TOMO II

PONENCIAS DEL XI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI

Coordinador
• Ernesto Blume Fortini •

adrus editores


JOSE F. PALOMINO MANCHEGO
EX-LIBRIS


UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
S.M
ACADEMIA S. MARCI VRBIS REGVM IN PERV
1551
SOY EMBAJADOR SANMARQUINO

RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI

Tomo II

PONENCIAS DEL XI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI

Tomo II

Coordinador
Ernesto Blume Fortini

adrus editores

Retos del Constitucionalismo del Siglo XXI
Tomo II

Primera edición: agosto 2017
Tiraje: 1000 Ejemplares

© **Ernesto Blume Fortini**
- Coordinador -

© **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 2017-10810
ISBN: 978-612-4369-06-3

Diagramación:
José Luis Vizcarra Ojeda
Cristofer Jason Vizcarra Ojeda

Diseño de carátula:
Omar Suri
www.cromosapiens.com

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

Impreso en el Perú 2017 Printed in Peru

ÍNDICE

V. **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL (Continuación)**

LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA EN LA JURISDICCIÓN DE LA LIBERTAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 15

Aníbal Quiroga León

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO 63

Omar Toledo Toribio

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE Y SU DESARROLLO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 97

Luis R. Sáenz Dávalos

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL PERÚ 137

José Reynaldo López Viera

FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS PROCESALES 159

Ricardo Beaumont Callirgos

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO COMO AGENTE DE CAMBIO 187

Luis Andrés Roel Alva

LOS LÍMITES DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES: ENTRE LA NECESIDAD DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA 219

Aldo Blume Rocha

LA EJECUCIÓN EN EL PROCESO DE AMPARO: EL RETO DEL CUMPLIMIENTO CABAL Y OPORTUNO DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 247

Alfredo Orlando Curaca Kong

LA CONDENA EN AUSENCIA RESUELTA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ 283

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 297

Iris Marina Rosado Torres

VI. SISTEMA ELECTORAL Y PARTIDOS POLÍTICOS

DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN 309

Raúl Chanamé Orbe

CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA) 333

Francisco Miro Quesada Rada

EL SISTEMA ELECTORAL PERUANO
POR UNA REFORMA QUE GARANTICE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS 349

Ángel Delgado Silva

LA REELECCIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL Y REGIONAL: NOTA DE APROXIMACIÓN 401

Domingo García Belaunde

DIREITO ELEITORAL E REFORMA POLÍTICA NO BRASIL: Sugestões para reformas legais, jurisprudenciais e culturais à ótima concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto 407

Ruy Samuel Espíndola

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA POLÍTICA 453

Enrique Pestana Uribe

LA VUELTA A LA REELECCIÓN INMEDIATA DEL ALCALDE AFECTA AL ESTADO CONSTITUCIONAL 469

José A. Villafuerte Charca

VII. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO TRIBUTARIO 501

Susana Távara Espinoza

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Fundamentos y una Aproximación a los Derechos Fundamentales del Consumidor 519

Christian Donayre Montesinos

VIII. EDUCACIÓN Y REFORMA UNIVERSITARIA

LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA
(UNA VISUALIZACIÓN CONSTITUCIONAL)..... 555

José F. Palomino Manchego

EL DERECHO A LA IGUALDAD POR RAZÓN DE LA EDAD
EN LA NUEVA LEY UNIVERSITARIA..... 573

Margott Páucar Espinoza

IX. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI
(No abandonar el eje de preocupación y el ángulo de observación)
(A propósito de la inconstitucionalidad de la Ley Universitaria) ... 593

Ernesto Blume Fortini

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SELF RESTRAINT..... 615

Edwin Figueroa Gutarra

EL EFECTO ONDULATORIO DE LAS FUENTES EN UN
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO..... 645

Carlos Hakansson Nieto

PROPUESTAS PARA UN RAZONAMIENTO JURÍDICO
RACIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL..... 665

Roger Rodríguez Santander

CONTEXTO DE LA DISCUSIÓN ENTORNO A LA RELACIÓN ENTRE EL LIBERALISMO Y EL ESTADO EN EL PENSAMIENTO DE DALMACIO NEGRO PAVÓN 719

José Mario Azalde León

LA ESCUELA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL 731

Dante Paiva Goyburu

V. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

"LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA EN LA JURISDICCIÓN DE LA LIBERTAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL"

Anibal Quiroga León[1]

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Constitucional, al decir del profesor mexicano Héctor FIX-ZAMUDIO, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución a partir de los sistemas que la doctrina del derecho comparado contiene y que fueran diseñados en la Constitución de 1979 (D), y que permanecen notoriamente reformulados en la Constitución de 1993 de actual vigencia. Al desarrollarlos, efectuamos una somera revisión de cada uno de los instrumentos jurídico-procesales

1 Profesor Principal y ex Editor General de la Revista *Derecho-Pucp* de la Facultad de Derecho de la PUCP. Magister en Investigación Jurídica por la Escuela de Postgrado de la PUCP. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002). Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

concebidos y destinados a la consecución de esta defensa y el control de la constitucionalidad, en su caso.

Estos diversos, y a veces disímiles, instrumentos tienen como escenario de acción tanto en el Poder Judicial, a través de los mecanismos de control inter-órganos, como aparece de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y los derivados de las acciones de garantía, cuanto en el Tribunal Constitucional a partir de la Acción de Inconstitucionalidad (la acción directa contra la ley), la posibilidad de conocer en revisión extraordinaria de última instancia respecto de las Acciones de Garantía denominadas Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento cuando sean denegadas o inadmitidas por el Poder Judicial, en denominación que parafrasea a Cappelletti Jurisdicción Negativa de la Libertad, donde evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones constitucionales, si bien autónomas en su conformación, relacionadas en este extremo (como una derivación de la Jurisdicción de la Libertad, al decir del Maestro italiano Mauro CAPPELLETTI). También comprende la determinación de la Contienda de Competencia constitucional -tanto positiva cuanto negativa- de los diversos órganos constitucionales y, finalmente, la Acción Contencioso-Administrativa destinada a impugnar ante el Poder Judicial los actos administrativos y los hechos de la administración que contengan efectos intersubjetivos.

Este sistema que hoy es mixto sin lugar a dudas -inicialmente calificado con justeza como "dual" por Domingo García Belaúnde- no ha sido, sin embargo, obra de una mente brillante que se haya detenido a diseñarlo con la funcionalidad que hoy tiene. Ha sido más bien un producto histórico en el que se han ido extrapolando y traslapando instituciones del derecho procesal constitucional a lo largo de la historia del derecho constitucional peruano, hasta quedar plasmado hoy tal como se haya contenido en el también novísimo Código Procesal Constitucional (2004).

Así, en el Art. 10° de la Constitución liberal de Ramón Castilla puede hallarse un embrión del control difuso y la clara influencia del caso Marbury vs, Madison de la Corte Suprema Federal de los EEUU (1803). Fue una ley de finales del Siglo XIX que incorporó a nivel legislativo el entonces llamado "recurso de hábeas corpus". La Constitución de 1920 la incorporó a su texto. En el Proyecto de Constitución de Villarán (1931) ya se consagraba el control difuso. La Carta de 1933 reiteró el hábeas corpus y lo extendió a los demás derechos sociales, extensión que después fue

llamada el "habeas corpus civil" y que no fue procesalmente desarrollada sino hasta 1968, considerándose el embrión del amparo constitucional en el Perú. El hábeas corpus fue desarrollado por el Código de Procedimientos Penales de los años 40, y un embrión del control difuso se puede observar en el Art. XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, Art. 8, también intenta desarrollar procesalmente el control difuso, y un Decreto Ley N° 17083, de octubre de 1968, a los pocos días del golpe de Estado de las FF. AA., da partida de nacimiento a la "acción de hábeas corpus" para los demás derechos no relacionados con la libertad individual, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, a la jurisdicción civil, dando nacimiento a lo que se consideró como el "habeas corpus civil", el antecedente del nuestro actual amparo constitucional. En la Constitución de 1979 se separan el hábeas corpus del amparo, se zanja la discusión procesal bizantina entre "acción" y "recurso" (hoy reavivada malamente con la innecesaria y purista distinción entre "acción" y "proceso"), y se eleva a rango constitucional el control difuso. El problema, como siempre he señalado, es que los Constituyentes de 1978 que hicieron el capítulo del Poder Judicial (donde está consignado el control difuso) no cruzaron información con sus colegas del Capítulo sobre Garantías Constitucionales donde consignaron el amparo, el hábeas corpus y la incorporación del entonces llamado "Tribunal de Garantías Constitucionales" producto del calco y copia del proyecto de Constitución Española de 1978. Ya la Carta de 1993, nacida en circunstancias extremas, desdobla la figura del amparo constitucional en dos como salidas de sus costillas: el hábeas data y la acción de cumplimiento, de manera que ahora nuestra ***jurisdicción de la libertad*** provee cuatro instrumentos: hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

Y, finalmente, en el 2004 un Código Procesal Constitucional consolidó todos los instrumentos de uno y otra jurisdicción, fusionando muchas y variopintas leyes, de manera que ahora tenemos un sistema orgánico y desarrollado con una evidente lógica procesal constitucional. Por eso es que desde entonces el llamado "sistema mixto", abandonando el concepto primigenio de "sistema dual" al que ya me he referido. Ahora sí que el legislador se había preocupado y desarrollado un sistema de acciones e instrumentos de diversa dimensión (orgánicos y de la libertad, incluyendo el desarrollo del control difuso y la jurisprudencia vinculante del

Tribunal Constitucional) hasta terminar con la posta hacia la jurisdicción internacional una vez agotada la jurisdicción interna.

I. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: ACCIONES DE GARANTÍAS O JURISDICCIÓN DE LA LIBERTAD COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

Debemos mencionar, en primer término, que la Constitución Peruana agrupa a estas acciones en conjunto, habiéndose incurrido en el error de agruparlas a la par de las acciones de control, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales. Ello, a decir de GONZÁLEZ PÉREZ[2], responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal. Sin embargo, es el Código Procesal Constitucional quien agrupa y organiza adecuadamente estas acciones en el Título I, las mismas que comparten disposiciones generales.

Las garantías constitucionales o jurisdicción de la Libertad son un conjunto de instrumentos judiciales destinados a la protección efectiva de los derechos fundamentales, conforme a lo dispuesto en el Art. 25° del Pacto de San José o Convención Americana de protección de Derechos Humanos. Estas garantías constitucionales están consagradas en el Art. 200° de la Constitución vigente; sus características más resaltantes son: a) la inderogabilidad, en la medida que ni el Congreso ni autoridad alguna puede eliminarlas de la Constitución, solo es permitido reformarlas, ya sea para agregar un derecho o explicarlo para que sea mejor comprendido, b) son irrenunciables, es decir nadie puede renunciar a ellos y tampoco nadie puede negarle el ejercicio de estos derechos y c) genera la unión inseparable de derechos.

a. El Hábeas Corpus.-

El proceso de hábeas corpus es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.) De acuerdo a la Constitución de 1993, procede

2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.- Op. Cit. p. 50

contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal o los derechos constitucionales conexos.

Dicha acción de garantía es básicamente un proceso de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. En puridad representa la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban ius movendi et ambulandio los anglosajones consignaban como power of locomation.

Lo que se tutela es la libertad física en toda su amplitud y los derechos conexos a ella (la vida, salud, etc.).Ello en razón a que ésta no se ve afectada solamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad, sino que también se produce dicha anomalía cuando encontrándose legalmente justificada esta medida, es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces.

En efecto, la facultad de locomoción o de desplazamiento espacial (por el cual es en un mayor porcentaje la razón por la cual es incoada la referida garantía constitucional) no se ve afectada únicamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, sino que ello también se produce cuando se presentan circunstancia tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho; asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad, ésta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición; o cuando se produce una desaparición forzada, etc.

Tal como expone SAGÜES[3] -"en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por los demás estriba en disponer una libertad. Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto (...) lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él. De ahí que se reconozca que algunas figuras del hábeas corpus (...) abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos -constitucionales también - aunque de índole distinta".

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC-9/87 N.° 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se justificó y convalidó la amplia-

3 SAGÜES, Néstor Pedro *"Derecho Procesal Constitucional- Hábeas Corpus"*. Buenos Aires: Astrea, 1988 p. 143.

ción de los contornos del hábeas corpus al manifestarse que "es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

Así en términos generales el Hábeas Corpus, se define como el derecho de todo ciudadano, detenido o preso o afectado o amenazada de vulneración en su derecho fundamental a la libertad personal o los derechos conexos a éste, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si el impedimento o amenaza a dicho derecho fundamental pueda o no ser acogida.

Asimismo el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia (Exps. 2435-2002-HC/TC; 2468-2004-HC/TC, 5032-2005-HC/TC), ha señalado que tal como lo dispone el Inc. 1) del Art. 200° de la Norma Fundamental el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. Para tal efecto, debe reunir determinadas condiciones tales como: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, esto es, que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones.

Así pues de conformidad con lo dispuesto en el Art. 25° del Código Procesal Constitucional procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.

2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.

6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.

7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite "f" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.

8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.

9) El derecho a no ser detenido por deudas.

10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.

11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal "g" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.

12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.

13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.

14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.

15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el Art. 99 de la Constitución.

16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.

17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

b. La Acción de Amparo.-

El recurso de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular.

Podemos llamar así, a la acción de amparo, como la acción judicial que puede iniciar una persona para solicitar a la justicia la protección de urgente ("sumaria") de cualquiera de sus derechos individuales cuyo ejercicio le fuese desconocido o estuviese por serlo en forma ilegal o arbitraria ya fuese por una autoridad pública o por un particular.

La acción de amparo sólo puede iniciarse cuando no existe otro camino legal para hacer valer el derecho violado o amenazado, así corresponde iniciar una acción de amparo cuando el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución, por un tratado internacional o por una ley, se vea amenazado, restringido o alterado en forma actual o inminente por un acto o una omisión de una autoridad pública o hasta de un particular, podemos señalar en consecuencia que los derechos protegidos del amparo son:

"Código Procesal Constitucional

Art. 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;

2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;

3) De información, opinión y expresión;

4) A la libre contratación;

5) A la creación artística, intelectual y científica;

6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;

7) De reunión;

8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;

9) De asociación;

10) Al trabajo;

11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;

12) De propiedad y herencia;

13) De petición ante la autoridad competente;

14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;

15) A la nacionalidad;

16) De tutela procesal efectiva;

17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;

18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;

19) A la seguridad social;

20) De la remuneración y pensión;

21) De la libertad de cátedra;

22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;

23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;

24) A la salud; y

25) Los demás que la Constitución reconoce.

Tiene derecho a ejercer la Acción de Amparo, toda persona que se sienta afectado en sus derechos, e incluso su representante o el representante de la entidad afectada. Solo en caso de imposibilidad física para interponer la acción, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse ausente del lugar o cualquier otra causa análoga, podrá ser ejercida por tercera persona, sin necesidad de poder, debiendo el afectado ratificarse.

Es competente para conocer la Acción de Amparo en la Capital de la República y en la Provincia Constitucional del Callao, el Juez Especializado en lo Penal, en los demás distritos son competentes, los jueces civiles o mixtos del lugar donde se produzca la violación o amenaza de un derecho Constitucional.

Como lo reconoce con claridad, la mayoría y pacífica doctrina del Derecho Procesal Constitucional, la procedencia de una Acción de Amparo Constitucional supone la coexistencia básica de tres requisitos: a) La existencia de Derechos constitucionales violados, o amenazados gravemente de violación. b) La comisión de un acto violatorio de Constitucionales, o la amenaza grave de ello. c) La necesaria relación de conexión directa entre el acto acusado de violatorio, o de amenaza grave de violación y el derecho constitucional violado o gravemente amenazado. Así interpuesta la demanda, el juez corre traslado por cinco días al autor de la infracción. Con contestación de la demanda o sin ella, el Juez resolverá la causa, dentro de los cinco días de vencido el término para la contestación. La resolución es apelable dentro del tercer día.

El ejercicio de la Acción de Amparo, prescribe tanto a los 30 días hábiles cuando la misma es dirigida contra una resolución judicial firme (emitida en un proceso irregular) una vez que los actuados sean devueltos al juzgado de origen y se de por comunicado a las partes el denominado "cúmplase el mandato", como a los sesenta 60 días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto o hubiese

sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

c. El Hábeas Data.-

El *Hábeas* data procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Art. 2º, Incs. 5 y 6 de la Constitución, así dicha acción de garantía constitucional es la que puede iniciar una persona para que organismos públicos o privados que posean datos o información sobre ella, se los hagan conocer y expliquen la razón por la que los poseen y los fines a los que destinan esa información.

Si se comprobara que esos datos son falsos o que se los ha reunido con fines discriminatorios, la persona afectada podrá exigir su supresión (mediante la eliminación total o parcial del archivo respectivo), o la rectificación de los datos cuestionados. También puede exigirse la confidencialidad de esos datos (esto es, que no se hagan públicos).

Como ejemplos de este tipo de almacenamiento de datos a los que se aplica la acción de *Hábeas* data podemos citar los archivos policiales, los pertenecientes a servicios de inteligencia estatal, legajos de personal de empresas privadas, etc.

Esta norma constitucional responde a la experiencia histórica y a una realidad social: frecuentemente organismos públicos y privados almacenan datos sobre sus empleados, sobre adversarios políticos, etc., sin conocimiento de los mismos y utilizándolos arbitrariamente en su perjuicio. Así por ejemplo, una empresa podría utilizar datos sobre la salud de sus operarios aun sin que ellos lo sepan y discriminarlos si padecen, por ejemplo, una enfermedad grave.

Es importante saber que el ejercicio de la acción de Hábeas data según lo establece la Constitución Nacional no pueda aplicarse para revelar el secreto de las fuentes de información periodísticas: en caso contrario, significaría una restricción a la libertad de prensa, expresamente protegida por nuestra ley fundamental.

El *Hábeas* Data obliga al funcionario que dispone la información, a presentar la información, a explicar el uso que se está dando a dicha información y con qué propósitos la entidad tiene esa información, así dicho

instrumento procesal nos garantiza a acceder y verificar la información y, como consecuencia, pedir que se actualice los datos, rectificarlos o anularlos, si fueren erróneos, o afecten a sus derechos, fundamentalmente a su honra o intimidad. En relación a esta garantía, se desprenden tres derechos, como son: Derecho de acceso, Derecho de Conocimiento, Derecho a la actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos. Estos tres derechos confirman el objetivo básico del Hábeas Data: evitar que el uso incorrecto de la información pueda lesionar el honor, el buen nombre, y el ámbito de la privacidad de la persona, como consecuencia de la difusión de esos datos erróneos, incompletos o inexactos.

Si no se analiza este objetivo básico de la garantía constitucional del Hábeas Data, se presenta como de hecho se da, una perniciosa confusión entre el Hábeas Data con la exhibición, figura típica del procedimiento civil. La acción de Hábeas Data sirve para proteger al ciudadano de que el Estado, o los particulares, hagan uso de una información acumulada incorrecta, inexacta u obsoleta -sobre todo a partir de la tecnología creciente en materia de almacenamiento de datos- y que, al difundir tal información, se produzcan discrimines, calificaciones deshonrosas, etc. El Hábeas Data nos permite ingresar a la información y descubrir el contenido de ella y a exigir su rectificación, si ésta es errónea o afecte ilegalmente sus derechos. ¿Con qué propósito? Evitar que dicha información incorrecta, equivocada, circule y afecte su intimidad, honra, buena reputación o pueda causar un daño moral. En definitiva, se defiende derechos concretos propuestos en la Constitución.

Así en el Hábeas Data se acceda a la información, se verifica la exactitud de la información del que la posee, se verifica qué uso está dando el poseedor a dicha información, se le impide que la difunda si ésta es errada, se cambia la información si es equivocada, y se difunde la verdadera información, entre aquellos a quien el poseedor de ella la remitió o circuló, con el propósito de garantizar eficazmente derechos constitucionales vinculados al honor, a la intimidad, y a la buena fama.

d. La Acción de Cumplimiento.-

Conforme a lo dispuesto en el Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen, entre sus fines esenciales, los de garantizar la Supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales que son posibles, o

se concretizan, a través de las finalidades específicas de cada uno de los procesos constitucionales. Por tanto, para configurar el perfil exacto del proceso de cumplimiento, se debe precisar, dentro del marco del Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como es que mediante el proceso de cumplimiento se alcanzan los fines comunes a los procesos constitucionales.

Para ello, es necesario tener presente que el Art. 3, concordante con el Art. 43 de la Constitución, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en su Capítulo I del Título I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno. En efecto, conforme a los principios de soberanía del pueblo (Art. 45 de la Constitución) y de forma republicana de gobierno, al carácter social y democrático de nuestro Estado (Art. 43 de la Constitución), y al principio de jerarquía normativa (Art. 51 de la Constitución), el respeto al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, donde se incluyen las decisiones de este Tribunal Constitucional, constituye uno de los valores preeminentes de todo sistema democrático por donde los poderes públicos y los ciudadanos deben guiar su conducta por el derecho.

Por tanto, el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces. Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los Arts. 3, 43 y 45 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Peruano en su extensa jurisprudencia, reconoció la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el Art. 65.° del Código Procesal Constitucional

(relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

En efecto, el Inc. 6 del Art. 200 de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Así, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

Con este proceso constitucional el Estado Social y Democrático de Derecho que reconoce la Constitución (Arts. 3 y 43), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (Art. 38) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 51) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia. Es así que desde la línea argumental descrita en el Art. 66 del Código Procesal Constitucional, el objeto de este tipo de procesos será ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento. En ambos casos, el Tribunal Constitucional consideró en su citado precedente vinculante que para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el Art. 70 del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

Sobre las características mínimas comunes de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, que "(...) debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, (...) que se encuentre vigente"[4].

