solo para el estudio y preparación de normas relativas a determinada

actividad laboral, sino para la resolución -en instancia única- de peticiones colectivas de aumentos de sueldos y salarios⁽⁵⁾.

Entendemos que ese clima de paz y de justicia social está asegurado entre nosotros por la misión tuitiva de los Poderes del Estado, los estudios y esfuerzos de los funcionarios especialistas en la materia y la intervención de representantes del Capital y del Trabajo con sentido común, responsabilidad cívica y buena voluntad.

(5) Resoluciones Supremas de 17 de diciembre de 1963 y 20 de enero último, sobre preparación de un anteproyecto de ley que regule en forma integral los diferentes aspectos inherentes a la actividad laboral bancaria.

Decretos Supremos de 16 y 21 de Diciembre de 1963, sobre creación y atribuciones de una Comisión Especial Tripartita para solucionar peticiones colectivas de los trabajadores de Arequipa.

CUANDO CUATRO VOTOS SON IGUAL A CINCO

Una sentencia que originó serias críticas y grandes debates, es la que expidió el Tribunal Constitucional (STC 0001-2018-PI/TC) a raíz de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un grupo de congresistas contra una modificación del Reglamento del Congreso de la República relacionada con el transfuguismo, la cual fue declarada infundada por cuatro votos, porque el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que así se debe proceder cuando no se alcanza un mínimo de cinco. No obstante esto, acatando una modificación ilegal del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (art. 10) interpretó que ella adicionalmente era fundada, lo cual conducía a un resultado contradictorio. Los tres votos restantes no participaron de esta variante interpretativa que esgrimó el Tribunal Constitucional, pero solo el voto singular del magistrado José Luis Sardón de Taboada explica las razones de porqué era incorrecta la sentencia firmada por solo cuatro magistrados. Por eso la reproducimos aquí, pues no ha sido lo suficientemente difundida y además ha creado una gran confusión en la opinión pública que no ha seguido el debate en sus propios términos (La Dirección).

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular porque discrepo con lo resuelto en la sentencia en mayoría, pero ello no significa que considere que la demanda es FUNDADA. Lo que ocurre es que, a mi criterio, aunque esta sentencia

declara INFUNDADA la demanda, en realidad la declara FUNDADA. Dice una cosa, pero hace otra.

La demanda está dirigida contra la segunda reforma del Reglamento del Congreso, contenida en la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR. Esta fue publicada el 15 de setiembre de 2017, es decir, dos días después de que – con mi voto en contra – este Tribunal Constitucional publicara, en su *portal web*, la Sentencia 0006-2017-PI/TC.

Dicha sentencia declaró inconstitucional la primera reforma del Reglamento del Congreso, efectuada por la Resolución Legislativa 007-2016-2017-CR, porque no distinguía entre tránsfugas legítimos (quienes dejan sus grupos parlamentarios por cuestiones ideológicas) e ilegítimos (quienes hacen ello por intereses subalternos).

Esa sentencia señaló que toda prohibición de crear un nuevo grupo parlamentario o incorporarse a otro ya existente debe aplicarse solo a los tránsfugas ilegítimos. Sin embargo, sucede que la segunda reforma del Reglamento del Congreso antes referida no incorporó esta distinción.

Esta segunda reforma modificó el artículo 37 del Reglamento del Congreso estableciendo que la prohibición de constituir nuevo grupo parlamentario o adherirse a otro:

no resulta aplicable a los Congresistas que renuncien al Grupo Parlamentario, *por vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario*, pudiendo recurrir para tales efectos, en primera instancia ante el Grupo Parlamentario y en segunda y definitiva instancia ante el Consejo Directivo [*énfasis añadido*].

Como puede advertirse, este texto no recoge la distinción entre tránsfugas legítimos e ilegítimos señalada en la Sentencia 0006-2017-PI/TC. En consecuencia, la presunta inconstitucionalidad encontrada por cinco de mis colegas en la primera reforma del Reglamento del Congreso se mantiene en este caso.

No obstante, la presente sentencia en mayoría no declara FUNDADA la presente demanda. Más bien, recurriendo a un malabarismo jurídico, aparenta pretender salvar la constitucionalidad de la norma impugnada a través de una supuesta interpretación. La presente sentencia en mayoría simula tanto su fin como sus medios.

Por lo pronto, si la constitucionalidad de la primera reforma del Reglamento del Congreso no pudo salvarse vía interpretación, ¿cómo sí puede hacerse en el caso de la segunda reforma y, peor todavía, en cumplimiento de la anterior sentencia de inconstitucionalidad? Aquí se olvida que a igual razón debe aplicarse igual Derecho.