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: (considerando 14 de la STC 168-2005 PI/TC)

a) Ser un mandato vigente.

b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.

c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.

d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.

e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.

g) Permitir individualizar al beneficiario.

Dichos requisitos son justificables porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas descritas, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a

4 STC Peruano Exp. N.° 0191-2003-AC, fundamento 6.

su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte.

Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiéndose un proceso rápido y, sobre todo, eficaz. Por tanto, y conforme al criterio del Tribunal Constitucional Peruano las características básicas del proceso de cumplimiento diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, son las reseñadas precedentemente cuales se mantienen vigentes a la actualidad.

II. EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

El recurso de agravio constitucional es aquel medio de impugnación contra las sentencias expedidas en segunda instancia en el Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional y que posibilita acceder al Tribunal Constitucional como última instancia para obtener el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados. Es el punto de vinculación entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional, sólo vigente para la jurisdicción de la libertad.

Para determinar la procedencia de un recurso de agravio constitucional, el Órgano Jurisdiccional que conoce el recurso no solamente debe de aplicar las reglas del Art. 18 del Código Procesal Constitucional sino que además las establecidas en la jurisprudencia constitucional para determinar la procedencia del recurso.

Código Procesal Constitucional.

Art. 18.- Recurso de agravio constitucional.-

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad".

Es así que el recurso de agravio constitucional (RAC) es aquel medio extraordinario de impugnación constitucional mediante el cual la Constitución establece que el Tribunal Constitucional conozca, de modo excepcional, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento en lo que se ha denominado por la doctrina nacional la jurisdicción negativa de la libertad. Lo que quiere decir -recuerda Bernales-([5]) que interpuesto el respectivo recurso impugnatorio, tomará conocimiento y ejercerá jurisdicción sobre el fondo y forma del asunto, emitiendo la última resolución que pasará, así, en calidad de cosa juzgada.

Para lograr tal cometido, es imprescindible, en primer término, que, captando la idea de lo que significan los procesos constitucionales de libertad, tal y como ha sido desarrollado en los acápites anteriores de la presente ponencia, se pueda entender qué implica la existencia de medios impugnatorios, confluencia que, en un ulterior estadio, nos llevará a comprender la idea del RAC. Sobre esta base se habrá de definir si el pedido de responsabilidad del agresor es materia de un RAC, según los parámetros que previamente se hayan establecido.

II.1 El RAC en los procesos constitucionales de libertad.-

En un proceso de libertad debe distinguirse que el RAC representa una fórmula específica para demostrar la supremacía constitucional, prevista en el Art. 51° de la Norma Fundamental. Para establecer los principios de la intervención del TC en los procesos constitucionales de libertad, espe-

5 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "El amparo contra el abuso de poder ": en Legal Expres: suplemento de Gaceta Jurídica, año 2 N° 21. Lima, p. 844.

cialmente en el hábeas corpus, el cual es materia de la presente demanda, por ello la necesaria asistencia de algunas premisas respecto al RAC.

La Constitución, como norma fundamental y guía primordial del ordenamiento jurídico, ordena los poderes del Estado y establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En virtud del principio de supremacía constitucional, se le considera como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que posee el ordenamiento jurídico. Al ser lex superior, define el sistema de fuentes formales del Derecho y aparece como la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se asienta, teniendo así una pretensión de permanencia.

Basándose en tal aseveración, el Tribunal Constitucional ha venido a señalar explícitamente, en la sentencia recaída en el Expediente 0050-2004-PI/TC y otros, que nuestro sistema jurídico se encuentra sustentado en la supremacía constitucional, además del principio de su fuerza normativa. Asimismo, y de forma más categórica, se manifestó en la sentencia del Expediente N.° 0002-2005-PI/TC lo siguiente:"(...) se da contenido a la praxis del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional".

En la sentencia recaída en el Expediente 014-2002-AI/TC, también el TC ha expresado que "(...) la Constitución adquiere gran importancia al ser la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una 'pretensión más fuerte de validez, y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada (...). La Constitución es un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio de poder, en particular del poder político, evitando que la concentración del poder político se reúna en un solo detentador, previendo facultades a órganos constitucionales distintos y garantizando a través de una lista cerrada o abierta los derechos de las personas".

En el pensamiento estructuralista, dentro de la pirámide normativa, la Constitución es la norma primordial de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto. Su reconocimiento normativo ha supuesto que no tenga únicamente un carácter declarativo sino, también, una vinculación con carácter obligatorio sobre los destinatarios. Sobre ella descansa el ordenamiento jurídico; es por ello que todas las demás normas se deben someter de manera irrestricta a la Norma Fundamental, además de buscar la salvaguardia superlativa de derechos fundamentales, como bien se desea lograr a través del RAC.

Merece la pena advertir que el sistema de protección constitucional que ha sido previsto por nuestro Código Procesal Constitucional establece, como parte de su Art. IV del Título Preliminar, que el control de la constitucionalidad está a cargo tanto del Poder Judicial como del TC, y ambos deben seguir lo que ha sido señalado por la Constitución.

En este sentido, la protección de ciertos derechos importa la necesidad de una tutela rápida, ya que la afectación o amenaza comprometen la vigencia de la integridad del sistema constitucional (Art. III del Título Preliminar del CPCo). Por ende, en nuestro ordenamiento se ha creído conveniente que sólo existan dos grados que se encarguen de dictaminar si ha existido violación de derechos o no, con la salvedad -claro está- del RAC.

No es adecuado para este tipo de situaciones -a fin de suprimir las conductas agraviantes- el prolongado tiempo que normalmente duran los procesos de carácter ordinario. Es por ello que se requiere de una tutela jurisdiccional de urgencia, la cual se expresa mediante procesos más breves y eficaces. De tal forma de salvaguardia se pueden señalar dos manifestaciones: la tutela de urgencia cautelar, dentro de un proceso principal, y que está destinada a impedir que el transcurso del tiempo convierta en imposible la realización del mandato de la sentencia; y la tutela de urgencia satisfactiva, que comporta el uso de remedios procedimentales breves, bajo el supuesto de la amenaza de un derecho cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde la protección jurisdiccional.

Por tanto, los procesos constitucionales de la libertad, previstos por el Art. 200° de la Constitución, están referidos primordialmente a la tutela de urgencia, ya que buscan proteger, eficaz y ágilmente, los derechos que cada una de las garantías constitucionales tiene como finalidad.

El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el Art. II del Título Preliminar del CPCo, el cual, a la letra, dice: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales". De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este se cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas (Art. 2° del CPCo).

En el sistema constitucional, cada elemento tiene un espacio determinado, por lo que no puede salirse de ese lugar sin que el sistema corra peligro de verse desequilibrado. Por eso, es imprescindible en cada Estado social y democrático de derecho que los derechos fundamentales tengan el verdadero sitial que les corresponde, máxime si sólo a partir de ello se podrá validar el precepto medular recogido en el Art. 1° de la Constitución: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

La perturbación de un derecho fundamental o de una norma constitucional, a través de su amenaza o directa lesividad, altera el ordenamiento jurídico constitucional; para que vuelva a funcionar de modo armónico, es necesario reponer la situación a su estado anterior al de la vulneración o amenaza del orden constitucional. La reposición al correcto estado anterior puede lograrse a través del RAC. Allí radica su importancia.

II.2 Finalidad del RAC.-

Sólo entendiendo el verdadero carácter de los procesos constitucionales es posible determinar que en él se presentan diversos tipos de medios impugnatorios, aunque básicamente habremos de centrarnos en lo que se conocen como recursos, descartando para el caso concreto los remedios.

El más clásico de los recursos es aquél por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de apelar la resolución emitida. Pero, más aún, el constituyente consideró otro adicional para el

caso de los procesos constitucionales de libertad, el cual merece ser entendido como parte de la teoría de los medios impugnatorios: éste es el RAC.

Este tipo de recurso tiene su fundamento en lo señalado por la Norma Fundamental, en el Inc. 2) del Art. 202, según el cual es una atribución del TC, conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Antes conocido como recurso extraordinario (Art. 41 de la derogada Ley Orgánica del TC, Ley 26435), el RAC, según lo previsto por el Art. 18 del CPCo, es presentado de la siguiente manera: "Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad."

Una presentación de este tipo se ve complementada por el Art. 20° del mismo Código, cuando expresa con claridad los plazos para su actuación (veinte días para los procesos de hábeas corpus, y treinta para el resto). Entonces, es pertinente que el TC revise algunas de las características que adquiere el RAC, en tanto se presenta como un recurso de los procesos constitucionales. El fundamento de la existencia de los recursos parte de la premisa de que, en la delicada misión de administrar justicia, no debe descartarse a priori la existencia del error judicial. La base constitucional de esta aseveración se halla en el Art. 139°, Inc. 6) de la Constitución, que garantiza el acceso de los justiciables a la pluralidad de grados como garantía de justicia. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos enumera, en su Art. 8°, las garantías judiciales a las que tiene derecho toda persona, estableciendo, en el inciso h), el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Al respecto, el TC se ha pronunciado sobre el derecho a la pluralidad de grados y el derecho al acceso a los recursos, considerándolos como parte de la doctrina procesal de la naturaleza de los medios impugnatorios. Se ha llegado a establecer, en la sentencia recaída en el Expediente 604-2001-HC/TC, que "(...) El derecho a la pluralidad de instancias garantiza que los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución

no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia; y, en esa medida, permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio. La Constitución tampoco ha establecido qué tipo de resoluciones pueden impugnarse. Y aunque el ordinal 'h' del Art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos haya establecido que la pluralidad de instancias sólo comprende al 'fallo' (...).

Así pues, el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no sólo comprende a las sentencias, sino también a los autos. Sin embargo, como sucede con todo derecho constitucional, el derecho de acceso a los medios impugnatorios no es un derecho cuyo ejercicio pueda considerarse absoluto, pues puede ser objeto de limitaciones, siempre que con ellas se busque preservar otros derechos, bienes o principios constitucionales, y que las mismas sean razonables.

La razón de ser de un medio impugnatorio radica en el reconocimiento de la equivocación humana como accidente posible en el proceso. Ello autoriza la intervención de un órgano para acordar o reconocer la eficacia de una relación o situación jurídica. Justamente, en la actuación que le corresponde al TC se debe advertir cuál es la motivación que amerita su injerencia en la búsqueda de la supremacía constitucional, siempre en el marco del carácter de los procesos constitucionales de la libertad.

Habiendo analizado a grandes rasgos lo que significa el RAC, corresponde, a continuación, observar de qué manera ha de lograrse o posibilitarse una verdadera tutela de derechos fundamentales.

II.3 El RAC en la protección de los derechos constitucionales.-

Al haberse postulado en la novísima legislación procesal constitucional la figura del RAC, se está reconociendo un mecanismo de control del proceso a fin de tutelar en forma sumaria los derechos invocados por los demandantes. Este recurso circunscribe sus alcances dentro de la clasificación general de recursos excepcionales, dado que no puede invocarse libremente y bajo cualquier presupuesto, sino que la ley procesal constitucional delimita en forma excluyente las materias en las que procede. Al respecto, es muy claro lo dispuesto por el ya mencionado Art. 18 del CPCo, pero siempre en el supuesto de protección de los derechos fundamentales.

Adicionalmente a estas normas es importante tomar en cuenta los Arts. 19, 20 del CPCo. y el Art. 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (RNTC).De todas estas disposiciones jurídicas desprendemos que las características del RAC son:

- Está pensado para procesos constitucionales de la libertad.(Ámbito de aplicación)
- Procede contra resoluciones denegatorias de segundo grado, es decir, sentencias que declaran infundada o improcedente la demanda. (Objeto de impugnación) (salvo excepciones expresamente previstas por el Tribunal Constitucional).
- Es un recurso pensado sólo para el demandante vencido. (Sujeto legitimado)
- Se presenta en el plazo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente de notificada la resolución
- Se presenta ante el órgano jurisdiccional de segunda instancia, quien calificará el recurso.
- Frente a la negatoria del RAC, procede el recurso de queja. Y;
- Será resuelto exclusivamente por el TC.

Luego de haber precisado las dimensiones del diseño legislativo del RAC, cabe indicar que, el TC a través de su jurisprudencia ha ido precisando y redimensionando los alcances del RAC; es así que mediante el precedente vinculante recaído en la STC 02877-2005-PHC/TC señaló que el RAC:

a) Por su naturaleza: es un medio impugnatorio y -en específico- un recurso extraordinario con efecto evolutivo.

b) Por su importancia: permite que vuelva a funcionar de modo armónico el ordenamiento jurídico constitucional, reponiendo la situación a su estado anterior a la vulneración o amenaza del orden constitucional.

c) Exige tres requisitos de procedencia adicionales a los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el artículo 18 del CPCo., como son:

a. Que esté directamente relacionado con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Debido a que lo

regulado en el artículo 5.1. del CPCo. es un presupuesto procesal que debe ser observable de oficio, consideramos que éste requisito es redundante.

b. Que no sea manifiestamente infundado. Supuesto que se da cuando las pretensiones no requieran judicialización constitucional, ya sea porque (i) la controversia carece de relevancia constitucional o (ii) porque el acto denunciado no resulta lesivo de derechos fundamentales; aunque claro está, que sí puede tener alguna relevancia legal. ([6])

c. Que no esté inmerso en una causal negativa de tutela claramente establecida por el TC. Es decir, el RAC será declarado improcedente cuando se advierta a todas luces -conforme a los precedentes vinculantes y a la doctrina jurisprudencial vinculante- que la pretensión será desestimada.

d) Asimismo, (i) buscando una protección superlativa de los derechos fundamentales, (ii) echando de mano de su autonomía procesal y (iii) amparándose en los Arts. II, III, V, VIII, y 1 del CPC. (STC 02877-2005-PHC/TC, f.j. 21.) el TC creó nuevos supuestos impugnables mediante el RAC.

Estos nuevos supuestos de RAC tienen varias peculiaridades que desarrollaremos a continuación:

1) El RAC para la tutela objetiva de los derechos-

- Procede frente a situaciones de sustracción de la materia (ya sea por irreparabilidad del derecho, o por cese del acto lesivo). (Supuesto)

- Cumple una protección en forma expectaticia de nuevos actos lesivos semejantes, disuadiendo así las posibles conductas reiterativas del agresor. (Finalidad)

- En ese sentido, lo resuelto por el TC tendrá un carácter suspensivo mientras no se produzca un acto lesivo semejante al -hoy- tutelado. En consecuencia, podemos advertir que lo resuelto por el TC tendrá que ver con pedidos de represión de actos -lesivos- homogéneos; ahí su utilidad.(Efecto)

6 HUANCAHUARI PAUCAR, Carín, *"El Recurso de Agravio Constitucional a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, Revista de Investigación Jurídica IUS, Año II, Número 04, p. 5.

2) El RAC para el establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de los derechos.-

- Procede cuando existe incongruencia entre la sentencia que declara fundada la demanda y las consecuencias de la misma; es decir, pese a haber obtenido una sentencia estimatoria ésta no tutela adecuadamente el derecho fundamental invocado. (Supuesto).

Podemos ver que éste RAC procede a pesar de que la resolución cuestionada sea una sentencia estimatoria (fundada), y quien incoaría sería el demandante ganador. Estos dos aspectos contradicen abiertamente el diseño legislativo del RAC -que estaba pensado para el demandante vencido, quien impugnaría la resolución desestimatoria (infundada o improcedente) de segundo grado-. Entonces, aquí vemos claramente una ampliación del RAC.

En otras palabras, este RAC es posible incoar cuando existe algún vicio de congruencia procesal por el que no se tutela adecuadamente algún derecho fundamental; por ejemplo ([7]): cuando no se haya emitido pronunciamiento de un extremo de lo demandado, o cuando la sentencia de segundo grado ampare una pretensión distinta a la pretendida;

En la sentencia recaída en el Expediente 1042-2002-AA/TC, el TC ha señalado que estos derechos constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo. Se ha reconocido el concepto de garantías para referirse a instrumentos adjetivos para hacer efectivos el ejercicio de los derechos reconocidos, entre los cuales cuenta, en especial, el proceso. Se les ha considerado como las seguridades jurídico-institucionales que la propia normatividad señala para posibilitar la vigencia de los derechos y libertades reconocidos u otorgados, destacando la oponibilidad *erga omnes*.

No hay que olvidar, además, que el TC, como parte del Estado, también debe cumplir uno de los deberes primordiales asignados por la Constitución (en su Art. 44), cual es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, función que es congruente con el rol específico que el Art. 201 de la propia Norma Fundamental le ha asignado, en tanto órgano de control de la misma.

7 HUANCAHUARI PAUCAR, Carín, Ob. Cit., p. 9.

De lo expuesto, se tiene que en el país el extraordinario RAC concede al TC la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad, toda vez que en ella sí se tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la judicial review o derivación judicial de la facultad de control sobre los procesos constitucionales.

En el proceso de tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, el TC adquiere, por medio del RAC, la facultad jurisdiccional para conocer de la pretensión del proceso por violación de derechos, pero delimitando el derecho de acción al caso en que la pretensión del recurrente haya sido denegada por el juzgador de segunda instancia. De ahí la denominación de jurisdicción negativa, pues sólo procede ante denegatorias de la pretensión. Por ende, es conveniente ubicar al RAC en su verdadero sentido como recurso.

II.4 El RAC y los supuestos de admisión y procedencia.-

La búsqueda de predictibilidad y certeza, entonces, es la principal consecuencia de los criterios presentados por el Tribunal Constitucional, pues determinando con claridad qué significa el RAC y cuándo éste puede ser presentado o postulado ante la segunda instancia judicial a fin de elevarlo ante el TC, se puede conseguir mejor tutela para los justiciables y el ejercicio de sus derechos.

En esta línea, es conveniente resaltar lo presentado por el artículo 5 del CPCo, el cual establece las causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Entre ellas, es relevante hacer mención de las siguientes: "que los hechos y petitorio de la demanda no refieran directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; que existan vías igualmente satisfactorias para su protección, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; y, que a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable".

Al respecto, el primero de estos acápites guarda concordancia directa con lo establecido en el Art. 38 de dicho Código que postula, aunque exclusivamente para el proceso de amparo, que no procede "(...) en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo". De tal forma, consideramos que sólo podrá admitirse una intervención del TC si es que lo que está en juego es la búsqueda real de protección del ámbito

constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, es por ello que consideramos que la emisión de la sentencia Exp. 987-2014 AA/TC, caso Francisca Vasquez, que regula la institución de la "sentencia interlocutoria".

Las causales de admisibilidad y procedencia del RAC han sido explicadas someramente en el Art. 18° del CPCo, el cual señala que tal recurso debe ser interpuesto por el demandante; dirigido contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda; y presentado en el plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución.

Dado que ni la Constitución ni las leyes han establecido, más allá del reconocimiento de la protección del contenido constitucionalmente protegido, excepciones o limitaciones en cuanto a la procedencia de las solicitudes de salvaguardia de los derechos, este Tribunal considera que es necesario determinar, sobre la base de los criterios que se han ido estableciendo supra, cuándo le corresponde intervenir. Así, a partir de la jurisprudencia y las disposiciones del CPCo mencionadas, puede inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del RAC.

Entonces, aparte de las prescripciones formales precisadas por el Art. 18°, el TC considera importante que la Sala encargada del análisis de procedencia pueda actuar sobre la base de nuevos cánones de análisis ex ante de los RAC, estableciendo si cumplen con el fin para el cual se encuentran reconocidos.

Entonces, para que el TC pueda ingresar a estudiar el fondo del asunto debe existir previamente una clara determinación respecto a la procedencia de los RAC presentados. En ella consideramos se deba insistir en los siguientes aspectos, con la posible acumulación de casos idénticos:

- Identificación de vulneración manifiesta del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
- Revisión de las demandas manifiestamente infundadas.
- Evaluación de los casos en los que ya se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales.

No obstante debe tenerse cuidado de no declarar manifiestamente improcedentes cuestiones que, en realidad, deban requerir un análisis más profundo, pues cuando exista duda razonable al respecto, debe ser declarada la procedencia. Para la viabilidad de la reorganización propuesta se requieren de algunos presupuestos que el TC debe ir determinando normativa y jurisprudencialmente, siendo un claro ejemplo de ello la emisión contenida en la referida sentencia interlocutoria.

III. EL PRECEDENTE VINCULANTE.-

La técnica del precedente se basa, en términos generales, en la relación existente entre las reglas jurídicas extraídas en la solución de un caso en concreto y su aplicación en casos posteriores. Esto, sin embargo, ha tenido diferentes matices en el Derecho comparado, oscilando desde el grado de vinculación, hasta las técnicas para desvincularse del mismo. Así tenemos que, mientras para algunos sistemas jurídicos, como el caso del ordenamiento inglés, el grado de vinculatoriedad entre el precedente establecido por la máxima instancia con las instancias inferiores, se torna obligatorio, en otros ordenamientos -como el caso argentino- es más bien flexible, siendo que los jueces inferiores pueden apartarse del precedente establecido por la suprema instancia si así lo creen conveniente. Su desarrollo, además, en el plano constitucional, ha sido eminentemente jurisprudencial sentado por las máximas instancias judiciales de cada sistema jurídico sin mención expresa del legislador.

En nuestro ordenamiento constitucional se ha producido, sin embargo, un hecho singular, esto es, se ha establecido expresamente la técnica del precedente y su grado de vinculación. En efecto, el Art. VII del Título Preliminar (TP) del CPCo establece expresamente: "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. (...)".

Este artículo ha sido materia de debate en la doctrina constitucional, toda vez que, interpretado aisladamente, podría entenderse que el legislador ha realizado una distinción en el grado de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, entre las que se señala expresamente como precedente -que serían vinculantes- y las sentencias del Tribunal Constitucional que no se constituyen como tales -los que podrían ser entendidos como persuasivos. Además, el Art. VII del TP del CPCo tal

y como ha sido redactado, tiene sus raíces en el Derecho Administrativo, pero su desarrollo se ha visto influenciado por el origen anglosajón del precedente, y su mutación en los ordenamientos pertenecientes a la familia jurídica del civil law, lo que ha causado que, en nuestro ordenamiento constitucional, no se tenga un horizonte claro hacia dónde deba dirigirse el desarrollo de esa técnica.

Aquello, y la poca claridad entre la distinción del Art. VI del CPCo con el Art. VII de ese mismo cuerpo normativo, ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer las pautas generales respecto de cómo se debe desarrollar la técnica del precedente en nuestro ordenamiento constitucional y sus efectos vinculantes para los demás órganos.

Este desarrollo no ha sido, sin embargo, del todo pacífico dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, toda vez que, en un primer momento, ha tenido que pasar por un etapa de adaptación a nuestro ordenamiento constitucional para luego llegar a una etapa de consolidación la misma que aún se encuentra en proceso.

Así, el precedente constitucional se convierte en una regla jurídica vinculante para todos los poderes públicos, mientras que la jurisprudencia se encuentra en relación directa con la labor jurisdiccional. Esta última afirmación, sin embargo, puede traer consigo problemas de interpretación (que ya se empiezan a ser objeto de opiniones doctrinarias). Ello pareciera indicar que la jurisprudencia vinculante, establecida por el tribunal, no es vinculante para los otros órganos públicos, los que solo se encontrarían vinculados a los precedentes constitucionales, con lo cual se establecería, como en sus inicios, una suerte de jerarquía entre sus resoluciones.

IV. EL OVERRULING.-

Es evidente e innegable el desarrollo que actualmente ostenta el Derecho Procesal Constitucional Peruano en nuestro actual ordenamiento jurídico, tanto por la aportación doctrinaria como jurisprudencial, lo cual se ha visto reflejado en los incontrastables trabajos de investigación con el primordial objetivo de desarrollar -en un primer momento- la definición y adecuada comprensión de los diversos instrumentos que el Derecho Constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control inter-órganos y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución, y que finalmente se ha plasmado en el

Código Procesal Constitucional[8]. De allí el innegable interés que suscita su estudio, análisis y divulgación de esta jurisprudencia constitucional.

En este panorama resulta de vital importancia la función y rol encomendado al Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Constitución dentro de lo que se denomina el sistema de control constitucional concentrado o también llamado sistema europeo de control de la constitucionalidad[9]. Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido, inclusive por quienes fueron sus primeros miembros e integrantes, ha sufrido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época luego de su recomposición) un inusual protagonismo en asuntos que involucran no solo el escenario constitucional o jurídico, sino en el político, económico o social y que se ha reflejado de modo directo no solo en la especial ubicación que ha logrado en el actual Estado democrático de Derecho, sino también ante el foro, ante la opinión pública -aun por encima del prestigio de la propia Corte Suprema de Justicia de la República, hay que reconocerlo- dando lugar a una importante sólida y sistemática jurisprudencia. Ello, sin embargo, no ha estado exento de algunos errores de concepto y unos cuantos notorios excesos que para nada desmerecen su trabajo integral, de lo que hemos dado oportuna cuenta ([10]), y que en alguno de sus extremos ha empezado a ser modificado y reparado por el propio Tribunal Constitucional a partir del necesario overruling, actitud que, sin lugar a dudas, pondera aún más su actual labor y dinámica en aras del desarrollo y modernización de la jurisdicción constitucional en el Perú.

Así se configurará la presencia de un overruling, en el caso en el cual de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. El caso en que se quiebra un precedente vincu-

8 Sancionado por Ley N 28237, con calidad de Ley Orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el sétimo apartado del Art. 200 de la Constitución Peruana de 1993.

9 QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *"Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano"*, en Derecho-PUC, N° 50, Lima, 1996, p. 207 y ss.

10 QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *"Los excesos del Tribunal Constitucional"*, ponencia en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Universidad Católica de San María, Arequipa, 2005. Publicado: QUIROGA LEÓN, Aníbal.-*"Derecho Procesal Constitucional y Código Procesal Constitucional, ARA, Lima"*, 2005.

lante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.

La Constitución, en un modelo post-constitucionalista, ha dejado de concebirse tan sólo como un marco retórico, como una mera declaración de principios y postulados, y ha pasado a formularse como una realidad normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: el poder político y los particulares ([11]).

Así, la norma constitucional se posiciona en la cúspide del ordenamiento jurídico del estado y pasa así a ser norma suprema, conforme a la teoría kelseniana, de la cual se deriva también la formulación e implementación del Tribunal Constitucional como máximo órgano del control constitucional concentrado.

Los contenidos de la Constitución, sobre todo los referidos a los derechos fundamentales, se expanden a todo el Ordenamiento Jurídico conforme a la aplicación de los principios pro-hómine, pro-libertatis, in favor processum y de progresividad. Por ello, la Constitución debe ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en casos concretos.

Las determinaciones o concretizaciones de las normas constitucionales debe ser el resultado de un previo proceso argumentativo, de una adecuada fundamentación interpretativa que debe exhibir el Tribunal Constitucional como su principal actividad. Al ser la Constitución un orden abierto a los valores, es necesario definir y ordenar la interpretación constitucional que debe prevalecer.

El Tribunal Constitucional cuenta, sin duda alguna, con una posición preferente respecto de la interpretación constitucional. Esto genera la necesaria vinculación de todos los poderes públicos y de los particulares en el sistema jurídico general a la jurisprudencia preferente del Tribunal Constitucional que deviene así en precedente vinculante. Castillo Córdova señala ([12]), conforme el Art. VII del Título Preliminar del CPCo

11 CASTILLO CORDOVA, Luis.- *"El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial"*; Palestra Eds., Lima, 2008. Ver también; CASTILLOS CORDOVA, Luis y CASTILLO ALVA, José Luis.- *"El precedente judicial y el precedente Constitucional;"* ARA EDS., Lima, 2008.

12 CASTILLO CÓRDOVA, Luis.- *"Comentarios al Código Procesal Constitucional"*. Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 92.

que el precedente en los procesos constitucionales significa que ante una sentencia con fundamentos o argumentos jurídicos y con un fallo en un sentido determinado, obliga a resolver los futuros casos semejantes según los términos de esa primera sentencia. El precedente que pueda configurar las sentencias del Tribunal Constitucional vincula tanto a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como así mismo en los casos semejantes que en el futuro tengan que resolver, salvo se trate de un apartamiento de su línea jurisprudencial.

Sin embargo, no cualquier resolución del Tribunal Constitucional adquiere la calidad de precedente vinculante, ya que para que una Sentencia el Tribunal Constitucional pueda ser considerada como tal, cuando menos debe de cumplirse los siguientes dos requisitos:

- En primer lugar, debe tratarse de una decisión del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad; y,
- En segundo lugar, así deberá expresarlo la Sentencia misma; ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento.

Creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre.

De hecho el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que éstas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente sólo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí -y en plena aplicación del precedente vigente- los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.

En efecto, el Art. VII del Código Procesal Constitucional regula la figura del precedente vinculante. En él, básicamente, se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro, se prevé que para apartarse de uno de estos precedentes dicho Tribunal debe expresar

las razones que le lleven a ello. Se entiende que los efectos del precedente vinculante son similares a una ley, lo que resulta una afirmación imprecisa que confunde la vinculación general con efectos erga omnes. La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de staredecisis, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la ratio decidendi, o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustentan el fallo. La previsión del Código se valora positivamente al entender que se evita la inseguridad a la hora de identificar la ratio decidendi. Así, el Tribunal Constitucional determina qué es lo que vincula a los órganos inferiores.

Sin embargo, resulta poco claro. En primer lugar, el principio del stare decisisse aplica en un contexto jurídico muy diferente, por lo que buscar un sucedáneo en el precedente vinculante -ratio decidendi. Se ha dicho que gracias a aquel el Tribunal Constitucional es el que fija "qué fundamento, principio, aforismo o tan sólo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de ratio decidendi. Ello, no debe interpretarse como una identificación entre lo que es ratio decidendi y precedente vinculante porque puede haber elementos del razonamiento que sean ratio decidendi y precedente vinculante porque puede haber elementos del razonamiento que sean ratio decidendi y que no sean declarados por el Tribunal Constitucional precedentes vinculantes. El concepto de uno y otro es distinto aunque sus consecuencias se aproximen: un argumento con la calidad de ratio decidendi es aquel que sustenta la argumentación que lleva a determinada decisión final en la sentencia; en cambio, el precedente es una parte de la sentencia que el citado Tribunal declara como tal. En este sentido, la ratio decidendies una cuestión de fondo y el precedente vinculante de forma. La aproximación viene por las consecuencias: el precedente vinculante se impone por la exigencia del Art. VII del Código Procesal Constitucional, mientras que el argumento que es ratio decidendi se impone por convención doctrinal y jurisprudencial.

Lo que no presenta tantos problemas interpretativos es la parte final del Art. VII del Código, que obliga al Tribunal Constitucional a dar las razones que le lleven a apartarse de un precedente. La seguridad jurídica y el principio de igualdad exigen semejante solución.

También se ha dicho que esta figura está pensada especialmente para "los procesos que defienden derechos fundamentales o están vinculados a ellos (hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento) y no en los

destinados al control de la constitucional abstracto (como es la inconstitucionalidad o la acción popular). Se entiende que la inconstitucionalidad de la ley o reglamento en estos últimos, de ser estimatorios, la elimina del mundo jurídico, y en consecuencia, no puede ser utilizado como un precedente. En realidad, la previsión legal no permite interpretar tal extremo. En el fondo, también se reconoce lo mismo: Pero en estos casos (de inconstitucionalidad de una ley), se pueden extraer principios de la ratio decidendi aplicables a casos futuros. Sin duda, las argumentaciones realizadas en un proceso abstracto de inconstitucionalidad perfectamente pueden servir para dar contenido a un precedente vinculante.

Ahora bien, el precedente vinculante en el Perú "vincula" en virtud de la previsión legal del mismo. No obstante, no se precisa ante qué tipo de vinculación nos hallamos. Parece que en alguna ocasión se conecta con la idea propia de la vinculación de las sentencias constitucionales y, en otras, incluso con el efecto erga omnes, que es una cuestión diferente[13].

IV.1 Naturaleza formal y material del precedente vinculante.-

En un sentido formal, la configuración del precedente vinculante en el sistema constitucional peruano encuentra un primer punto de partida en el artículo VII del Título Preliminar del CPCo y sin embargo, no es en rigor el único extremo de referencia pues la institución del precedente judicial se remonta a la propia normativa judicial desde la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, e inclusive aún de anterior data en cuanto las normas aludidas solo configuraron un escenario normativo que ya de antiguo existía en los hechos. Desde que los jueces comenzaron a aplicar el Derecho, la relevancia de cómo se resolvieron los casos anteriores significaba una premisa gravitante y de orientación propia para los casos futuros. Entonces, no podía ser excluido el valor del precedente y por el contrario, era necesario asignarle dimensión formal.

Aun cuando la diferencia no es taxativa, conviene distinguir entre el precedente vinculante y el precedente judicial, en la medida que el primero

13 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. "*El precedente vinculante en la justicia constitucional peruana. A propósito de la Sentencia del Exp. N° 3362-2004-AA/TC*, En: Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional, Ed. Grijley, 2010, p. 172-174.

es propiamente aquel que expide el Tribunal Constitucional, y el segundo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

Un examen del precedente vinculante en la forma en que es planteado por el CPCo nos lleva a una primera reflexión: de la propia dimensión del precedente no fluye que refiera un sentido de obligatoriedad bajo responsabilidad funcional para los jueces respecto a su desvinculación. Y en realidad, fueron los autores del proyecto quienes establecieron la premisa en el sentido de que el precedente vinculante pudiera constituir un referente de vinculación en sentido lato, mas no que su no acatamiento, pudiera devenir en un tema de orden funcional.

Es con una Resolución Jefatural[14] del Órgano de Control de la Magistratura OCMA que el precedente vinculante adquiere una fisonomía distinta en cuanto a responsabilidad funcional y resultó curiosa la polémica generada a partir de la emisión de esta Directiva, pues a partir del pronunciamiento del ente contralor, en forma inmediata se produjo una réplica[15] del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el cual señaló taxativamente que los jueces del Poder Judicial se sujetaban solo a la Constitución y la ley, restando tácitamente el efecto inicial de impacto de la Directiva de OCMA.

A algunos años de esa diferencia institucional entre dos de los órganos más representativos del Poder Judicial, racionalizada a hoy esa diferencia entonces sustantiva, hogaño nos persuadimos de que una diferencia representaba implícitamente la otra. En efecto, en la actualidad es de suyo

14 Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA, de fecha 13 de marzo de 2006, publicada el 4 de abril del mismo año en el Diario Oficial El Peruano.

"Primero.-DISPONER que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-AP/TC, publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse".

15 Comunicado del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de fecha 05 de abril de 2006:

Conforme a los artículos 138 y 139, inciso 1, de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y las leyes. Los magistrados judiciales solo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en los artículos 146, inciso 1, de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

admitido que el precedente vinculante tiene una categoría normativa y que sus efectos son similares a los de la norma jurídica, aunque con ciertas diferencias peculiares, mas finalmente el precedente vinculante ostenta un efecto de aplicación prescriptivo y por tanto, representa una ley, que para los jueces resulta equivalente al mandato definitivo que la teoría constitucional hoy consagra[16].

Distintas sentencias del Tribunal Constitucional, con posterioridad a la resolución de OCMA, han consolidado la aplicación obligatoria del precedente (STC 006-2006-CC/TC Caso Casinos Tragamonedas), resultando éste, en consecuencia, un mandato prescriptivo para los jueces, sin opción de desvinculación, bajo responsabilidad funcional, es decir, de apertura de un procedimiento administrativo disciplinario por inobservancia del precedente.

Desde una perspectiva material, el precedente vinculante, a juicio nuestro, explica su razón de ser en función a 4 valores que Néstor Pedro Sagües[17] enuncia, a propósito de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de EE.UU., propuesta que consideramos válida para nuestro tema: "igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos), y respeto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata de una solución pragmática."

En adición a lo señalado, una tarea de interés es distinguir que estos valores, en genérico aplicables a todos los precedentes, asumen una dimensión sui generis en cuanto a los precedentes vinculantes, en tanto las controversias constitucionales atañen a derechos fundamentales y por tanto, abordan una visión interpretativa correctora o extensiva[18] de la Constitución, en cuanto la comprensión de las discusiones ius fundamen-

16 BERNAL PULIDO, Carlos.- *"La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales"*. Lima, 2009. p. 87

17 SAGÜES, Néstor Pedro.- *"La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia enEE.UU. y Argentina"*. Estudios Constitucionales. 2006. Julio, año/vol. 4, número 001. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile. p. 19

18 GUASTINI, Riccardo.- *"Problemas de interpretación"*. Razonamiento Jurídico. Lima, 2005. p. 121.

tales exige una supra interpretación de los principios, valores y directrices que la norma normarum comprende, y precisamente por tratarse de una interpretación por naturaleza legal y jurisprudencial suprema, es aquella que debe prevalecer.

Lo antes afirmado no está exento de algunas cuestiones controversiales y sin embargo, a juicio nuestro, derrotables. En efecto, ¿no sería acaso la interpretación judicial, en auxilio de una mejor tutela de un derecho fundamental y por ende, de la Constitución, la que debería prevalecer, si protege mejor, en un caso concreto, un derecho constitucional?. Fijémonos en un aspecto medular: advertimos en la premisa anterior una mejor tutela de la Constitución y a cargo de quién se encontraría. De alguna manera, el aserto de quién plantea mejor la defensa de un derecho fundamental contemplado por nuestra lex legis, conllevaría a sustentar la idea de que su interpretación sería la que mejor prevalecería. Sin embargo, si así conviniéramos, solo estaríamos analizando una parte del problema, partiendo de una premisa muy inicial, en tanto la configuración de una controversia constitucional conlleva dos objetivos, como fines de los procesos constitucionales: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

En tal sentido, la primacía de la Carta Fundamental, a advertir con más énfasis en los procesos de control normativo, y la protección de los derechos fundamentales, a materializarse en los procesos constitucionales de la libertad, puede generar distintos intérpretes mas no otorgar un mismo grado de validez, de un mismo rango, a todas las interpretaciones de la Constitución, debiendo prevalecer aquella a la cual la Ley de Leyes le otorga prevalencia.

Ahora bien, nuevamente otro tema discutible aflora nítidamente: ¿existe normativa constitucional que le otorgue al Tribunal Constitucional la calidad de supremo intérprete de la Carta Fundamental? Propiamente no, en tanto es el artículo primero de su Ley Orgánica, el sustento de esta denominación.

La comprensión de la calidad de supremo intérprete del Tribunal Constitucional exige la concurrencia de los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, en tanto podríamos asumir la premisa, por cierto literal, que enunciaría que por no encontrarse inserta en la Constitución la condición de "supremo intérprete", no le corresponde esa condición. Sin

embargo, es necesario concordar el Art- 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional L.O.T.C., con el Art. 202 de la Carta Magna.

El Art. 202 Inc. 1 de la Constitución le confiere al Tribunal Constitucional el conocimiento, en instancia única, de los procesos de inconstitucionalidad, así como igualmente, en última instancia, conoce las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de la libertad, y es a partir de estas disposiciones ius fundamentales que resulta válido afirmar que la interpretación del Tribunal se encuentra en un grado superlativo en relación a las interpretaciones del Poder Judicial.

Es cierto y admitámoslo con veracidad, que los jueces del Poder Judicial gozan de autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional. No podemos soslayar esa premisa en modo alguno, y sin embargo, el Derecho en general, y el Derecho Constitucional, muy en particular, admite que los pesos y contrapesos, revistan dos caracteres especiales en la disciplina de los derechos fundamentales: las funciones de control y de integración.

Por las funciones de control, el ejercicio de las potestades jurisdiccionales en el ámbito constitucional es por excelencia una tarea de control del poder, asumiendo una dimensión del poder en sentido amplio. Junto a las obligaciones del Poder Ejecutivo de gobernar y del Poder Legislativo de expedir leyes, entre otras asignaciones relevantes, igualmente los jueces ejercen un poder de decisión en los casos concretos. No es éste el lugar para determinar las formas de decisión y si respecto a esas decisiones los jueces crean derecho[19], con lo cual asumen una forma de poder, mas es necesario recalcar que la tarea nomofiláctica de los tribunales superiores, de control y expulsión de las interpretaciones contrarias al ordenamiento constitucional, es también en propiedad un ejercicio del control del poder de decisión de los jueces.

De otro lado, hay una tarea de integración amplia que se cumple en sede constitucional: la función de colmar vacíos es una variable permanente en la dilucidación de controversias sobre derechos fundamentales, en tanto asumimos la tesis del principialismo, como corriente interpretativa en el Derecho Constitucional de nuestros días, respecto a que los vacíos que el Derecho presenta, deben ser llenados por los principios. Un ejemplo idóneo de éstos precisamente está representado por los derechos de raigambre

19 BULYGIN, Eugenio.- ¿Los jueces crean derecho?, Isonomía No. 18. Abril 2003. p. 7

constitucional que actúan en forma subsidiaria frente a los espacios de los derechos incontestados por la norma jurídica.

En efecto, recogemos aquí la tesis de la subsidiariedad, residualidad y excepcionalidad de la tesis de los principios frente a las reglas, o como suele referir Alexy, las normas-principio frente las normas- regla, en tanto solo si aquellas no brindan una respuesta satisfactoria frente al problema suscitado, recién pueden los principios desplegar su efecto material. Antes no y por una sencilla razón: las normas están investidas de un efecto prescriptivo y de allí la racionalidad de su fuerza, lo cual representa la tesis fuerte en el Derecho.

Solo si el efecto prescriptivo se encuentra ausente frente a la controversia a resolver, entonces actúan los principios para bajo tesis de razonabilidad y de aceptabilidad, lo cual en principio podría suponer una tesis débil ([20]), mas no es propio asignarle aquí una condición de carencia de fuerza sino simplemente que el punto de partida de interpretación de los principios, parte de una tesis no prescriptiva sino propositiva, esto es, constituyen mandatos de optimización que apuntan a que algo se desarrolle dentro de las mejores posibilidades fácticas y jurídicas.

Tales exigencias de razonabilidad son necesarias a fin de respetar la delimitación de ámbitos de las normas- regla y las normas- principio. Ni aquellas deben significar el único extremo de interpretación en el Derecho en cuanto ellas expresen una idea de fuerza en la cosmovisión de los derechos fundamentales, ni los principios deben significar una corriente de prevalencia en términos de superioridad, a efectos de evitar esa famosa expresión de Prieto Sanchís ([21]), en referencia a Commanduci, en el sentido de que los principios puedan acaso representar "el positivismo jurídico de nuestros días".

V. LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA

Para poder llegar a entender cuáles fueron los orígenes de la sentencia interlocutoria es necesario señalar como ha sido tratado en sus primeros

20 GARCIA FIGUEROA, Alfonso.- *"La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales"*. Palestra Editores, Lima, 2003. p. 68

21 PRIETO SANCHIS, Luis. *"Neo constitucionalismo y ponderación judicial"*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001.p. 10.

orígenes por ejemplo el maestro Eduardo J. Couture conceptualiza en un inicio que la sentencia interlocutoria como aquella mediante la cual se resuelve un incidente en el ámbito del derecho procesal."[22], Pero no menciona o define precisamente cual es la anomalía que pueda afectar a dicho acto procesal[23]. Pues bien el jurista lo ha definido el contenido explícito de la sentencia, hace una clasificación que a posteriori se vio reflejada en el texto, sosteniendo la existencia de las sentencias interlocutorias y definitivas[24].