En realidad, la interpretación realizada en esta sentencia no puede ser calificada como tal. Su primer punto resolutivo dice lo siguiente:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 1 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR, *siempre que el artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República se interprete en el sentido de que no está prohibida la renuncia de los congresistas de las agrupaciones políticas en el supuesto de disidencia por razones de conciencia debidamente justificadas*. De ello se desprende que los parlamentarios que se encuentren en dicha situación podrán conformar un nuevo Grupo Parlamentario o adherirse a uno ya existente [*énfasis añadido*].

¿Qué parte del nuevo artículo 37, antes glosado, da pie para efectuar tal interpretación? Ninguna. Esto no es una interpretación sino una modificación de la norma. Rompiendo el principio de corrección funcional, se usurpa la función legislativa reservada por la Constitución para el Congreso de la República.

La interpretación constitucional consiste en identificar los significados posibles que se desprenden de un texto y, luego, descartar los que colisionan con la Constitución y dejar en pie solo los que resultan consistentes con ella. Aquí se añade a la norma algo que no es susceptible de extraerse de ella.

La interpretación de las normas jurídicas no es un ejercicio *ad libitum*. Debe efectuarse respetando el marco que proporciona su texto. La Constitución dispone que solo el Congreso, integrado por los representantes del pueblo, puede legislar. Los jueces no tenemos legitimidad para hacerlo.

¿Cómo se explica la naturaleza de este fallo? ¿Por qué esta sentencia en mayoría dice que declara la demanda INFUNDADA, cuando en realidad modifica la norma impugnada? La explicación radica en la Resolución 138-2015-P/TC, publicada el 14 de octubre de 2015 en el diario oficial *El Peruano*.

Con mi voto en contra, tal resolución modificó el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, posibilitando que se efectúen:

interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, [para lo cual] se requiere *cuatro votos* en un mismo sentido resolutivo [*énfasis agregado*].

La presente sentencia en mayoría ha sido aprobada solo por cuatro de los siete magistrados que integramos el Tribunal Constitucional. A diferencia de la anterior, no alcanzó los *cinco votos* requeridos para expulsar del ordenamiento jurídico a la norma impugnada, conforme lo exige el artículo 5 de nuestra Ley Orgánica:

para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (...) se exigen *cinco votos* conformes [*énfasis agregado*].

Ergo, desde que no hay cinco votos para declarar FUNDADA la demanda, con cuatro votos se la declara INFUNDADA, pero efectuando una “interpretación” que tiene el mismo efecto de la Sentencia 0006-2017-PI/TC. La presente sentencia en mayoría se apoya, pues, en el Reglamento Normativo indebidamente reformado.

Empero, al denominar *interpretar* a la acción de *legislar* —y, peor aún, al calificar como INFUNDADA la demanda que realmente considera FUNDADA—, la presente sentencia en mayoría corrompe el lenguaje. Esto es grave porque, como dijo Octavio Paz:

cuando las palabras se corrompen y los significados se vuelven inciertos, el sentido de nuestros actos y de nuestras obras es también inseguro.

En consecuencia, discrepo de la supuesta interpretación efectuada en la sentencia en mayoría. Más bien, por las diez razones que expuse en el voto singular que emití en la Sentencia 0006-2017-PI/TC, mi opinión es por declarar esta demanda INFUNDADA y constitucional la norma impugnada, sin condicionarla a “interpretación” alguna.

Por demás, me aparto también de su tercer punto resolutivo. Como he manifestado reiteradamente en distintos votos emitidos, considero que

no le corresponde a este Tribunal Constitucional efectuar exhortaciones de ningún tipo al Congreso de la República ni, para el caso, a nadie.

En este caso, lo único que debería haber hecho este Tribunal es analizar y determinar si la norma impugnada es consistente o no con la Constitución. Al resolver una demanda de inconstitucionalidad, no nos corresponde decir qué hacer en el país; solo qué no hacer, por ser contrario a la Constitución.

NECROLÓGICA

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS

(1940 – 2018)

El 24 de noviembre de 2018, a los pocos días de haber cumplido 78 años, falleció Enrique Bernales Ballesteros, luego de una intensa batalla contra el cáncer, la cual libró con notable integridad y valor, hasta su último aliento.

Nació en Lima el 6 de noviembre de 1940, y vivió su infancia en Barrios Altos -feliz y tranquila como recordó en alguna ocasión-, siendo el lugar donde pudo conocer de cerca las grandes manifestaciones de nuestro multicultural país: La fe católica, el criollismo, la solidaridad y alegría de la vida en el barrio, así como la diversidad social.

Su formación académica la realizó en la Pontificia Universidad Católica del Perú, a la cual ingresó en 1957, estudiando los dos primeros años en la Facultad de Letras, prosiguiendo, a partir de 1959, su formación en la Facultad de Derecho. Gracias a una beca llegó a Francia, radicando primero en la “Ciudad Luz”, donde tuvo contacto y fue testigo de la vida cultural y la intelectualidad vehemente de los últimos años de la década de los sesenta; dirigiéndose posteriormente a la Universidad de Grenoble, donde obtuvo el grado de doctor.