Así pues, podemos señalar que las sentencias interlocutorias son aquellas decisiones judiciales que resuelven una controversia incidental suscitada entre las partes en juicio. O aquéllas que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

También algunos procesalista como lo denominan como Auto Interlocutorio que es una resolución que versa sobre el fondo ya este sea incidentes o cuestiones previas, y este a su vez se le pueden denominar en 2 tipos i) Auto Interlocutorio Simple ii) Auto Interlocutorio Definitivo.

i) Auto Interlocutorio Simple: Son aquellos autos por lo que se fundamentada expresamente como por ejemplo cuando se expide un auto de rechazo de demanda, auto inicial, auto de cierre de plazo probatorio, auto de concesión de libertad provisional.

ii) Auto interlocutorio Definitivo: Es una Resolución judicial que tiene fuerza de sentencia, por cuanto excepcionalmente, deciden o pone fin a una situación jurídica determinada.

V.1 La Sentencias Interlocutoria y los parámetros vinculantes.-

La nueva conformación del Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante una serie de criterios mediante los cuales le será posible rechazar de plano gran parte de las demandas que comúnmente llega a su conocimiento. Con ello se busca que el Colegiado pueda enfocar

22 COUTURE, Eduardo J.-"*Vocabulario jurídico*". 3ª edición, B de F, Buenos Aires, 2006, pág. 672.

23 Previo a tal concepto, indica que la*sentencia*es el"*Acto procesal emanado de los órganos de la jurisdicción, mediante la cual éstos deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. (...)*"(COUTURE, Eduardo J.-***Vocabulario jurídico**, Op. Cit. pág. 667).

24 COUTURE, Eduardo J."*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*".4ª edición, B de F, Buenos Aires, 2004, p. 243.

sus recursos en atender aquellos casos que merecen una tutela urgente o solucionar conflictos de suma relevancia, procediendo así a reiterar su jurisprudencia del 2005, esta vez, reafirmándola expresamente como un precedente vinculante.

Así, en el caso Francisca Lilia Vásquez Romero Exp. 00987-2014-AA/TC, el máximo intérprete de la Constitución determinó que podrá emitir sentencia interlocutoria denegatoria del recurso de agravio constitucional (RAC) cuando:

a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.

b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.

c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del TC.

d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

De esta forma, el RAC podrá ser rechazado sin más trámite, esto es, sin debate entre las partes ni valoración de pruebas, no obstante lo desarrollado por el TC y lo expuesto en la presente ponencia, dicho pronunciamiento no es la primero por el cual el TC limita el RAC.

El Art. 18 del Código Procesal Constitucional establece los requisitos de procedencia de dicho recurso. Al respecto, indica que el RAC únicamente será procedente contra resoluciones de segundo grado que declaren infundada o improcedente la demanda. Seguidamente, señala que este medio impugnatorio deberá ser presentado dentro del plazo de 10 días contados a partir del día siguiente de notificada la resolución cuestionada.

Pese a que la legislación se limita a establecer solo estas condiciones para la procedencia del RAC, a juicio de nuestro Máximo Intérprete de la Constitución, no bastaría la desestimación de la demanda y el cumplimiento del plazo. Tal como había indicado el TC en un anterior precedente vinculante 2877-2005 HC/TC, además de los requisitos formales de procedencia resulta indispensable evaluar la relevancia constitucional del caso materia de la demanda.

Ello fue recogido en el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, según el cual, aparte de los criterios establecidos

en el citado Art. 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará la improcedencia del RAC, a través de un auto, en los siguientes supuestos: "si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse".

Ahora bien, pese a la claridad de la normatividad vigente y la obligatoriedad del anterior precedente emitido por el propio TC, en los últimos años dicho Colegiado ha venido conociendo demandas manifiestamente infundadas. Esta situación ha evitado que puedan atenderse oportunamente aquellas vulneraciones a derechos fundamentales que merezcan una pronta tutela.

Por ello, los nuevos magistrados constitucionales han considerado necesario emitir este reciente precedente. El tiempo dirá si, en esta ocasión, el TC implementará los mecanismos necesarios para que se cumpla lo dispuesto en este precedente.

En ese sentido, la resolución denegatoria denominada "sentencia interlocutoria" en puridad constituye un auto. Por ello, en caso de rechazarse la demanda, sobre la base de lo dispuesto en este precedente, el afectado podría interponer el recurso de reposición previsto en el Art. 121 del Código Procesal Constitucional.

Efectivamente, hasta donde alcanza nuestro estudio, podemos inferir una premisa en el sentido de la vinculatoriedad de los precedentes y de la expresión de los mismos como interpretación final del guardián de la Carta Fundamental.

No podemos excluir que un sentido más de vinculatoriedad, en realidad de obligatoriedad, efectivamente lesiona en alguna forma la autonomía judicial, argumento frente al cual es necesario asumir una posición de crítica y equilibrio, en defensa de las potestades interpretativas de los jueces del Poder Judicial.

Pues bien, como hemos sostenido supra, el rango de lesión al derecho a la independencia judicial no resulta en propiedad manifiesto sino en rigor menor, en cuanto se satisface de mejor forma, optimizando mejor su contenido- la potestad interpretativa del Tribunal Constitucional- al cual la Constitución y su Ley Orgánica le atribuyen la calidad de supremo

intérprete de la Constitución. Por consiguiente, no podemos concluir en una afectación sustantiva de la autonomía judicial el hecho que se emitida este tipo de sentencias, máxime si al final recae sus efectos de manera directa por ante el mismo Tribunal Constitucional, debiendo, a nuestro criterio ser también de observancia por parte de la Corte Superior o Corte Suprema (cuando funja de segunda instancia) a efectos de rechazar o conceder un recurso de agravio constitucional.

Así pues, con dicha medida, el Tribunal Constitucional busca preservar, de esta forma, que procesos que no satisfagan determinadas condiciones para su conocimiento vía recurso de agravio constitucional, deberán ser desestimados de plano, sin que se emita sentencia de fondo.

La referencia a la especial trascendencia constitucional es un concepto que maneja la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, cuyo Art. 49.1 señala:

"El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso."

En ese sentido, un efecto inmediato de este precedente, prevemos, es la reducción de procesos en curso ante el Tribunal, en especial, los referidos a procesos de la libertad (habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento). Y por cierto, constituye un mensaje de importancia a las Salas Superiores del Poder Judicial a fin de prever, con más rigurosidad, en cuáles casos ha de concederse el recurso agravio constitucional, requisito sin el cual una pretensión no puede subir a conocimiento del Tribunal Constitucional.

V.2 La sobrecarga procesal del Tribunal Constitucional.-

La sobrecarga procesal es un mal que acarrean nuestros órganos jurisdiccionales en general y el Tribunal Constitucional no es ajeno a esta terrible deficiencia.

La Constitución, en su Art. 201, le otorga al TC autonomía e independencia en la función de control de la Constitución, labor que implica,

asimismo, el resguardo de los derechos fundamentales. Es por esto que se le asigna al TC la competencia para conocer en última y definitiva instancia los recursos constitucionales, entre ellos el RAC - Amparo.

El proceso de amparo, procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos de rango constitucional, reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales, con excepción de aquellos que ya se encuentran protegidos por los otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales - hábeas corpus y hábeas data.

Por ser un mecanismo de cese a la vulneración de los derechos invocados, el amparo reviste un carácter residual y excepcional, ya que supone una tutela de urgencia al verse involucrados los derechos fundamentales. Es por ello que la naturaleza del proceso de amparo es que este sea un medio rápido y eficaz para la protección de derechos.

Sin embargo, en el Perú la figura del amparo se ha visto desnaturalizada por su excesivo uso como medio para obtener un resultado favorable. Es decir, en la práctica es utilizada como un instrumento, no para la reposición de un derecho fundamental, sino para obtener un resultado favorable que en sede judicial no resultó.

Por ello, existe un número excesivo de procesos de amparo iniciados y que llegan al TC que precisamente - y sumado a otros factores- han generado una sobrecarga procesal constitucional que viene colapsando desde hace años y que necesita de medidas urgentes para su solución.

En ese contexto, es válida la interrogante ¿Cuál es el problema de este uso excesivo del proceso de amparo? Esto es que, al generarse innumerables casos a ser resueltos por el TC, aquellos que verdaderamente necesitan de tutela constitucional se ven retrasados por la existencia de aquellos que únicamente han sido planteados para simular una instancia más - cuando es claro que el TC no es una instancia adicional, sino un órgano autónomo.

El primer paso realizado por la nueva conformación del TC con la finalidad de paliar la sobrecarga procesal constitucional, se ha visto plasmado en el precedente vinculante establecido en la STC Exp. 00987-2014-PA/TC del 6 de agosto del año en curso, caso Francisca Lilia Vásquez Romero.

Este precedente vinculante, como ha sido señalado ha establecido cuatro criterios para la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria, es decir, para rechazar de plano las demandas de amparo, las consideraciones vertidas en el fundamento 49 de la citada sentencia.

Ahora bien, ya existían ciertas normas que buscaban enmarcar la limitación de los procesos de amparo. Por ejemplo, el artículo 18 del CPCo había delimitado la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional (RAC), estableciendo que este debía ser interpuesto contra la resolución de segundo grado que declaraba infundada o improcedente la demanda y que, además, debía ser realizado en el plazo de diez días desde el día siguiente de notificada la resolución.

Si bien una interpretación literal de dicho artículo podía hacer creer a los justiciables que cualquier resolución que declaraba infundada o improcedente la demanda sería susceptible de un RAC siempre que este se interpusiera dentro del plazo legal, esto no puede entenderse así, dado que justamente esto ocasionaría una mayor carga procesal. Es precisamente en busca de orientar la interpretación de este artículo del CPCo que se han realizado los esfuerzos por establecer parámetros para la interposición de este recurso.

También con anterioridad, la jurisprudencia había señalado que era necesario tener en consideración para la admisión del RAC el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados (STC 02877-2005-HC/TC - Fundamento 27).

A su vez, en este mismo fundamento se había establecido parámetros para la admisión de los RAC; como también en el Art. 38° del CPCo, que señala que "no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo" y en el inciso 1 del Art. 5° del mismo cuerpo normativo, que estipula que "no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

Por otro lado, y de manera más acertada, el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, promulgado a través de Resolución Administrativa. 095-2004-P-TC en el año 2004, ya había establecido parámetros de admisión del RAC señalando que:

La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el Art. 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse".

En suma, ya existían de manera previa al precedente vinculante del Tribunal Constitucional comentado, artículos de cuerpos normativos dispersos direccionados a limitar la procedencia de los RACs únicamente a aquellos casos en los que se afecta el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Esto teniendo en cuenta la finalidad de dicho recurso constitucional, que es servir para proteger derechos fundamentales afectados o amenazados de manera inminente.

Lo cierto es que el precedente vinculante sí limita de una manera más específica - aunque no suficiente- la admisión de los RAC con la finalidad de evitar la admisión de demandas que resultan manifiestamente improcedentes o inapropiadas para tramitarse en la vía constitucional.

Por ello cabe preguntarse ¿supone dicha limitación una afectación al derecho de acceso a la justicia? Bien sabemos que ningún derecho es absoluto y que estos pueden verse limitados por otros derechos a fin de que todos puedan ser preservados en su contenido esencial. El derecho que en este caso se está buscando proteger es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de aquellas personas que verdaderamente sí necesitan del auxilio constitucional. Incluso podría decirse, más específicamente, que se busca proteger el derecho a un mecanismo rápido y efectivo de estas personas (Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo, debe tenerse en cuenta también la situación del caso concreto peruano en el que uno de los problemas que impiden una efectiva solución de controversias es la excesiva carga procesal, para lo cual habría que ponderar ambos derechos y así responder a la pregunta planteada al inicio de este párrafo.

Por lo esbozado en el presente ensayo, consideramos que el precedente vinculante que ha establecido el nuevo Tribunal Constitucional

es un paso para ir mermando este mal que impide una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. No obstante, esto no debe quedar en una simple declaración, sino que requiere, además, de un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial para así erradicar el uso indiscriminado de los RAC.

De esta forma, debe buscarse que la figura del amparo retome la finalidad para la cual existe en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho: ser un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales y no más un recurso de "sin sentido y de ultima oportunidad" de aquellos que no han logrado obtener respuesta favorable a su pedido en sede judicial.

Lima, julio de 2017

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO

Omar Toledo Toribio[1]

El debilitamiento del principio de estabilidad en el empleo, con el consiguiente diseño desde la ley de modalidades de empleo atípico (flexibilidad "de entrada"), el incremento de los poderes empresariales, normalmente unilaterales, de alteración del contenido de la prestación (flexibilidad "interna"), o la disminución de las garantías frente al despido (flexibilidad "de salida"), que se registran en la mayor parte de ordenamientos, no son sino manifestaciones de esta tendencia[2]

---

1 Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM), Magister en Derecho (UNMSM), Juez de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, con estudios en Litigación Oral Laboral en el California Western School Of Law, en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Colombia. Catedrático de la Facultad de Derecho -Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Delegado en Perú de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010.

2 Sanguineti Raymond, Wilfredo.- La "Deconstrucción" del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?" En https://

INTRODUCCIÓN

Al referirse a la deconstrucción del derecho del trabajo el profesor Wilfredo Sanguineti Raymond señala "Que la dinámica introducida por la mundialización de la economía conduce al desmontaje o la pérdida de efectividad de los tradicionales mecanismos de equilibrio social trabajosamente diseñados a nivel estatal a lo largo de más de un siglo, lo demuestra la ponderación de los efectos que este proceso está teniendo sobre una de sus más señaladas expresiones: el Derecho del Trabajo"[3]

Como consecuencia de la globalización y la mundialización de la economía se han producido diversos cambios en las relaciones laborales y en las formas de desarrollo de la actividad productiva. Es en esta dinámica que se vuelven a plantear viejos mitos como el considerar que los "sobrecostos" laborales minan la posibilidad de hacer competitivas a las empresas y hacen menos atractivo nuestro mercado al ingreso de nuevos emprendimientos e inversiones.

En esta dirección que se produce el fenómeno de *la deconstrucción del derecho del trabajo* que no constituye sino en desactivar el andamiaje jurídico laboral construido y sustentado en virtud no solamente al influjo de la doctrina y jurisprudencia laboral sino de las conquistas laborales logradas a lo largo de muchas décadas

Recientemente se ha difundido la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en la STC N° 01647-2013-PA/TC, según la cual la estabilidad laboral absoluta no encuentra asidero en nuestro ordenamiento constitucional y, por tanto, en ningún caso podrá utilizarse la vía del amparo para tutelar un inexistente derecho a la estabilidad en el trabajo o reposición laboral.

Consideramos que esta relectura de la doctrina jurisprudencial acuñada por el Tribunal Constitucional se inscribe dentro de esta corriente orientada a la deconstrucción del derecho del trabajo, lo cual nos ha motivado analizar los alcances y consecuencias de la irrupción de este pronunciamiento en el panorama laboral.

---

wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/globalizacion-y-dt-wsanguineti2.pdf

3 Idem

LA REGULACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

La Constitución Política de 1993 en su artículo 27 prevé que *"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*.

En función al mandato constitucional el Decreto Legislativo N° 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria, como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que sólo cabe el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 03-97-TR)[4], en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

El artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, en adelante TUO, establece que es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25 (despido por reacción o por represalia); d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquiera otra índole; e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto (fuero de maternidad). A las causales antes citadas debe agregarse la dispuesta por la Ley N° 26626, referida al despido del trabajador por ser portador del VIH-Sida.

Como es de advertirse, la norma establece taxativamente la causales por las cuales se puede calificar a un acto de despido como nulo, las que se caracterizan por ser *numerus clausus*. En consecuencia, no se puede agregar una causal adicional a las que el legislador consigna a través de la referida norma, esto en aplicación del Principio de Legalidad. Por otro

4 La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

lado, corresponde citar el artículo 34 del mismo TUO que prevé que en los casos de *despido nulo*, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38 del TUO.

En sentido distinto, el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, define el despido arbitrario, señalando su consecuencia, en los siguientes términos: "si el ***despido es arbitrario*** por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. Finalmente, el despido indirecto se configura cuando frente a un acto de hostilidad[5] el trabajador opta por la terminación de la relación laboral o se da por despedido, lo cual se halla regulado por el artículo 35, inciso b) del TUO. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 del TUO, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

STC. 1124-2001-AA/TC (CASO FETRATEL C/ TELEFÓNICA)

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el EXP. N.° 1124-2001-AA/TC (Caso FETRATEL c/ Telefónica) ha señalado que:

> *"Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad*

5 Artículo 30 del TUO aprobado por D.S. 03-97-TR.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador."

Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a. *El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.*

b. *La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.*

c. *La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional."*

De esta forma, a partir de la indicada sentencia, que, dicho sea de paso, marcó un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en temas de carácter laboral, existe la posibilidad de la tutela restitutoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el ***despido incausado*** que en términos de lo regulado por el TUO equivaldría a una modalidad del despido arbitrario.

STC 976-2001-AA/TC, CASO EUSEBIO LLANOS HUASCO

Posteriormente, y en virtud de que a partir de la expedición de la Sentencia N° 1124-2001-AA/TC se observó una tendencia creciente a la *amparización* de las acciones impugnatorias del despido arbitrario y en el marco de lo regulado por la derogada Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, -que establecìa el amparo alternativo-, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 13 de marzo del 2003 en el Exp. N.° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco, la misma que prevé que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo, b) Despido incausado y c) Despido fraudulento.

En efecto, a partir de esta sentencia se produce una nueva clasificación del despido a efectos de su evaluación en sede constitucional. De esta forma, conforme a esta sentencia se produce el denominado **despido nulo** cuando se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales, se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición), se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc, se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto), se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.° 26626) y se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley N.° 27050). Por otro lado , se produce el **Despido incausado** cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique y por último se configura el denominado **despido fraudulento**, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la

extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas". (fundamento 15)[6].

PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO EN LA STC N.° 0206-2005-AA/TC.

Finalmente, y ya con la vigencia del Código Procesal Constitucional, que ha consagrado el modelo de amparo residual, se ha expedido la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, Caso Baylón Flores, en la que se estableció, en calidad de precedentes vinculantes, preceptos relativos a los casos en que se puede acudir a la justicia ordinaria (Juzgados y Salas Laborales) buscando tutela restitutoria (Despido Nulo) y los casos en que se puede recurrir a la vía constitucional de amparo solicitando reposición (Despido nulo, despido fraudulento y despido incausado) consolidando en cierta forma los criterios ya adelantados y la nueva nomenclatura del despido diseñada en la sentencia expedida en el caso Eusebio Llanos Huasco. En efecto en la sentencia se señala:

"Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate."(fundamento 6)

"El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.° 976-2004-AA/TC, para ***los casos de despidos incausados*** *(en los cuales no exista imputación de causa alguna),* ***fraudulentos*** *y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección*

6 Continúa en Tribunal Constitucional señalando que *En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo"* (fundamento 15 de la STC N.° 976-2001-AA/TC).

adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados." (fundamento 7).

> *Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado.* ***En cuanto al despido fraudulento****, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.* (Fundamento 8) ***(La negrita es nuestra)***

DERECHOS DE TITULARIDAD GENERAL O INESPECÍFICA EN EL SENO DE LA RELACIÓN LABORAL.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en vía de amparo se ha pronunciado por la reposición del trabajador cuando se ha producido la afectación de los demás derechos constitucionales que el trabajador mantiene inalterables no obstante la subordinación en la que se encuentra respecto al empleador. Esto significa que el trabajador ingresa a la relación laboral conservando todo el bagaje de derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, atributos que en doctrina se han dado en denominar como *derechos de titularidad general o inespecífica en el seno de la relación laboral.*

La protección de estos derechos se deriva del mandato constitucional contemplado en el artículo 23 de la Carta Política según el cual *ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida con fecha once de julio de dos mil dos, en el Exp. N.° 1124-2001-AA/TC Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel se ha referido a la protección de estos derechos en el seno de la relación laboral como una manifestación de "la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros

de los derechos fundamentales" esto es, "que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares" (fundamento 6), y refiriéndose a la empresa demandada señala que "Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable" (fundamento 7).

Posteriormente el máximo intérprete de la Constitución ha emitido diversos pronunciamientos en los cuáles ha dispensado la protección constitucional a los llamados *derechos de titularidad general o inespecífica.* Tal es el caso de la sentencia de fecha 10 de agosto de 2002, expedida en el Exp. N° 0895-2001-AA/TC, seguido por Lucio Valentín Rosado Adanaque con Essalud, en la que se ha tutelado la libertad de Conciencia y Religión en la relación laboral, la sentencia de fecha 18 de agosto de 2004, emitida en el Exp. N° 1058-2004-AA/TC., caso Rafael Francisco García Mendoza con Serpost, en la que se ha protegido el derecho a la intimidad y a la Inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la sentencia de fecha 10 de julio de 2002, recaída en el Exp. N° 0866-2000-AA/TC, caso Mario Hernán Machaca Mestas con Dirección Subregional de Salud de Moquegua y otros, referida a la libertad de expresión e información, entre otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se tutelado el derecho a la dignidad, el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la interdicción de la doble persecución o sanción por el mismo hecho (*ne bis in idem*), etc.[7]

7 Una referencia a los llamados *derechos de titularidad general o inespecífica* se puede encontrar en nuestro artículo titulado "El facebook y el derecho laboral. Los límites de la libertad de expresión en el centro de trabajo", publicado en la revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 129, Lima Junio 2009, pp. 271-273.

LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO (NLPT)

La Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 29497, establece que en proceso abreviado laboral, el Juez Especializado de Trabajo resulta competente para el conocimiento de la ***reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única***.(Art. 2.2.).Lo resaltado es nuestro.

Esta nueva disposición legal originó inicialmente diversas interpretaciones. En efecto, por un lado algunos consideraban que esta disposición legal define la discusión existente entonces y estaría otorgando competencia al Juez Laboral para el conocimiento de las demandas en las que se solicita la reposición por despido incausado o por despido fraudulento encontrándose de esta forma la solución a la problemática existente en aquellos justiciables que, luego de acudir en vía de amparo invocando la existencia de alguno de estos dos tipos de despido, sus respectivos procesos fueron derivados a la vía ordinaria.

Sin embargo, existían posiciones encontradas respecto a la aparente solución aportada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo tema que fue materia de tratamiento en el I PLENO, siendo que dentro de sus conclusiones sobre el Tema N° 01, referida a la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía Laboral, regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497); acordó por unanimidad que: *"Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única"*.

Por ende en virtud al citado acuerdo, los Jueces Especializados Laborales que conozcan procesos con la NLPT, son competentes para conocer las demandas de reposición como consecuencia del despido incausado y despido fraudulento.

STC N° 04533-2013-PA/TC, PRECEDENTE VINCULANTE ELGO RÍOS NÚÑEZ

En la sentencia emitida en el Expediente N° 04533-2013-PA/TC, publicada el 27 de enero de 2015 en el portal web institucional, el Tribunal Constitucional fija, con carácter de precedente vinculante, los criterios para establecer cuándo vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria". Ciertamente, este precedente es de aplicación a todos los procesos consti-

tucionales de amparo y naturalmente también a los procesos de amparo en los que se busca la reposición laboral, pues precisamente la causa que motivó la expedición del precedente se trata de una reposición.

En esta sentencia se fijaron como precedente vinculante diversas reglas que pueden resumirse en que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria": una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía específica idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).[8]

Si bien en el presente trabajo no vamos a desarrollar el tema de la vía igualmente satisfactoria en los procesos de amparo laboral nos interesa destacar que en la STC materia de análisis el Tribunal Constitucional tiene consignado expresamente un apartado denominado la revisión del precedente contenido en la STC. N° 00206-2005-AA.

LA REVISIÓN DEL PRECEDENTE CONTENIDO EN LA STC EXP. N° 00206-2005-AA.

En efecto en relación a este tema el Tribunal Constitucional expresa lo siguiente:

"21. En los fundamentos jurídicos 7 a 25 de la STC Exp. N° 00206-2005-PAJTC este Tribunal Constitucional estableció, con carácter de precedente

8 Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)', o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.

De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitada no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Situación también predicable cuando existe un proceso ordinario considerado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del claño)

vinculante, un conjunto de reglas que orientaban el conocimiento de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Allí se fijaron, primordialmente, criterios materiales en torno a la procedencia del amparo en materia laboral, y también se brindó un tratamiento, que aquí se juzga como insuficiente, de la causal de improcedencia recogida en el inciso 2 del articulo 5 del Código Procesal Constitucional.

22. Al respecto se sostuvo que: caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados» (fundamento jurídico 7); y que: «[C]onforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa.» (fundamento jurídico 24).

23. Como puede apreciarse, las reglas que establecidas como precedente parecen orientadas a determinar los supuestos que en materia laboral serían susceptibles de debate por la vía del amparo (v. gr.: el tipo de despido, el carácter público o privado del régimen laboral) y no a determinar, en realidad, cuándo la vía ordinaria resulta igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

24. Sin embargo, ***esto no implica que con el análisis fijado supra para determinar cuando existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria varíe radicalmente los criterios sobre la procedencia de los amparos laborales, pues en esencia se mantiene los principales criterios preexistentes, si bien contemporizados a la luz de las reglas procesales laborales hoy vigentes.*** *(Lo resaltado es nuestro). Efectivamente, este Tribunal no puede obviar que actualmente en gran parte del país se encuentra en vigor una Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, que cuenta con procesos céleres y medidas cautelares garantistas, regulación que exige a los jueces constitucionales evaluar, a la luz de los casos concretos y de los criterios establecidos en los fundamentos 12 al 15 de esta sentencia, la procedencia o el rechazo de la demanda de amparo.*

25. ***Al respecto, este Tribunal señala que, a pesar de la existencia de referida norma procesal, en sustancia mantiene los criterios materiales referidos a la procedencia del amparo laboral.*** *Así, como antes, en caso que la*

vía laboral no permita la reposición satisfactoria o eficaz del trabajador (supuesto de estructura idónea, previsto en el fundamento 13, supra), o cuando el demandante persiga la tutela urgente de sus derechos constitucionales frente a despidos nulos, en caso no vaya a obtener tutela satisfactoria en la vía laboral (supuesto de tutela idónea y urgencia iusfundamental, previstos en los fundamentos 13 y 14, supra), deberá admitirse a trámite la demanda de amparo. Igualmente, para los casos que no se encuentran regidos por la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, resulta de aplicación el análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional fijados en esta sentencia como precedente, que son compatibles con los precedentes que fueron establecidos en la STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC.

Como se observa en el Precedente Vinculante Elgo Ríos el Tribunal Constitucional se encarga de precisar que no se han variado los criterios sobre la procedencia de amparos laborales, esto es, debemos entender que al no haberse dejado sin efecto el precedente Baylón Flores está perfectamente intacta la posibilidad de obtener la reposición del trabajador no solamente en los casos de nulidad de despido nulo sino también en los casos de despido incausado y despido fradudulento.

EL PRECEDENTE HUATUCO HUATUCO

La sentencia que constituye precedente vinculante recaída en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC (proceso seguido por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial), que modifica el nivel de protección ante un despido arbitrario de un trabajador público sujeto al régimen laboral privado, ha originado arduas discusiones en el ámbito del foro y los órganos jurisdiccionales de carácter laboral.

En nuestros pronunciamientos jurisdiccionales hemos expresado nuestro punto de vista contrario al citado precedente (9). Sin embargo, estando al carácter normativo del mismo y estando al modelo adoptado por el Código Procesal Constitucional consideramos que corresponde ser aplicado. Sin embargo, es posible distinguir en virtud de la figura del *distinguish* **los casos en los que no se presenta el supuesto de hecho que ha servido para la expedición del precedente (Desnaturalización**

9 Ver TOLEDO TORIBIO, Omar.- EL PRECEDENTE HUATUCO HUATUCO Y LA CAPTURA O SUBSUNCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD LABORAL, Artículo publicado en la Revista DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, N° 203, Lima, Agosto 2015, año 21, pp. 215-232

de contrato y reposición -Sentencia del 17 de julio de 2015, Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, Tribunal Unipersonal, Vocal Ponente Omar Toledo Toribio, EXP. N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03) y en ese sentido consideramos que no se aplica el citado precedente en los siguientes casos:

1.- Cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición sino que existiendo prestación de servicios vigente se está peticionando la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS. Por interpretación *a contrario sensu* **del fundamento 10 del Auto aclaratorio del Precedente** Huatuco Huatuco de fecha 7 de julio de 2015 (Expediente N° 23195-2013-0-1801-JR-LA-11, Sentencia Del 15 de julio de 2015 4ta. Sala Laboral de Lima)

2.- Cuando no existe vínculo contractual vigente y la demanda contiene la solicitud de declaración de existencia de una relación laboral **a tiempo indeterminado** por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS, además del pago de beneficios sociales y, de ser el caso, indemnización por despido arbitrario. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 Sentencia Del 15 de julio de 2015- 4ta. Sala Laboral de Lima)

3.- No es de aplicación para el caso de los obreros municipales. (EXP. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 sentencia Del 14 de julio 2015, 4ta. Sala Laboral de Lima)

4.- No es de aplicación para los trabajadores de las empresas del Estado que no están comprendidos en la función pública por expresa mención del artículo 40 de la Constitución Política del Estado y por tanto expresamente los mismos han sido excluidos de la Ley SERVIR. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (Sentencia Del 15 de julio de 2015. 4ta. Sala Laboral de Lima).

Estos pronunciamentos significaron un verdadero vuelco en lo que se refiere al tratatamiento del Precedente Huatuco Huatuco pues en algunos Distritos Judiciales se ha estado optando por una aplicación **rígida de** la citada sentencia, sin mayor análisis, vulnerando el derecho de los trabajadores cuya situación no se encontraba dentro del supuesto que sirvió para la expedición del mismo.

Posteriormente la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema y recogiendo los critérios desarrollados por la judicatura superior, emitió sendos pronunciamentos. Es así que en la **Casación Laboral N° 11169-2014 LA LIBERTAD** ha señalado:

- *Decimo sexto: ....Aplicación del precedente constitucional vinculante N° 05057-2013-PA/TA... Esta Sala Suprema considera dejar establecido que las reglas expresadas por el Tribunal Constitucional en el Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/TC, están referidas a una pretensión en la que se ha discutido la desnaturalización de contratos temporales o civiles y como consecuencia de ello se ha solicitado la reposición de un trabajador con vínculo laboral terminado en su puesto habitual de trabajo; es por ello, que este colegiado, comparte el criterio del Tribunal Constitucional solo en la medida en que una demanda esté ligada a una pretensión de reposición de un trabajador sin vínculo laboral vigente, en que no procederá ordenarse la reposición a su puesto de trabajo sino el pago de una indemnización; contrario sensu, cuando la discusión esté centrada en la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales o civiles de un trabajador con vínculo laboral vigente considera que será procedente que el órgano jurisdiccional ampare la demanda si verifica el fraude en la contratación laboral, declarando la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado sin que esta decisión conceda al trabajador el derecho a la estabilidad laboral absoluta; conclusión que en forma alguna infringiría el artículo 5° de la Ley N" 28175, Ley Marco del Empleo Público, ni el precedente vinculante expedido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.*
- *Igualmente este Supremo Tribunal considera que no resulta pertinente sustituir la readmisión en el empleo por el pago de una indemnización en los casos en que los servidores despedidos se encuentran sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276, la Ley N° 24041 o cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada, conforme lo regula el articulo 37° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.*

Más adelante, en la **CASACIÓN LABORAL N° 12475-2014 MOQUEGUA** de manera más explícita hace un inventario de supuestos

en los que estima no es de aplicación el Precedente Huatuco Huatuco, a saber:

a. Cuando la pretensión demandada este referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.

b. Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041.

c. Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

d. Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).

e. Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

f. Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40 de la Constitución Política del Perú.

Recientemente, mediante la **CASACIÓN LABORAL 18032-2015, CALLAO**, en la ejecutoria de fecha tres noviembre de dos mil dieciséis se ha recogido uno de los supuestos de inaplicación del citado precedente en los siguientes términos:

Cuando la discusión esté centrada en la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales o civiles de un trabajador con vínculo laboral vigente, no corresponderá la aplicación de lo establecido por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante N° 05057-2013-PA/TC.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República que, sin falsa modestia, recoge el criterio desarrollado por la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo la ponencia del suscrito. En efecto hemos señalado lo siguiente: "Sin embargo, es posible distinguir en virtud de la figura del *distinguish* los casos en los que no se presenta el supuesto de hecho que ha servido para la expedición del precedente y en ese sentido consideramos que no se aplica el citado precedente en los siguientes casos:

1.- Cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición sino que existiendo prestación de servicios vigente se está peticionando la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS. Por interpretación a contrario sensu del fundamento 10 del Auto aclaratorio del Precedente Huatuco Huatuco de fecha 7 de julio de 2015" (Expediente N° 23195-2013-0-1801-JR-LA-11, Sentencia del 15 de julio de 2015 4ta. Sala Laboral de Lima. Vocal Ponente Omar Toledo Toribio).[10]

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PRECISA EL PRECEDENTE HUATUCO HUATUCO A TRAVÉS DE LA STC N ° 06681 2013-PA/TC

Los diversos pronunciamientos de la justicia ordinaria respecto a la inaplicación del precedente Huatuco Huatuco ha convencido al Tribunal Constitucional que ha flexibilizado su aplicación a través de la STC N ° 06681- 2013-PA/TC, Lambayeque, proceso seguido por RICHARD NILTON CRUZ LLAMOS.

En efecto mediante sentencia de fecha 23 de junio de 2016, publicado en la web del TC, el 20 de julio de 2016, el Tribunal Constitucional ha establecido que el tantas veces citado precedente no resulta de aplicación a los obreros municipales, aspecto que ya había sido advertido por la justicia laboral ordinaria como se ha documentado extensamente.[11]

---

10 En: EL PRECEDENTE HUATUCO HUATUCO Y LA CAPTURA O SUBSUNCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD LABORAL. Autor. Omar Toledo Toribio, artículo publicado en la Revista DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, No. 203, Lima agosto 2015, pp. 215-232.

11 Este hecho fue materia de comentario en el Diario Oficial "El Peruano", sección Derecho, edición de fecha 26 de julio 2016 bajo el epígrafe. **RECOGEN LINEAMIENTOS DE LA JUSTICIA ORDINARIA. Pautas sobre precedente Huatuco. Tribunal Constitucional reivindica pronunciamientos judiciales para la aplicación de regla jurisprudencial. En dicho comentario se recogen expresiones nuestras en los siguientes términos:**

A criterio del juez supremo, Omar Toledo Toribio, este fallo constituye una aclaración y rectificación del TC, que recoge lo establecido por la Cuarta Sala Laboral de Lima y la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. "Entonces eso viene a ser en cierta forma una reivindicación de los pronunciamientos de la justicia ordinaria que con sus planteamientos y su análisis conceptual, doctrinario, con base

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

12. Si bien es cierto que una vez que este Tribunal ha emitido un precedente, como el contenido en la STC Exp. N.° 05057-2013-PA/TC, el mismo debe ser aplicado por los operadores del Derecho, también es verdad que en esa dinámica pueden generarse algunas confusiones al interpretar los alcances de dicho precedente.

13. En este sentido, y sobre la base de lo anotado hasta aquí, este Tribunal considera conveniente explicitar cuáles son los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el precedente Huatuco", permiten la aplicación de la regla jurisprudencial allí contenida:

(a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede atarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.

(b) Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

14. En atención a estos criterios de procedibilidad tenemos que el caso puesto en consideración de este Tribunal es uno en el que se reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta.

15. Sin embargo, el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.

16. En consecuencia, y al no ser aplicable el "precedente Huatuco", este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario.

---

en los principios del Derecho del Trabajo, ha permitido que el TC se rectifique sanamente en este caso", explicó el magistrado integrante además de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Califica como saludables las precisiones efectuadas por el TC, puesto que evidentemente había una situación injusta con los trabajadores obreros municipales.

Como se podrá observar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia que antecede cambia el derrotero jurisprudencial del máximo intérprete de la Constitución que favorece ciertamente a los obreros municipales y lo cual está bien[12]. Sin embargo, ello nos origina una válida preocupación respecto a la coherencia de la jurisprudencia constitucional por los siguientes motivos.

En efecto, la STC **N ° 06681 2013-PA/TC** va a contrapelo de lo que resolvió el Tribunal Constitucional en la STC N° 00025-2013-PI/TC, 00003-2014-PI/TC, 00008-2014-PI/TC y 00017-2014-PI/TC, publicado a fines de abril de 2016, en que el declara inconstitucional en parte la Ley Servir y dispone la inclusión en esta norma de los obreros de los gobiernos regionales y locales, entre otros servidores como los del BCR, el Congreso, la Superintendencia de Banca y Seguros, la Sunat y de la Contraloría General([13]).

Por otro lado, es válido preguntarse frente a este cambio de criterio del Tribunal Constitucional ¿qué es de aquellos trabajadores obreros municipales a quienes se les aplicó a pie juntillas, tanto por la justicia ordinaria como por la justicia constitucional, el precedente Huatuco Huatuco y se les negó la posibilidad de reposición mediante fallos consentidos o ejecutoriados en los que se dispuso se acojan a la indemnización prevista en el artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo 728?

12 Este temperamento ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en la STC N ° 03917-2012-PA/TC CAJAMARCA, sentencia de fecha 8 días de julio de 2015, en los seguidos por ROGELIO VÁSQUEZ RODRÍGUEZ Y OTROS, publicada en la web del TC el 26 de julio 2017.

13 La expedición de la citada sentencia de inconstitucionalidad fue materia de una entrevista que se me efectuara en el Diario Oficial "El Peruano", página 13, edición de fecha 30 de junio 2016 bajo el epígrafe. EL DESARROLLO Y EL EMPLEO REQUIEREN DE INCENTIVOS COMO EL TRIBUTARIO. En dicha entrevista señalamos que de acuerdo con el Código Procesal Constitucional, la sentencia del TC en el caso de la Ley Servir vincula a los poderes públicos y produce efectos generales desde el día siguiente de su publicación. Por tanto, solo será aplicable a aquellos que se encuentren dentro de sus supuestos y que hubieran ingresado a prestar servicios desde el día siguiente de la publicación del fallo de inconstitucionalidad. Esto es, no estarían comprendidos en la Ley Servir los trabajadores que ingresaron antes y será perfectamente legítima la no aplicación a dichos trabajadores del precedente Huatuco Huatuco.

EL CAPITULO ANUNCIADO, LA STC. N° 01647-2013-PA/TC.

A propósito de la expedición del Precedente Huatuco Huatuco, diversos sectores académicos han estado señalando que las mismas reglas deberían aplicarse a los trabajadores de las empresas privadas y que de no hacerlo se estaría afectando el principio-derecho a la igualdad ante la ley. De esta forma se estuvo anunciando hace algún tiempo la extensión de los efectos del citado precedente a los trabajadores de las empresas privadas comprendidos en el Régimen Laboral del Decreto legislativo N° 728.

El reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en la STC. N° 01647-2013-PA/TC parece ir en esa dirección y constituye a nuestro entender la patentización de la *deconstrucción del derecho a la estabilidad en el trabajo* emprendido por el máximo intérprete constitucional y con la cual ciertamente mostramos nuestra discrepancia por los motivos que expondremos más adelante luego de efectuar el análisis del citado pronunciamiento.

Se trata de la demanda interpuesta por Norman Guido Vera Masciotti con el objeto de que se ordene su reincorporación como trabajador a plazo indeterminado en el cargo de Técnico Agropecuario-Técnico II, por haber sido víctima de un despido incausado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario. El demandante manifiesta que laboró como Técnico Agropecuario (Nivel Técnico II) desde el 1 de abril de 1975 hasta enero de 2012, fecha en que fue despedido en forma incausada. Sostiene que el Plan Meriss fue creado en el marco del Convenio Básico de Cooperación Técnica suscrito entre los Gobiernos de Perú y Alemania, aprobado por Decreto Ley N° 21086, del 28 de enero de 1975, y que luego fue transferido al Gobierno Regional de la Región Inka el 7 de diciembre de 1990. Refiere que en los hechos tuvo un contrato de trabajo a plazo indeterminado, dado que desde el año 1975 hasta el mes de enero de 2012 realizó labores de naturaleza permanente, bajo subordinación y dependencia. La demandada refiere que el recurrente suscribió contratos modales y que no fue despedido, sino que concluyó el Plan Operativo Anual, que es elaborado para cada año.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional plantea las siguientes consideraciones respecto a La estabilidad laboral en el ordenamiento constitucional peruano:

4. El artículo 27 de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone: «la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario». En ese sentido, encarga a la ley

5. definir lo que debe entenderse como adecuada protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, también establece un parámetro para la definición que esta debe realizar.

6. Para identificar dicho parámetro, la norma constitucional debe ser puesta en contexto. El artículo 48 de la Constitución de 1979 señalaba lo siguiente: «El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada».

7. Existe un cambio de criterio entre una Constitución y otra. La Constitución de 1993 suprimió la frase derecho de estabilidad en el trabajo; además, decidió no mencionar que las únicas causas de despido son las previstas expresamente en la ley. Este Tribunal Constitucional considera que, a través de estas supresiones, la Constitución dejó de amparar un régimen de estabilidad laboral absoluta y determinó que la reposición no es un mecanismo adecuado de protección contra el despido arbitrario.

8. Para entender apropiadamente el tránsito al criterio vigente, este Tribunal Constitucional considera necesario remitirse al Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático de 1993.

9. Lejos de constituir un asunto de fácil consenso, la eliminación de la estabilidad laboral absoluta fue debatida largamente por el citado Congreso Constituyente Democrático. Por ejemplo, a criterio del señor congresista Henry Pease García, la redacción actual del artículo 27 de la Constitución recorta injustificadamente los derechos del trabajador, tal y como se demuestra a continuación: Desaparecen dos derechos que han sido caros para la clase trabajadora; desaparece el derecho a la estabilidad en el trabajo, derecho muy cuestionado, muy discutido, pero muy esencial para el trabajador [...] (29 Sesión Matinal del 8 de julio de 1993, página 474 del Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático).

10. Asimismo, fluye del mencionado diario de debates que el señor congresista Julio Castro Gómez se pronunció de manera semejante sobre el particular: [...] estamos totalmente en desacuerdo con las propuestas de la mayoría. Tenemos un proyecto muy claro al respecto y vamos a demandar, exigir y luchar porque se proteja al trabajador a través de la estabilidad laboral y porque se le reconozcan los derechos a la propiedad y a la participación en la gestión de la empresa (29

Sesión Matinal del 8 de julio de 1993, página 491 del Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático).

11. El señor congresisiá-Enrique Chirinos Soto manifestó una posición discrepante sobre la estabilidad laboral absoluta señalando, entre otras cosas, lo siguiente: [...][la estabilidad laboral] fue entendida en ese decreto apresurado e inconcebible que yo leí con horror, porque comprendí que era el mayor daño que podía hacérsele al país, como una especie de propiedad en el empleo. Quiere decir que volvíamos a la Edad Media, volvíamos a los gremios, señor Presidente. Este derecho casi absoluto permitía que se alcanzara la estabilidad laboral a los tres meses de entablada la relación. De éste modo, a los trabajadores se les hizo un daño adicional; porque trabajadores no sólo son los que ya tienen empleo. (...) la estabilidad laboral tal como ustedes la entienden sólo beneficia, si es que beneficia, a un pequeño sector de trabajadores: al 4% que tiene trabajo legal, formal, reconocido y estable; pero a todos los demás los perjudica, porque ahuyenta a la inversión, porque no va haber empresario que quiera venir al Perú para arriesgar su dinero si está amenazado con la estabilidad laboral (29 Sesión Matinal del 8 de julio de 1993, página 483 del Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático).