Ya de retorno a la Patria, se involucró con la actividad académica, política y cultural, con inagotable dedicación e integridad. Fue docente en distintas universidades en los cursos de Ciencia Política, Sociología Jurídica y Derecho Constitucional, realizando también fecundas investigaciones. Mientras que en su alma máter, junto a la docencia del pregrado, se desempeñó además como decano de la Facultad de Ciencias Sociales,

entre 1971 - 1978; y posteriormente fue profesor en la maestría de Derecho Constitucional.

Sobre su labor política, es menester destacar su amplia preparación y compromiso con el fortalecimiento de las instituciones, sobre la base del diálogo alturado, pero nutrido de la lectura de los clásicos y el amor por el Perú. Dones y talentos que siempre dieron lugar a la admiración, respeto y diálogo, por parte de sus colegas, aún de distintos partidos, y el reconocimiento ciudadano, quienes lo eligieron como senador en los procesos electorales de 1980, 1985 y 1990.

Es preciso resaltar también el paso de Enrique Bernaldes por otros organismos e instituciones, tales como las Naciones Unidas, en donde se desempeñó como Relator en la Comisión de Derechos Humanos; en la Comisión Andina de Juristas, de la cual fue Director Ejecutivo; formó parte de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, a cargo de investigar las causas de las dos décadas de violencia interna vivida en el Perú entre 1980 y el año 2000; y participó como miembro de la comisión consultiva ad hoc del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú para el conflicto de delimitación marítima entre el Perú y Chile. Como se aprecia, estuvo siempre presto a cumplir todo encargo que se le confiaba, aun cuando la salud no le acompañaba, como fue el caso de su labor como Presidente del Tribunal de Honor del Jurado Nacional de Elecciones, último cargo desempeñado en su vida, y por el cual fue distinguido, póstumamente, con la medalla al mérito cívico en el grado de "Defensor de la Democracia".

Una mención especial merece su labor cultural, la cual parte del amor por la música clásica que desarrolló durante su niñez, como recordaba en cada oportunidad, siendo su hogar el aula donde conoció óperas inmortales como Tosca, I Pagliacci, y La Bohème. Esa vocación por difundir las grandes obras de la lírica universal, alentando a la formación del gusto por el género en nuestro país, y ponerlo como una plaza para montar los mayores espectáculos de ópera y zarzuela, lo llevó a fundar la Asociación Cultural de Artes Musicales Romanza en el año 2005.

La producción académica e intelectual fue el algo natural y continuo en Bernaldes Ballesteros, siendo un reconocido columnista en prestigiosos diarios nacionales y extranjeros, dando siempre una opinión sesuda, formulando propuestas reflexionadas, y haciendo un llamado a la prudencia cuando resultaba oportuno. Asimismo, entre sus obras, destacan "Constitución y

Sociedad Política” (en coautoría con Marcial Rubio, 1980), “Parlamento y Democracia” (1990), “La Constitución de 1993: Análisis Comparado” (1996), “La Constitución de 1993 - Veinte Años después” (2012), y su autobiografía “60 Años en la PUCP: una vida universitaria”, publicada en el año 2018.

Enrique Bernales descansa luego de batallar contra una dura enfermedad. Como hemos dado cuenta, estamos ante la pérdida de un hombre indispensable en las horas actuales de la democracia peruana, que vive diversos retos y amenazas como lo advirtió pocos días antes de fallecer⁽¹⁾. Su amor por la vida y el Perú es más que ejemplar y corresponde, en el próximo Bicentenario, el cual tenía la esperanza de celebrar, rendirle homenaje a su legado poniendo en práctica sus ideas: Respetar el Estado de Derecho y la autonomía e independencia de la instituciones, sobre la base de los valores que bien encarnó: solidaridad, respeto, compromiso y una ética sólida, siendo un deber crucial de la juventud realizar estos propósitos, juventud de la que fue siempre un amigo, se preocupó e invocó en todo momento a participar en la defensa y grandeza de la Patria. ¡Hasta siempre, Enrique Bernales, presente hoy más que nunca!

Dante Paiva Goyburu

(1) Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KjCafKrXlfY>

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

1. Solo se publicará trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerá artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
2. Se recibirá artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
3. La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
4. La Revista solo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idioma extranjero podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
5. Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
6. Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre del autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
7. Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un archivo digital de formato Word for Windows y, de no ser posible, en hojas bond.
8. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
9. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y se le remitirán separatas electrónicas.
10. El autor cuya colaboración haya sido publicada se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original