11. Por último, el señor congresista don Ricardo Marcenaro Frers asumió una posición similar a la citada anteriormente señalando lo siguiente: En el artículo 23 [del anteproyecto de Constitución] está concebida realmente la estabilidad laboral. Ésta se concibe en una forma moderna, y por eso se dice que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Cuando es entrevistado sobre el tema de la estabilidad laboral, este señor [Alfredo Ruprech] dice textualmente: «Una estabilidad, mal llamada absoluta, porque no la hay ni absoluta ni relativa, es contraproducente, porque cuando el trabajador se siente dueño de su empleo y cumple apenas suficientemente sus labores, los demás van a propender a adoptar similar actitud. Lo que yo creo es que el trabajador debe estar perfectamente amparado contra el despido arbitrario, pero nunca contra uno justificado»; Y agrega: «¿cuál es el mecanismo de protección contra el libre despido en un país?, la indemnización» Es decir, es la terminología que se está aplicando en el mundo moderno del derecho laboral y que aceptan grandes profesores de esa rama del Derecho. En consecuencia, creo que es importante considerarlo dentro de nuestro texto constitucional (Énfasis agregado, 29 Sesión Matinal del 8 de julio de 1993, página 494 del Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático).

12. De lo anterior se evidencia que en el Congreso Constituyente Democrático existían dos posiciones respecto a la estabilidad laboral absoluta: (i) la que buscaba mantener el criterio de la Constitución de 1979; y, (ii) la que proponía suprimir la reposición en materia laboral y optar por mecanismos alternativos de protección contra el despido arbitrario.

13. Como consta en el artículo 27 de la Constitución, la segunda de estas posiciones logró convocar el respaldo mayoritario del Congreso Constituyente Democrático. De ahí que, habiéndose rechazado implícitamente la propuesta contraria, la Constitución de 1993 no ampara un régimen de estabilidad laboral absoluta.

Asimismo, respecto a la reposición laboral en los tratados internacionales suscritos por el Perú el Tribunal Constitucional efectúa las siguientes disquisiciones:

14. Conforme a la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las disposiciones constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales vigentes ratificados por el Perú en materia de derechos fundamentales.

15. Por tanto, para entender cuáles son los mecanismos idóneos para otorgar al trabajador una protección adecuada contra el despido arbitrario, es necesario remitirse al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – conocido como Protocolo de San Salvador – en cuyo artículo 7, inciso d, se dispone que los Estados deben garantizar lo siguiente en sus legislaciones nacionales: la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional [...].

16. Asimismo, resulta pertinente recordar que el artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece lo siguiente: Si los organismos mencionados en el artículo 8° del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

17. Como puede advertirse, lejos de considerar a la reposición como un remedio indispensable, los instrumentos internacionales comentados reconocen que ésta puede ser válidamente sustituida por el pago de una indemnización sin que ello implique desproteger al trabajador frente al despido arbitrario. De ahí que, en vez de prescribir un régimen de estabilidad laboral absoluta, las disposiciones bajo análisis legitiman y respaldan lo establecido en el artículo 27 de la Constitución.

Finalmente el máximo intérprete de la Constitución emite consideraciones respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, en los siguientes términos:

18. En los fundamentos precedentes ha quedado establecido que nuestro ordenamiento constitucional no ampara la reposición laboral. Sin embargo, fluye de los artículos 2, inciso 15, y 22 de la Constitución que este sí protege y reconoce el derecho al trabajo. En ese sentido, a continuación será necesario precisar el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho.

19. Conforme a los artículos 2, inciso 15, y 23 de la Constitución, toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a ley. Asimismo, el artículo 6, inciso 1, del Protocolo de San Salvador dispone que, en virtud del derecho al trabajo, toda persona debe tener oportunidad de alcanzar una vida digna a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida.

20. A partir de ello, se deriva que el derecho al trabajo garantiza a las personas la posibilidad de obtener ingresos y hacer efectivo su proyecto de vida dedicándose a la profesión u oficio de su elección. De ahí que, por mandato constitucional, las restricciones de acceso o salida al mercado de trabajo estén prohibidas y puedan instaurarse solamente de manera excepcional por razones de orden público.

21. Así, el derecho al trabajo comprende una protección en sentido positivo que implica permitir la realización de labores lícitas por parte de las personas; y, de otro lado, una protección en sentido negativo, que garantiza a las personas que no serán forzadas a realizar labores en contra de su voluntad, lo cual comprende la facultad de renunciar a su trabajo.

22. A mayor ahondamiento, el derecho al trabajo está estrechamente vinculado a las garantías jurídicas a la libre iniciativa privada y a la libre competencia, previstas, respectivamente, en los artículos 58 y 61 de la Constitución. En ese sentido, establece que las personas determinen qué producir, cómo producir y cuánto producir en una economía social de mercado. Este reconocimiento de la más alta norma jurídica del Estado estimula la creación de riqueza en el país. Asimismo,

permite a una pluralidad de trabajadores – reales o potenciales – concurrir en el mercado laboral garantizando que los efectos de la libre competencia se proyecten allí y redunden en beneficio de la economía nacional.

23. Todo lo dicho precedentemente, se contrapone al régimen de reposición laboral en el cual cada puesto de trabajo es monopolio de quien lo ocupa perjudicando a las empresas existentes, desincentivando la creación de empresas nuevas, fomentando el desempleo y reduciendo el tamaño de los mercados laborales.

24. De este modo, según el artículo 200, inciso 2, de la Constitución, en concordancia con los artículos 37 y 38 del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo procede exclusivamente en defensa de los derechos revestidos de adecuado sustento constitucional. Muy por el contrario, la estabilidad laboral absoluta no encuentra asidero en nuestro ordenamiento constitucional. Por tanto, en ningún caso podrá utilizarse la vía del amparo para tutelar un inexistente derecho a la estabilidad en el trabajo o reposición laboral

25. En el presente caso, el recurrente pretende su inmediata reposición en el cargo de Técnico Agropecuario-Técnico II; empero, la reposición laboral no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, por lo que resulta de aplicación la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional

En ese sentido el Tribunal constitucional HA RESUELTO declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.

APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE BAYLON FLORES Y ELGO RÍOS

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prescribe que *"**Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresa la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.** Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".*

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC de fecha 10 de octubre de 2005 (Caso Municipalidad Distrital de Lurín), establece las pautas básicas para una mejor comprensión de lo que debe entenderse como precedente constitucional vinculante,

señalando que *"es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos"*. La citada sentencia además realiza un desarrollo pormenorizado sobre el objetivo, contenido, elementos, aplicación y efectos del precedente vinculante.

Al respecto, Roger Rodríguez Santander señala que *"En la frase "precedente constitucional vinculante", el sustantivo "precedente" hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquélla correspondiente al momento de la "configuración dispositiva", entendida esta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición (constitucional, legislativa, reglamentaria ...), es decir, de un texto o enunciado lingüístico, que sirve de factor principal (pero no único) a las subsecuentes fases de producción normativa. El adjetivo "constitucional" alude a que la regla jurídica considerada precedente surge de la interpretación de disposiciones constitucionales, de disposiciones infraconstitucionales interpretadas de conformidad con aquéllas, y/o de la evolución de la validez o invalidez de actos u omisiones a la luz de la Constitución. Es decir, para que exista un precedente constitucional, es preciso que las disposiciones constitucionales hayan participado, de forma exclusiva o no, en la creación jurisdiccional de la norma. Por su parte, el adjetivo "vinculante" hace referencia a la fuerza con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquél en el que fue establecida. La referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica.*[14]

Por otro lado, Aníbal Quiroga León señala que *"Un precedente vinculante constituye una regla de derecho generada por una Corte de Justicia y que va a tener alcance general, tanto a nivel público, cuanto a nivel privado. Es una derivación del ejercicio jurisdiccional del derecho anglosajón, como consecuencia del common law. Es una figura relativamente reciente en el derecho del civil law, que sin embargo le ha venido adoptando, como parte de la necesaria integración*

14 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "El Precedente Constitucional en el Perú" - En Estudios al Precedente Constitucional. Palestra. Primera edición: febrero 2007. Páginas 55 - 57.

que históricamente se va dando entre las diferentes familias jurídicas en el derecho occidental"[15]

El pronunciamiento efectuado en la STC. N° 01647-2013-PA/TC, según el cual la reposición laboral no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo contradice abiertamente los presupuestos establecidos en los precedentes vinculantes Baylón Flores y Elgo Ríos, los cuales se mantienen vigentes, y que precisamente establecen las reglas que regulan la reposición de los trabajadores comprendidos en el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728.

Por otro lado, los conceptos desarrollados en la STC. N° 01647-2013-PA/TC afectan los principios que a continuación destacamos.

AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS LABORALES DE SEGUNDA GENERACIÓN: Principio de primacía de la disposición más favorable a la persona humana y el Principio de la progresividad y no regresividad de los derechos humanos de naturaleza laboral.

En relación al primer principio el extinto maestro Héctor-Hugo Barbagelata ha señalado que *"(...) b) Primazia da disposicao mais favoável a Pessoa humana. Tampouco requer muitos esclarecimentos esre principio que pode reputar-se implícito nas disposicoes do PIDESC e do PIDCP (art. 5.2 em ambos os pactos) e de outros instrumentos, que dao prioridade sobre as disposicoes desses tratados, as leis, convencoes, regulamentos ou costumes, vigentes em um país, que reconheceram outros direitos fundamentais ou os regularam em Grau mais elevado". (sic)*[16]

En efecto conforme al artículo 5.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales *no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.* Asimismo,

15 QUIROGA LEÓN, Aníbal. "Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Tomo II. Idemsa Primera Edición. Lima - setiembre de 2009. Página 759 - 760.

16 BARBAGELATA Héctor-Hugo, "Os Princípios De Direito Do Trabalho De Segunda Geracao", Cadernos da AMATRA IV, 7° Caderno de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho, Edicao Comemorativa do XIX Encontro dos Juízes Do Trabalho Do Río Grandr Do Soul, pps. 23-24

en términos exactamente iguales el artículo 5.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

El Tribunal Constitucional en el fundamento 17 de la STC en cuestión ha señalado, en relación al artículo 7, inciso d, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —conocido como Protocolo de San Salvador— y al artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que "*Como puede advertirse, lejos de considerar a la reposición como un remedio indispensable, los instrumentos internacionales comentados reconocen que ésta puede ser válidamente sustituida por el pago de una indemnización sin que ello implique desproteger al trabajador frente al despido arbitrario. De ahí que, en vez de prescribir un régimen de estabilidad laboral absoluta, las disposiciones bajo análisis legitiman y respaldan lo establecido en el artículo 27 de la Constitución*". *(sic.)*

Sin embargo, en función al ***principio de la disposición más favorable a la persona humana,*** no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que las normas internacionales no los reconocen o los reconocen en menor grado.

La reposición como tutela frente al despido ya se encuentra regulado en nuestras normas legales y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional con el carácter de precedentes vinculantes, que tienen carácter normativo, por lo que no puede recortarse este derecho esgrimiendo para el efecto normas internacionales que reconocen la posibilidad de que la reposición puede ser válidamente sustituida por el pago de una indemnización.

En relación al Principio de Progresividad previsto en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el

suscrito[17] ha tenido la oportunidad de señalar que: "De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante DESC, existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos de lo que se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de ellos. En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales"[18] y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad"[19].

Respecto a este principio Héctor Hugo Barbagelata se refiere en los siguientes términos que: *"En un segundo sentido, la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales, como ya lo dejaba establecido Emilio Frugóni en el discurso inaugural de la Cátedra de nuestra Facultad en 1926. Se sostienen a ese respecto, que el orden público internacional "tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales" (Mohamed Bedjanui "Por una Carta Mundial del trabajo humano y de la Justicia Social", en VV.AA., Pensamientos sobre el porvenir de la Justicia Social, BIT, 75 Aviv, Ginebra, 1994, p.28). (...) Asimismo, se ha señalado que este principio de progresividad se integra con el anteriormente examinado de la primacía de la dispo-*

17 TOLEDO TORIBIO, Omar. En el artículo "El Principio de progresividad y no regresividad en materia laboral", publicado en Gaceta Constitucional, Tomo 44, Lima, agosto 2011, páginas 218 a 227. El ponente ha sido citado en referencia a la invocación de este principio en la Sentencia, de fecha 07 de agosto de 2014, emitida por la Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut- República de Argentina) recaída en el Expte. N° 128 - año 2014 CAT , seguido por Guequen, A.Edith y otro c/ La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo ART S.A sobre indemnización.

18 Equipo Federal de Trabajo. Edición Nª 37, Buenos Aires. En: http:www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30931eid=37&NombreSección=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion

19 Ídem.

sición más favorable a la persona humana o cláusula del individuo más favorecido (Fallo del Juez argentino Dr. Zás, en la rev. Der. Lab. t. XLI, págs. 843 y ss.) (sic.)[20]

En ese sentido, la orientación de la legislación y los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales se debe concretar al desarrollo progresivo, esto es, de mayor protección a los derechos fundamentales de las personas, en este caso en materia laboral.

La negación del derecho a la reposición como tutela efectiva frente al despido ilegal de un trabajador constituye una regresión a lo ya logrado en materia de protección de los derechos de los trabajadores tanto a nivel legislativo como jurisprudencial y, por lo tanto, afecta al *principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos laborales.*

TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD MAXIMIZADA DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se ha desarrollado el principio de integralidad maximizada del sistema, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos plus respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente de derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos.[21]

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29, b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados». El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 52, entre otros.[22]

---

20 BARBAGELATA, Héctor Hugo, *"La Renovación del Nuevo Derecho"*, en Revista Derecho & Sociedad Asociación Civil, XIX N°30, 2008, Lima Perú, páginas 59 a 68.

21 José G. DE LA O SOTO.*"EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: RESEÑA DE UNA SENTENCIA JUDICIAL", EN PRÁCTICAS JUDICIALES, Revista Publicación semestral / No. 22/Diciembre 2016, Instituto Federal de Defensoría Pública, Editorial Mario Alberto Torres López, pp.139-140.*

22 Abg. García Jijón, Julia Isabel y otros.- " Principios de interpretación y aplicación de los Derechos Humanos vigentes en el Ecuador": http://www.monografias.

Evidentemente interpretar las normas internacionales en perjuicio de los derechos reconocidos por las normas nacionales y la jurisprudencia vinculante constituye una clara afectación al este principio.

CONCLUSIONES

1. Como consecuencia de la globalización y la mundialización de la economía se han producido diversos cambios en las relaciones laborales y en las formas de desarrollo de la actividad productiva. Es en esta dinámica que se vuelven a plantear viejos mitos como el considerar que los "sobrecostos" laborales minan la posibilidad de hacer competitivas a las empresas y hacen menos atractivo nuestro mercado al ingreso de nuevos emprendimientos e inversiones.

2. En esta dirección que se produce el fenómeno de *la deconstrucción del derecho del trabajo* que no constituye sino en desactivar el andamiaje jurídico laboral construido y sustentado en virtud no solamente al influjo de la doctrina y jurisprudencia laboral sino de las conquistas laborales logradas a lo largo de muchas décadas.

3. La sentencia que constituye precedente vinculante recaída en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC (proceso seguido por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial), que modifica el nivel de protección ante un despido arbitrario de un trabajador público sujeto al régimen laboral privado, ha originado arduas discusiones en el ámbito del foro y los órganos jurisdiccionales de carácter laboral.

4. En nuestros pronunciamientos jurisdiccionales hemos expresado nuestro punto de vista contrario al citado precedente. Sin embargo, estando al carácter normativo del mismo y estando al modelo adoptado por el Código Procesal Constitucional consideramos que corresponde ser aplicado.

5. Sin embargo, es posible distinguir en virtud de la figura del *distinguish* **los casos en los que no se presenta el supuesto de hecho que ha servido pa**ra la expedición del precedente. En ese sentido consideramos que no se aplica el citado precedente en los siguientes casos:1.- Cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición

com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml. (Obtenido 30/07/2017)

sino que existiendo prestación de servicios vigente se está peticionando la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS. Por interpretación *a contrario sensu* **del fundamento 10 del Auto aclaratorio del Precedente** Huatuco Huatuco de fecha 7 de julio de 2015 (Expediente N° 23195-2013-0-1801-JR-LA-11, Sentencia del 15 de julio de 2015, 4ta. Sala Laboral de Lima).2.- Cuando no existe vínculo contractual vigente y la demanda contiene la solicitud de declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS, además del pago de beneficios sociales y, de ser el caso, indemnización por despido arbitrario. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 Sentencia del 15 de julio de 2015- 4ta. Sala Laboral de Lima).3.- No es de aplicación para el caso de los obreros municipales. (EXP. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 Sentencia del 14 de julio de 2015, 4ta. Sala Laboral de Lima). 4.- No es de aplicación para los trabajadores de las empresas del Estado que no están comprendidos en la función pública por expresa mención del artículo 40 de la Constitución Política del Estado y por tanto expresamente los mismos han sido excluidos de la Ley SERVIR. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (Sentencia del 15 de julio de 2015, 4ta. Sala Laboral de Lima).

6. Estos pronunciamentos significaron un verdadero vuelco en lo que se refiere al tratatamiento del Precedente Huatuco Huatuco pues en algunos Distritos Judiciales se há estado optando por una aplicación **rígida de** la citada sentencia, sin mayor análisis, vulnerando el derecho de los trabajadores cuya situación no se encontraba dentro del supuesto que sirvió para la expedición del mismo.

7. Posteriormente la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema y recogiendo los critérios desarrollados por la judicatura superior, emitió diversos pronunciamentos.

8. Los diversos pronunciamientos de la justicia ordinaria respecto a la inaplicación del precedente Huatuco Huatuco ha convencido al Tribunal Constitucional que ha flexibilizado su aplicación a través de la STC N ° 06681- 2013-PA/TC, Lambayeque, proceso seguido por RICHARD NILTON CRUZ LLAMOS.

9. En efecto, mediante sentencia de fecha 23 de junio de 2016, publicado en la web del TC, el 20 de julio de 2016, el Tribunal Constitucional ha establecido que el tantas veces citado precedente no resulta de aplicación a los obreros municipales, aspecto que ya había sido advertido por la justicia laboral ordinaria como se ha documentado extensamente.

10. A propósito de la expedición del Precedente Huatuco Huatuco, diversos sectores académicos han estado señalando que las mismas reglas deberían aplicarse a los trabajadores de las empresas privadas y que de no hacerlo se estaría afectando el principio-derecho a la igualdad ante la ley. De esta forma se estuvo anunciando hace algún tiempo la extensión de los efectos del citado precedente a los trabajadores de las empresas privadas comprendidos en el Régimen Laboral del Decreto legislativo N° 728.

11. El reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en la STC. N° 01647-2013-PA/TC parece ir en esa dirección y constituye a nuestro entender la patentización de la *deconstrucción del derecho a la estabilidad en el trabajo* emprendido por el máximo intérprete constitucional y con la cual ciertamente mostramos nuestra discrepancia.

12. El pronunciamiento efectuado en la STC. N° 01647-2013-PA/TC, según la cual la reposición laboral no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo contradice abiertamente los presupuestos establecidos en los precedentes vinculantes Baylón Flores y Elgo Ríos, los cuales se mantienen vigentes, y que precisamente establecen las reglas que regulan la reposición de los trabajadores comprendidos en el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728.

13. En función al principio de la disposición más favorable a la persona humana, no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que las normas internacionales no los reconocen o los reconocen en menor grado.

14. La reposición como tutela frente al despido ya se encuentra regulado en nuestras normas legales y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional con el carácter de precedentes vinculantes, que tienen carácter normativo, por lo que no puede recortarse este derecho esgrimiendo para el efecto normas internacionales que reconocen la

posibilidad de que la reposición puede ser válidamente sustituida por el pago de una indemnización.

15. La negación del derecho a la reposición como tutela efectiva frente al despido ilegal de un trabajador constituye una regresión a lo ya logrado en materia de protección de los derechos de los trabajadores tanto a nivel legislativo como jurisprudencial y, por lo tanto, afecta al *principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos laborales.*

16. En el ámbito internacional de los derechos humanos se ha desarrollado el *principio de integralidad maximizada del sistema,* de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos plus respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente de derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos. Interpretar las normas internacionales en perjuicio de los derechos reconocidos por las normas nacionales y la jurisprudencia vinculante constituye una clara afectación al este principio.

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE Y SU DESARROLLO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luis R. Sáenz Dávalos[1]

I). INTRODUCCION

El posicionamiento que ha venido adquiriendo el Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución, ha dado lugar al desarrollo de técnicas de fortalecimiento de su propia jurisprudencia, las mismas que se han visto afianzadas conforme a las previsiones reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, en el Código Procesal Constitucional. Tal situación se ha visto evidenciada no sólo en el caso del precedente constitucional vinculante[2], sino también, en el de la llamada doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante.

Sin embargo y a diferencia de lo que ha ocurrido con el precedente, cuyas pautas o reglas se han encontrado un poco mejor estructuradas, en el caso de la doctrina o jurisprudencia, las cosas pueden considerarse un poco distintas. En tanto los referentes normativos sobre la materia han resultado bastante genéricos en sus alcances, mucho de lo que se ha desarrollado,

---

1 Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

2 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- "El camino del precedente constitucional vinculante", en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 83, Lima, Noviembre del 2014, Págs. 25 y ss.

ha sido en lo esencial consecuencia de un conjunto de prácticas o usos comunes, los mismos que por otra parte, no siempre han sido conocidos en cada uno de sus detalles[3]. De esta forma y si lo que se ha hecho hasta la fecha ha sido positivo o en cambio susceptible de crítica, es algo que merece ser examinado en detalle.

En este contexto, el objetivo central de este trabajo es pues hacer un recorrido de las principales características que ha venido asumiendo la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante específicamente derivada de nuestro Tribunal Constitucional, y hacerlo no sólo desde una perspectiva teórica sino y por sobre todo, fundamentalmente práctica, para lo cual el manejo de casos nos resultara sin duda de mucha utilidad[4].

Propósito mucho más específico, aunque no por ello menos importante, es el trazar un breve paralelo con lo que en el ámbito judicial ordinario ha venido asumiéndose como una técnica sustancialmente homologa, conocida también como jurisprudencia vinculante. Veremos qué tanto de semejanza o diferencia existe con la misma.

II). SIGNIFICADO Y CARACTERISTICAS DE LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE. ALGUNOS ASPECTOS DISTINTIVOS CON EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

La idea de una jurisprudencia con carácter obligatorio no es, como se sabe, rigurosamente tributaria del civil law, sino más bien de aquellos

3 Ello por otra parte, explica el poco o casi inexistente interés que ha merecido esta técnica por parte de nuestros especialistas, a diferencia de lo que progresivamente ha venido aconteciendo con el precedente constitucional vinculante. Uno de los pocos estudios dedicado directamente y con seriedad al tema que aquí nos ocupa lo encontramos en: Tito Puca, Yolanda Soledad.- "¿Qué es la doctrina jurisprudencial constitucional?" en *Gaceta Constitucional*, N° 48, Lima, Diciembre del 2011. Págs. 75 y ss.

4 Las ejecutorias que se mencionan en el presente trabajo, se utilizan a modo de ejemplo en la idea de graficar los usos y prácticas que se han venido manejando en la construcción de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante desde los años en que inicio sus labores nuestro Tribunal Constitucional (1996), debiéndose dejar constancia que en algunos casos muy específicos, los temperamentos o criterios de fondo asumidos a título de doctrina fueron dejados de lado con el paso del tiempo, siendo sustituidos en todo o en parte por nuevas tendencias también jurisprudenciales. En la mayoría de los casos, sin embargo, las posiciones doctrinales se mantienen hasta nuestros días.

modelos jurídicos donde el sistema de casos permite ir consolidando líneas de razonamiento en base a directrices jurisprudenciales que por supuesto se ven fortalecidas a la par que ratificadas con el paso del tiempo.

En este contexto y si nos atenemos a una práctica largamente verificada en nuestro mundo jurisprudencial, lo que conocemos como doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante está constituida por todo aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal Constitucional y cuyo reconocimiento generalmente (aunque no exclusivamente) suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos.

De esta elemental definición puede apreciarse que la adopción de una técnica jurisprudencial como la que aquí se describe marcaría ciertas pautas diferenciadoras con otro tipo de herramientas jurídicas no menos conocidas en el ámbito casuístico. Es lo que ocurriría en particular, con el llamado precedente vinculante.

a). El carácter genérico de la Doctrina Jurisprudencial

En efecto, a diferencia del precedente vinculante que suele ser asumido bajo la fórmula de una regla o conjunto de reglas nacidas en base a un caso determinado que le sirve de soporte a la par que de referente para cada ocasión en que el mismo tenga que ser aplicado, la doctrina o jurisprudencia no pretende la asunción de reglas en estricto sino de razonamientos o conceptos estructurados a partir de diversos casos que han tenido como elemento en común, el haber desarrollado específicos contenidos constitucionales, especialmente, los referidos a los derechos fundamentales[5].

La determinación de lo que puede ser una regla desde el punto de vista de los usos y costumbres jurisprudenciales, por supuesto que puede estar

5 Advierte Pedro Grández Castro que *"La doctrina constitucional sentada por el Tribunal Constitucional a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la jurisdicción constitucional"*. Cfr. Su trabajo "Las peculiaridades del precedente constitucional" en Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro, Pedro (Coordinadores).- *Estudios al precedente constitucional*, Ed. Palestra, Lima 2007, Págs. 94-95.

sometida a discusión. En teoría, el precedente siempre las crearía mientras no sucedería lo mismo en el caso de la doctrina o jurisprudencia que más bien optaría por explicaciones o formulas mucho más abiertas. En la práctica sin embargo otra cosa es lo que a veces se percibe, pues mientras existen algunos casos de precedentes que de reglas tienen poco o nada, como sucedió en el Exp. N° 2877-2005-PHC/TC (Caso: Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez)[6], también nos encontramos con casos de doctrina cuyo contenido apunta sin discusión alguna, hacía el establecimiento de reglas totalmente objetivas, como aconteció en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC (Caso Sindicato Pesquero del Perú)[7].

b). La autonomía de la Doctrina Jurisprudencial frente al caso que la genera

Aspecto distintivo entre el precedente y la doctrina o jurisprudencia vinculante lo constituye sin duda el concerniente con las relaciones que ambas técnicas mantienen frente al caso que las ha generado y que en último término permite definir el grado de discrecionalidad con la que han de operar en su proceso aplicativo.

A este respecto se observa, que mientras el precedente mantiene un nexo permanente con el caso que le sirve de fuente y precisamente por ello, se hace indispensable conocer las características del mismo a fin de determinar cuándo y como es que resulta realmente aplicable, en el escenario de la doctrina, la controversia o supuesto de hecho, no es necesariamente vital en una futura aplicación de la misma, sino los contenidos o desarrollos que finalmente hayan sido considerados como vinculantes. Son estos últimos los que definen la prevalencia o derrotero a seguir.

c). La extensión o elasticidad en la aplicación de la Doctrina Jurisprudencial

Otro matiz diferencial entre ambas técnicas y que en cierta forma, es consecuencia de lo anteriormente señalado, tiene que ver con la extensión

6 Cfr. Sentencia publicada con fecha 11/07/2006. Los fundamentos décimo quinto, vigésimo segundo, vigésimo cuarto y vigésimo quinto, calificados por dicha ejecutoria como precedentes, difícilmente podrían ser considerados como auténticas reglas que traduzcan lo que representa dicha variable jurisprudencial.

7 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/09/1999. Véase al respecto el fundamento octavo de dicha ejecutoria.

que opera en su proceso de aplicación y que marca pautas muy particulares en uno u otro contexto.

Mientras el precedente vinculante sólo se aplica a casos iguales a aquel en el que nació o fue generado, la doctrina o jurisprudencia, puede ser invocada indistintamente a una diversidad de supuestos, siempre que sea necesario ratificar los conceptos o criterios previamente desarrollados[8].

Puede decirse por lo mismo que el ámbito de aplicación sobre el que se despliega la doctrina es desde todo punto de vista mucho más extenso que el del precedente, aún cuando como veremos más adelante, aquella carezca de la potencia vinculante que por el contrario acompaña a este último.

El precedente, en otras palabras, podrá vincular de manera más fuerte y radical, pero la doctrina tendrá a su favor, la mayor discrecionalidad en el modo y forma de cómo se aplica.

III). LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El tratamiento jurídico de la Doctrina Constitucional Vinculante, lo tenemos actualmente contenido en dos disposiciones relativamente similares aunque pertenecientes a distintos cuerpos normativos.

La primera de las citadas previsiones se encuentra contemplada en el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional o Ley N° 28237, de acuerdo con el cual:

> *"Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional"*

La segunda fuente normativa es, por otra parte, la prevista en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, cuyo texto prevé que:

> *"Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos*

8 En este sentido la doctrina podrá ser aplicada a controversias totalmente distintas, siempre que dentro de las mismas sea planteado el tema constitucional que aquella nos haya expuesto.

y principios constitucionales, conforme a la interpretación de estos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad".

No se piense sin embargo, que lo que hoy en día entendemos por doctrina constitucional vinculante, es una técnica que nace con el más reciente esquema procesal. Ya anteriormente, se había ensayado un temperamento regulatorio similar, cuando en la Primera Disposición General de la antigua y actualmente derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 se había establecido textualmente que:

"Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Fácil es pues corroborar que no estamos hablando de una fórmula tan reciente que digamos, ya que no sólo su regulación anterior así lo demuestra[9], sino incluso y como lo veremos más adelante, su propio desarrollo jurisprudencial también lo ratifica a la par que evidencia que su utilización fue incluso muy anterior a la del precedente constitucional vinculante.

En definitiva, mayor práctica si se quiere, hemos tenido en el uso de la doctrina o jurisprudencia vinculante que en el uso de cualquier otra técnica jurisprudencial.

IV). LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y LOS ASPECTOS DERIVADOS DE SU REGULACION.

Si nos atenemos en estricto a lo que aparece de la regulación atinente a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, son en esencia tres aspectos los que quedan claramente delimitados, el concerniente con

9 La existencia de una jurisprudencia constitucional entendida como obligatoria, se manejaba embrionariamente incluso desde la época de la antigua Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506 (Art. 9°) y su ampliatoria, la Ley N° 25398 Art. 8°) a lo que habría que añadir, lo dispuesto en la Ley Orgánica del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385 (Art. 50°). Por esa época sin embargo, no se hizo mayores precisiones en torno de si adoptaría el formato de doctrina o de verdaderos precedentes, ni mucho menos, se puntualizaría en sus características.

la fuente orgánica de la cual se deriva, el relativo a los destinatarios de la vinculación y el referido a los alcances de la interpretación que ha de asumirse como obligatoria.

a). La Doctrina Constitucional Vinculante sólo la genera el Tribunal Constitucional. La llamada Doctrina Judicial.

La condición que ostenta el Tribunal Constitución en el esquema de nuestro ordenamiento jurídico y que le reconoce su posición de órgano de control de la Constitución, conforme a lo señalado en el artículo 201° de la Constitución Política del Estado, y de supremo interprete de la Constitución, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, lo convierte en un ente con capacidad absoluta para establecer jurisprudencia obligatoria o vinculante, sea que esta se exprese a través de doctrina, sea que se exprese a través de precedentes.

Contra lo que algunas posiciones doctrinales han argumentado en algún momento, en el sentido de que la Constitución no le ha reconocido al Tribunal Constitucional facultades para generar doctrina o precedentes, conviene enfatizar que tal aseveración además de inexacta denota una franca propensión al positivismo, pues no se necesita que una técnica jurisprudencial determinada tenga que ser perfilada expresamente por la norma fundamental para que cuente con cobertura o legitimidad constitucional. Son numerosas las construcciones que la jurisprudencia a realizado (de manera similar a lo que ha ocurrido en el derecho comparado) que reflejan con toda nitidez la plena capacidad innovadora que rodea a todo órgano supremo que defiende la Constitución. Las llamadas sentencias interpretativas, las mutaciones constitucionales, las interpretaciones excepcionales que validan opciones aparentemente negadas por la norma fundamental (amparo electoral, amparo contra decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura, amparo contra resoluciones judiciales, amparo contra normas, entre otras) así lo evidencian a la par que demuestran con palpable exactitud que un Tribunal Constitucional no circunscribe sus labores a una mecánica lectura de las prescripciones constitucionales, sino que las optimiza en aras de fortalecer los roles que le han sido conferidos.

Que la Constitución no necesita afirmar literalmente la legitimidad de la doctrina o de los precedentes, lo refuerza por lo demás la previsión contenida en artículo 139 inciso 8) aplicable a toda autoridad que detente potestades jurisdiccionales y de acuerdo con la cual, los vacios o deficien-

cias normativas no impiden o enervan la potestad de administrar Justicia, debiéndose optar en cualquiera de dichos escenarios por los principios generales del Derecho e incluso por el derecho consuetudinario.

Cabe puntualizar, por otra parte, que la capacidad que ostenta el Tribunal Constitucional para erigirse en creador de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, no excluye de forma alguna la existencia de técnicas similares de parte de otros órganos jurisdiccionales. Es lo que ocurre, de manera especial, con el Poder Judicial que en los últimos años ha venido generando un interesante aunque no muy sistematizado cuerpo tanto de doctrina como de precedentes judiciales vinculantes, cuyo referente normativo de base parece encontrarse en la disposición contenida en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial[10] y que como hemos puesto de manifiesto en otro momento, puede abarcar todas las áreas del ordenamiento jurídico, incluida por supuesto la constitucional.

Somos de la idea, en cualquier caso, que ambos órganos ostentan dicha capacidad creadora, siendo ello plenamente consustancial al estatus que les corresponde, más allá de los matices o diferencias naturales en el manejo de dichas variantes jurisprudenciales (una cosa es la doctrina constitucional vinculante y otra distinta, la doctrina judicial vinculante).

10 De acuerdo con la citada previsión, que por lo demás, lleva por rótulo "Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial":

"Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan".

b). El ámbito de vinculación de la Doctrina o Jurisprudencia abarca tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial en todas sus instancias y especialidades. Excepciones en el seguimiento de la Doctrina o Jurisprudencia por parte del Poder Judicial.

El principio general con el que se concibe la existencia de una doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante abarca por supuesto al Tribunal Constitucional que es quien la crea para utilizarla en los casos de los que conoce, pero por sobre todo, abarca al Poder Judicial que es quien se encuentran sometido en este aspecto a lo establecido por el Supremo Intérprete de la Constitución[11].

En efecto, de acuerdo con la previsión contenida en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (tercer párrafo), son los jueces y Tribunales quienes se encuentran en la obligación de interpretar y aplicar cualquier disposición del ordenamiento jurídico según lo establecido en los preceptos y principios constitucionales, obligación que sin embargo, no sólo abarca la literalidad de lo establecido por la Constitución, sino que a su vez impone el hacerlo en la forma o a la manera de como lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional. Por lo demás y conforme lo deja mucho más esclarecido, la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho mandato de interpretación a la luz de la Constitución y de la jurisprudencia emitida por el Supremo Colegiado no se refiere únicamente a los jueces y Tribunales que conozcan o resuelvan procesos constitucionales, sino a todos los que forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial, independientemente de su especialidad o jerarquía. Todos los jueces en suma, están vinculados por lo que a nivel de doctrina o jurisprudencia establezca en último término el Tribunal Constitucional.

11 Se ha sostenido y no sin razón que *"La Constitución ha establecido en el artículo 201 que el Tribunal Constitucional se constituye en el "órgano de control de la Constitución", lo que denota claramente la opción del Poder Constituyente a favor de que este Tribunal se constituya en el órgano supremo de la constitucionalidad pues para controlar las disposiciones constitucionales se hace necesaria la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, la que predomina, conforme se desprende del referido artículo 201, respecto de todos aquellos también intérpretes de la Constitución, incluido obviamente el Poder Judicial"*. Cfr. Adrián Coripuna, Javier.- "La jurisprudencia vinculante de los altos Tribunales como límite al principio de independencia judicial", en Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro, Pedro (Coordinadores).- *Estudios al Precedente Constitucional*, Pág. 124.

Por supuesto, una enunciación de este tipo podría hacer pensar que el Poder Judicial, se encuentra totalmente subordinado a lo que el Tribunal Constitucional pueda llegar a entender por la Constitución y por cada uno de sus contenidos, restándole de alguna forma libertad de criterio y por sobre todo, autonomía jurisdiccional. Sin embargo, tal impresión, entendemos que resulta errónea y hay que matizarla.

Como lo hemos puesto de manifiesto en una anterior oportunidad[12], la idea de establecer obligaciones de vinculación frente a lo que pueda representar la posición asumida por el Tribunal Constitucional no excluye en lo absoluto la posibilidad de que el Poder Judicial, bajo determinados supuestos, pueda optar por caminos alternos o francamente distintos a lo que pueda representar la hoja de ruta del Tribunal Constitucional[13].

Por lo menos hasta en tres escenarios diferentes, es perfectamente posible que observemos un Poder Judicial que marca distancia del Tribunal Constitucional:

1). Cuando la interpretación que pueda realizarse sobre determinada materia constitucional, no haya sido objeto de desarrollo o pronunciamiento alguno por parte del Tribunal Constitucional. Lo que de hecho puede suceder en un innumerable repertorio de casos donde el Supremo Intérprete de la Constitución, pese a ostentar dicha condición, haya optado por guardar silencio o franco desinterés sobre aspectos en estricto constitucionales.

No debe olvidarse al respecto que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, existe por lo menos un proceso constitucional que es conocido a exclusiva por el Poder Judicial, como ocurre con la acción popular y varios procesos constitucionales donde a pesar de compartirse roles con el Tribunal Constitucional, como ocurre con el habeas corpus, el habeas

12 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- "El camino del precedente constitucional vinculante", en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 83, Lima, Noviembre del 2014, Págs. 41-42.

13 Algunos doctrinarios aceptan pacíficamente la posibilidad de que el Poder Judicial pueda apartarse de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional, siempre que se apele a una intensa argumentación en el cambio de criterio. Cfr. Landa Arroyo, César.- "Los precedentes constitucionales" en Castañeda Otsu, Susana (Directora).- *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*; Editora Jurídica Grijley, Lima 2010, Pág. 105.

data, el amparo y el cumplimiento[14], bien puede generarse doctrina a partir de las atribuciones que en su momento puedan llegar a ostentarse.

2). Cuando la materia sobre la que exista interpretación por parte del Tribunal Constitucional colisione o desconozca frontalmente interpretaciones obligatorias asumidas por Tribunales u Organismos Internacionales de protección de los derechos humanos, supuesto en el cual los jueces o Tribunales del Poder Judicial gozaran de una vinculación mucho más fuerte respecto de lo desarrollado por los Tribunales u organismos pertenecientes al sistema de justicia internacional.

Cabe puntualizar que una concepción como la que aquí se describe, no sólo viene reforzada por el hecho de que nuestra propia norma fundamental se adscriba a un modelo en el que la última palabra en materia de protección a los derechos, la tenga el fuero supranacional, sino a la circunstancia por demás significativa, que conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ***"El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".***

En otras palabras, el proceso de interpretación constitucional y en particular, el que involucra generación de doctrina o jurisprudencia vinculante, ostenta como fuente de raciocinio definitivo, ya no simplemente lo que digan los tratados e instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, sino el propio desarrollo que en nombre de estos últimos, hayan realizado los Tribunales u Organismos supranacionales.

14 Existan que no obstante su indudable relevancia constitucional, es bastante remoto que puedan ser analizados en detalle por el Tribunal Constitucional, como ocurre por ejemplo con el concerniente a las medidas cautelares, cuyo trámite y resolución prácticamente, es visto sólo por el Poder Judicial. Un escenario distinto, pero que también abriría la puerta en la posibilidad de generar doctrina, es el que podría presentarse en los contextos en que el proceso constitucional, por efectos de su resultado estimatorio, sólo pueda ser visto por el Poder Judicial.

3). Cuando la interpretación del Tribunal Constitucional, resulte mucho más restrictiva en materia de derechos que la interpretación asumida por el Poder Judicial, escenario en el cual, será perfectamente viable una eventual desvinculación de lo establecido por el Supremo Interprete de la Constitución, no porque se desconozca los criterios que éste ha venido desarrollando, sino por sujeción al principio de mayor favorabilidad o protección en materia de derechos.

De lo que se trata en este tercer supuesto es pues de potenciar de manera bastante clara aquella doctrina jurisprudencial que, con independencia de quien la haya emitido resulte mucho más consecuente con los fines constitucionales, postura que incluso ha sido expresamente reconocida por nuestro propio Tribunal Constitucional, como se desprende del fundamento décimo sexto de la sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad)[15].

c). El carácter amplio o genérico de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional.

Aunque el mensaje que se infiere tanto de lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional como de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es que las interpretaciones que ha de realizarse del ordenamiento jurídico por parte de los jueces y Tribunales del Poder Judicial deben ir de la mano (salvo excepciones que ya se ha precisado) con las interpretaciones de la Constitución que venga realizando el Tribunal Constitucional, no se precisa en ningún momento, por lo menos en relación con lo que pueda hacer el Supremo Colegiado, las variantes que puedan asumir dichas interpretaciones ni tampoco los alcances que aquellas puedan suponer.

Bajo una perspectiva como la descrita, queda claro que el proceso interpretativo que pueda realizar o poner en práctica el Tribunal Constitucional se ejerce de una manera bastante amplia o genérica. Sus interpretaciones, para decirlo de otro modo, podrían ser de todo tipo (históricas, gramaticales, teleológicas, mutativas, etc.) o adoptar las variantes que se considere pertinente utilizar (ordinarias, manipulativas, etc.) teniendo como único límite los marcos o restricciones que la Constitución pueda llegar a establecer.

15 Cfr. Sentencia publicada con fecha 22/05/2007.

En el ámbito jurisprudencial y ante el silencio de la normativa procesal, nuestro Tribunal Constitucional, intento describir hace unos años, algunas de las variantes interpretativas pasibles de asumirse, llegando a puntualizarse (entendemos que enunciativamente) en hasta tres posibilidades muy concretas[16]. De acuerdo con las mismas, serían formas de interpretación, constitutivas de doctrina o jurisprudencia constitucional:

1). Aquellas interpretaciones que de la Constitución ha realizado el Tribunal Constitucional tras conocer de los diversos procesos de defensa de la Constitución, sea que estos tengan por objeto tutelar su parte dogmática (procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento) sea que tengan por finalidad proteger su parte orgánica (procesos constitucionales de acción popular, de inconstitucionalidad de las leyes y competencial).

El universo de opciones interpretativas resulta aquí bastante amplio, pues abarcaría no sólo las interpretaciones a los derechos sino a prácticamente la totalidad de contenidos constitucionales, merituables a la luz de cada controversia que conozca el Tribunal Constitucional.

2). Las interpretaciones constitucionales de la ley, desarrolladas en el contexto de la labor de control de la constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, contra lo que muchos erráticamente suelen sostener, es intérprete de la totalidad del ordenamiento jurídico, cuando le toca desentrañar el mensaje de cada variante normativa en el contexto de la Constitución. De esta forma no es extraño sino perfectamente legítimo que, constantemente nos ofrezca interpretaciones de la ley (y en general de cualquier norma) perfiladas o desarrolladas en clave constitucional.

3). Las proscripciones interpretativas o anulaciones de determinados sentidos interpretativos de la ley.

16 Cfr. al respecto la ya mencionada ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC, especialmente su fundamento 15. Un análisis de estos aspectos y de las problemáticas que podrían presentar a los efectos de su eventual cuestionamiento constitucional lo hemos intentado en Sáenz Dávalos, Luis R.- "El amparo contra amparo en el Perú. Estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes (Exps. N° 4853-2004-PA/TC y N° 3908-2007-PA/TC)", en Susana Castañeda Otsu (Directora), *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, Pags. 378-382. También Incorporado a Oscar Peña Gonzales (Coordinador), *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, APECC, Lima 2012, Págs. 76-81.

El hecho de que el Tribunal Constitucional contextualice la ley a partir del mensaje contenido en la Constitución y que eventualmente repare en interpretaciones erráticas o que colisionen con la norma fundamental, le permite excluir del universo de opciones interpretativas, determinadas maneras de conceptuar o identificar a una norma o contenido normativo. Dicha tarea de depuración, es pues también generadora de doctrina o jurisprudencia obligatoria para los jueces y tribunales del país.

V). LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y LOS ASPECTOS DERIVADOS DE LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL.

La generalidad con la que de alguna forma ha sido concebido el tratamiento de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, ha dado lugar, a diferencia de lo ocurrido con el precedente constitucional, a que la mayor parte de los criterios que la han venido sustentando, sea consecuencia directa de la práctica jurisprudencial.

Aunque el establecimiento de tales criterios o líneas de raciocinio empezó a ser asumido por el Tribunal Constitucional, prácticamente desde el momento que se iniciaron sus funciones hacía el año 1996, el mismo se ha venido consolidando con el paso de los años.

Naturalmente y como lo veremos inmediatamente, lo dicho no significa tampoco que no existan aspectos de suyo opinables en los que se observa temperamentos no muy uniformes en materia de doctrina o jurisprudencia, sin embargo y en líneas generales, se puede apreciar que las tendencias reflejan una cierta mayor voluntad de cohesión en las prácticas asumidas y que esto es cada vez más progresivo.

De una exploración realizada sobre la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, pueden considerarse los siguientes criterios:

a). El establecimiento de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante se evidencia tras la reiteración de varios casos. Excepciones a la regla.

Al no existir una norma que imperativamente establezca la obligación de precisar de forma expresa la eventual generación de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante a partir de un determinado momento, la práctica ha ido aceptando, mayoritariamente, que aquella

sería individualizable en los supuestos en los que los criterios desarrollados vía una sentencia, se vean posteriormente ratificados en posteriores casos y que dicha ratificación opere de manera uniforme.

Aunque ciertamente el Tribunal conoce de todo tipo de casos, no puede decirse que las sentencias expedidas en relación a todos ellos sean doctrina o jurisprudencia vinculante. Para que esto suceda, es menester que lo que desde una perspectiva teórica fue explicitado de cierta forma, termine siendo reinvindicado en posteriores casos[17].

No dice la casuística a que numero de sentencias nos estaríamos refiriendo para afirmar con convicción que estamos ante doctrina o jurisprudencia vinculante, sin embargo se asume que se trataría de una pluralidad, con lo cual, en el más restringido de los casos, estaríamos hablando de dos sentencias (la que establece el criterio, y la que lo ratifica o reproduce).

Uno de los primeros ejemplos de este modo de proceder lo tenemos en las ejecutorias recaídas en el Exp. N° 0646-1996-AA/TC (Caso: Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara S.A.)[18] y en el Exp. N° 0680-1996-AA/TC (Caso: Consorcio Textil del Pacífico S.A.)[19] mediante las cuales se estableció ciertos criterios en materia de caducidad y vía previa, así como se tomo posición en relación a la inconstitucionalidad del llamado impuesto mínimo a la renta, temperamentos que a posteriori originarían jurisprudencia uniforme y reiterada, como lo demuestra, entre otras, la sentencia recaída en el Exp. N° 0485-1996-AA/TC (Caso: Consorcio Textil del Pacífico S.A.) en cuya fundamentación se hace expresa alusión de una *"...jurisprudencia de carácter obligatorio..."*[20].

17 Se ha dicho por ello que *"La idea de jurisprudencia constitucional vinculante, no hace alusión a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del TC, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y Tribunales de la República"*, Cfr. Rodríguez Santander, Roger.- "El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos" en Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro (Coordinadores), *Estudios al Precedente Constitucional*, Pag. 59.

18 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/01/1997.

19 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/01/1997.

20 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/07/1997.

Similar temperamento lo podemos también verificar en la sentencia emitida en el Exp. N° 0020-1995-AA/TC (Caso: Jorge Vargas Díaz)[21] en la que a efectos de delimitar la procedencia o no del amparo contra resoluciones judiciales se identifico el llamado procedimiento regular como aquel en el que se respeta el contenido esencial del derecho al debido proceso, criterio que volvería a repetirse e incluso ampliarse en el fundamento noveno de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0611-1997-AA/TC (Caso: Marina Ojeda Vda. De Cáceres y otros) a título de "... *principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento...*"[22].

La línea de continuidad en el raciocinio utilizado la tenemos también evidenciada si cotejamos la ejecutoria recaída en el Exp. N° 1211-1999-AA/TC (Caso: Luis Alberto Alvarez Aguirre)[23] en la que se establece como presupuesto de limitación de un derecho fundamental el carácter general de la fuente normativa a utilizar, y la comparamos con la sentencia expedida en el Exp. N° 0057-1998-AA/TC (Caso: Editora Sport S.A.)[24] en cuyo fundamento quinto se reinvindica los considerandos noveno y décimo de su predecesora.

Alusiones constantes a jurisprudencia consolidada que marca una pauta en determinado sentido, se aprecia por otro lado en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, incluso en aquellos considerados como particularmente relevantes. Es lo que sucede con las ejecutorias emitidas en los Expedientes N° 0664-1996-HC/TC (Caso: Abel Campos Vásquez)[25], N° 0570-1996-HC/TC (Caso: Oscar Laura Maquera)[26], N° 0794-1996-AA/TC (Caso: Gustavo Merardo Gutierrez Pizarro)[27], N° 0940-1998-HC/TC (Caso: Luis Enrique Guillen Bendezú)[28], N° 0934-1998-AA/TC (Caso: Valdemar Demetrio Cabanillas Quispe)[29] y N° 108-1996-AA/TC

21 Cfr. Sentencia publicada con fecha 04/09/1997.

22 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/10/1997.

23 Cfr. Sentencia publicada con fecha 18/05/2000.

24 Cfr. Sentencia publicada con fecha 04/07/2000.

25 Cfr. Sentencia publicada con fecha 22/09/1998.

26 Cfr. Sentencia publicada con fecha 28/09/1998.

27 Cfr. Sentencia publicada con fecha 02/12/1998.

28 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/08/1999.

29 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/08/1999.

(Caso: Ricardo Letts Colmenares)[30] en las que el Tribunal Constitucional se avoca al conocimiento del tema de fondo no obstante existir rechazo liminar de la demanda y que a modo de práctica reiterada es asumida en el fundamento quinto de la sentencia recaída en el Exp. N° 1277-1999-AC/TC (Caso: Ana Elena Townsend Diez Canseco y Otros) como parte integrante de *"...nuestra propia jurisprudencia..."*[31].

Criterios de obligatorio cumplimiento los encontramos también expuestos en las sentencias derivadas de procesos de control normativo. Un ejemplo de las mismas lo tenemos en la decisión emitida en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC (Caso: Roberto Nesta Brero)[32] que explicita diversos aspectos de nuestra llamada Constitución económica y que serían recogidos en posteriores pronunciamientos como sucedió, por ejemplo, en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 3315-2004-AA/TC (Caso: Agua Pura Rovic S.A.C.) cuyos fundamentos quinto y siguientes expusieron en detalle y a título de *"doctrina"* los contenidos que involucra la llamada protección del consumidor[33].

Otra de las sentencias generadora de jurisprudencia vinculante fue en su momento la emitida en el Exp. N° 4107-2004-HC/TC (Caso: Leonel Richi Villar de la Cruz)[34] mediante la cual se sentarían importantes criterios de excepción a la regla de la firmeza en materia de habeas corpus contra resoluciones judiciales establecida en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional y que a su turno daría lugar a diversas ejecutorias en las que se ratificaría similar línea de razonamiento, como sucedió en el fundamento segundo de la sentencia expedida en el Exp. N° 3300-2012-PHC/TC (Caso: Félix Omar Hinostroza Pereyra)[35] o antes incluso y para el caso del amparo contra resoluciones judiciales, mediante la sentencia emitida en el Exp. N° 0911-2007-PA/TC (Caso: Telefónica del Perú S.A.A.) y los importantes criterios desarrollados de sus fundamentos decimo quinto a vigésimo segundo[36].

30 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/08/1999.

31 Cfr. Sentencia publicada con fecha 30/10/2000.

32 Cfr. Sentencia publicada con fecha 12/11/2003.

33 Cfr. Sentencia publicada con fecha 16/06/2005.

34 Cfr. Sentencia publicada con fecha 25/05/2005.

35 Cfr. Sentencia publicada con fecha 10/10/2013.

36 Cfr. Sentencia publicada con fecha 07/11/2007.

También se han dado casos en los que la doctrina constitucional ha sido mucho más innovadora, como suele suceder en las ocasiones en que se reconoce nuevos derechos fundamentales. Un ejemplo típico de ello lo tenemos en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 6546-2006-PA/TC (Caso: César Augusto Zúñiga López)[37] en la que se reconoció el derecho fundamental al agua potable y se delimito los alcances de su contenido esencial, lo que posteriormente se vería ratificado en la fundamentación de sentencias como la recaída en el Exp. N° 6534-2006-PA/TC (Caso: Santos Eresminda Távara Ceferino)[38] y N° 3668-2009-PA/TC (Caso: Hermelinda García Salgado)[39].

Los pronunciamientos que aquí se cita son por supuesto meramente indicativos y sólo cubren un pequeño ámbito del universo de sentencias que a lo largo de todos estos años han venido generando doctrina vinculante.

Ahora bien, el hecho de que la regla en materia de doctrina o jurisprudencia vinculante este arraigada sobre una práctica que se materializa en la existencia de reiteraciones en los criterios establecidos, no significa tampoco que no se hayan dado excepciones. De hecho, estas si existen aunque es bueno también precisar que las mismas se han presentado asumiendo variados matices.

En efecto, la casuística del Tribunal Constitucional registra una serie de casos en los que la aparición de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante es producto de un solo caso con el que se pretende en adelante marcar una determinada ruta conceptual o transformar la que hasta ese momento existía. Sin embargo y cuando esta situación se ha presentado, las variantes o estilos han tenido en común el hecho de que el Tribunal ha proclamado su voluntad de sentar criterios obligatorios, dejando expresa constancia de ello dentro de una línea más o menos similar a la acontecida con el precedente constitucional. (Que por mandato del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, obliga a dar cuenta de la creación de dicha figura).

Una de las primeras ocasiones en las que opta por esta fórmula la tenemos en la ejecutoria emitida en el Exp. N° 0942-1996-HC/TC (Caso:

37 Cfr. Sentencia publicada con fecha 21/12/2007.

38 Cfr. Sentencia publicada con fecha 22/02/2008.

39 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/09/2010.

Pedro Terrones Casas) en cuyo considerando sexto se proclama la necesidad de dejar *"...establecido como principio a observar en lo sucesivo..."* que la tramitación o resolución de un proceso constitucional seguido contra un órgano judicial por parte de otro de similar o menor jerarquía no puede ser interpretada como una desnaturalización al orden establecido al interior del Poder Judicial, habida cuenta que de por medio se encuentra comprometido el respeto por los derechos fundamentales[40].

Similar temperamento sería utilizado por el mismo Tribunal para resolver otras controversias tal y como aconteció con la sentencia emitida en el Exp. N° 0953-1997-AA/TC (Caso: Nery Ventura Quiroz) en cuyo fundamento noveno se dejo establecido *"...como principio a observar en lo sucesivo por este Colegiado y los órganos de la jurisdicción común"* que la detención preventiva a la que se refiere el artículo 2 inciso 24-f de la Constitución no significa ni debe interpretarse como que existan otras justificaciones para detener una persona fuera de las hipótesis del mandato judicial o el flagrante delito a las que se refiere dicha norma, siendo estas últimas la regla general a respetarse en cualquier caso[41].

Tratamiento mucho más frontal y que incluso se apoya en la remisión a una fuente normativa directa lo tenemos evidenciado en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0109-1998-HC/TC (Caso: Dante Damas Espinoza) cuyo fundamento cuarto establece *"...como doctrina jurisprudencial que deberá observarse por los jueces y magistrados del Poder Judicial, según se está a lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435..."* que la posibilidad de que los jueces constitucionales puedan en última instancia anular un proceso judicial ordinario como consecuencia de haberse vulnerado el contenido esencial del debido proceso, constituye la última ratio a la que cabe apelar y por lo mismo se encuentra sujeta a la prohibición de que el proceso constitucional realice un pronunciamiento sobre el fondo de la materia ordinaria controvertida y de evitar convertir al amparo en una supra instancia casatoria que permita la prolongación del debate judicial ordinario[42].

Alusión expresa a la necesidad de crear una doctrina que sirva para futuros casos, la encontramos también en el octavo fundamento de

40 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/08/1997.

41 Cfr. Sentencia publicada con fecha 17/09/1998.

42 Cfr. Sentencia publicada con fecha 29/09/1998.

la sentencia emitida en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC (Caso: Sindicato Pesquero del Perú S.A.) en la que tras conocerse por vez primera de un proceso de amparo contra amparo, el Tribunal estimara que en atención a la relevancia que ostenta la cosa juzgada en materia constitucional *"... es menester explicitar las pautas bajo las cuales este Supremo Intérprete de la Constitución entiende admitir su procedencia"*, con lo cual se definirán una serie de reglas que habrán de utilizarse para futuros casos de este tipo[43].

Otro caso especialmente simbólico por el estilo utilizado, lo tenemos graficado en la ejecutoria expedida en el Exp. N° 0189-1999-AA/TC (Caso: Pesquera Rodga S.A.) que en su momento se constituyó en el primer intento por delimitar jurisprudencialmente los alcances del llamado amparo arbitral. Diría el Tribunal en el fundamento segundo de su sentencia que al no existir a nivel de las instancias judiciales una idea suficientemente precisa respecto de la procedencia o no del proceso constitucional contra resoluciones derivadas del fuero arbitral *"se hace necesario... un análisis detallado de tal posibilidad con el objeto de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como precedente de observancia obligatoria para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia constitucional ordinaria como de la justicia constitucional especializada"*[44].

Un proceder relativamente parecido se asumiría a su vez en la sentencia emitida en el Exp. N° 2366-2003-AA/TC (Caso: Juan Genaro Espino Espino) cuyo fundamento sexto establecería específicos criterios en materia de control constitucional sobre las decisiones electorales, bajo la lógica de asumirse los mismos como *"pautas de observancia obligatoria"* a tomarse en cuenta para futuros casos[45].

Mediante los fundamentos cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero de la ejecutoria recaída en el Exp. N°2915-2004-HC/TC (Caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio) se establecerían indiscutibles criterios *"...de observancia obligatoria..."* por parte de los jueces penales a los efectos de delimitar el plazo razonable en las deten-

43 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/09/1999.

44 Cfr. Sentencia publicada con fecha 16/02/2000. Interesante por otra parte, es observar en esta ejecutoria que ya se hablaba para entonces de precedente de obligatoria observancia en una época en que dicha técnica aún no era incorporada a nuestro sistema procesal constitucional.

45 Cfr. Sentencia publicada con fecha 07/04/2004.

ciones preventivas como un contenido implícito del derecho a la libertad individual. Los mismos incluso y además de sustentarse en razón *"...de lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 -Orgánica del Tribunal Constitucional-"* se verían reforzados al optarse por incorporarlos expresamente al segundo extremo de la parte resolutiva[46].

Sentencia emblemática emitida encontrándose ya vigente el Código Procesal Constitucional y en cuyo texto se efectuaran importantes reflexiones concernientes a los derechos fundamentales en el caso de las personas jurídicas al igual que en relación a la procedencia del amparo arbitral sería la recaída en el Exp. N° 4972-2006-PA/TC (Caso: Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.). De acuerdo con lo sostenido en el fundamento vigésimo tercero de la misma *"...los criterios desarrollados por la presente sentencia (especialmente los que figuran en los fundamentos 13 a 14 y 17 a 20) se sustentan en la jurisprudencia precedentemente establecida por este mismo Tribunal, constituyendo de conformidad con el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, parte de su doctrina constitucional vinculante, a tomarse en cuenta por todos los jueces y tribunales de la República, debiendo en todo caso, y sin perjuicio de lo resuelto, incorporarse expresamente a su parte resolutiva"*[47].

Particular interés suscita la ejecutoria emitida en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC (Caso: Nidia Yesenia Baca Barturen) cuyo fundamento vigésimo segundo establece como regla general, esto es, por encima del caso específico de la demandante, la prohibición de tipificar a la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo, enfatizando que cualquier norma con ese contenido o característica necesariamente deberá ser inaplicada por los jueces conforme a la facultad conferida por el artículo 138 de la Constitución y asumida como contraria a los derechos fundamentales a la educación, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, criterios que incluso serán incorporados también al cuarto extremo de la respectiva parte resolutiva por referencia a lo venía sucediendo en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, las que en adelante se encuentran prohibidas de separar alumnas y/o cadetes por su estado de embarazo[48].

46 Cfr. Sentencia publicada con fecha 25/11/2004.

47 Cfr. Sentencia publicada con fecha 18/10/2007.

48 Cfr. Sentencia publicada con fecha 13/02/2009.

Caso especialmente atípico por la forma en que resulta aprobado, pero que a pesar de todo marca una pauta doctrinal interesante, lo tenemos en la resolución recaída en el Exp. N° 0168-2007-Q/TC (Caso: Banco Continental) que establece una serie de criterios que permiten validar el acceso directo al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio Constitucional en los casos de incumplimiento o desnaturalización de las sentencias emitidas por dicho Colegiado y que a tenor de lo señalado en el fundamento noveno de dicho pronunciamiento *"...constituyen jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPConst."*[49]. Este mismo raciocinio, por lo demás, pero aplicado para el caso de las sentencias constitucionales del Poder Judicial que hayan sido incumplidas o desnaturalizadas, también se reproducirá en la resolución emitida en el Exp. N° 0201-2007-Q/TC (Caso: Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno)[50].

Sentencia que se ubica dentro de aquellas que generan doctrina detallada y cuyo tenor evidentemente aspira a una inobjetable observancia por parte de los operadores jurídicos es la recaída en el Exp. N° 4878-2008-PA/TC (Caso: Viuda de Mariategui e hijos S.A.) cuyos fundamentos décimo octavo a vigésimo quinto y vigésimo sexto a quincuagésimo octavo, respectivamente, establecen diversos criterios en relación a la procedibilidad de la solicitud de represión de actos homogéneos y a la determinación de lo que constituye un acto lesivo homogéneo[51], los mismos que incluso y poco tiempo después serían validados en buena medida y a título *"doctrina jurisprudencial sobre el artículo 60 del Código... de conformidad con lo previsto en el artículo VI"* del Título Preliminar del citado cuerpo normativo, en el fundamento primero y siguientes de la ejecutoria emitida en el Exp. N° 5287-2008-PA/TC (Caso: Mario Lovón Ruiz-Caro)[52], aprobada por el Pleno del Tribunal Constitucional.

En una línea bastante similar a la anteriormente descrita, encontramos también a la ejecutoria emitida en el Exp. N° 0607-2009-PA/TC (Caso: Flavio Roberto Jhon Lojas) cuyos fundamentos décimo octavo a sexagésimo tercero efectúan un riguroso desarrollo del régimen jurídico correspondiente a la denominada actuación inmediata de sentencia reconocida en

49 Cfr. Resolución publicada con fecha 27/11/2007.

50 Cfr. Resolución publicada con fecha 04/12/2008.

51 Cfr. Sentencia publicada con fecha 23/03/2009.

52 Cfr. Sentencia publicada con fecha 28/09/2009.

el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, disponiéndose por otra parte y conforme a lo señalado en el apartado tercero de la parte resolutiva de la sentencia, notificar *"...a la Presidencia de cada Distrito Judicial del país, a efectos de que se tomen en cuenta los criterios expuestos en la presente sentencia en la aplicación de la figura de la actuación inmediata..."*[53].

Ejecutoria que se adscribe a una práctica bastante más explícita al momento de reconocer doctrina o jurisprudencia constitucional, es sin duda la recaída en el Exp. N° 0252-2009-PA/TC (Caso: Máximo Valeriano Llanos Ochoa) cuyo contenido desarrolla la interpretación que debe darse al artículo 44° del Código Procesal Constitucional. En este sentido y de acuerdo con el fundamento vigésimo primero, se deja en claro que al haberse *"...desarrollado nuevos criterios en materia de prescripción en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, este Colegiado en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, considera pertinente reconocerlos como parte de su doctrina constitucional vinculante y por tanto obligatorios para todos los jueces y tribunales del país, debiéndose incorporar como tales a la parte resolutiva de la presente sentencia"* lo que en efecto se hace, al establecerse en el segundo extremo resolutivo *"...que los fundamentos 8 a 17 de la presente sentencia constituyen doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país"*[54].

Estilo más o menos similar al anterior lo encontramos en la sentencia emitida en el Exp. N° 0004-2009-PA/TC (Caso: Roberto Allcca Atachahua) que innova algunas de las reglas procesales que se había diseñado en el anteriormente mencionado Exp. N° 0168-2007-Q/TC y que cambia la denominación del recurso de agravio para supuestos de incumplimiento o desnaturalización de sentencias del Tribunal Constitucional, por el de recurso de apelación por salto. El tercer extremo resolutivo de la presente ejecutoria, establecerá que se procede de dicha forma *"De conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst."*[55].

Otra de las sentencias que procura efectuar un desarrollo interpretativo alrededor de lo que significa un específico derecho fundamental, la tenemos en el Exp. N° 1133-2012-PHD/TC (Caso: Jesús Gonzalo Barboza Cruz), que explicita los presupuestos para el ejercicio del derecho de

53 Cfr. Sentencia publicada con fecha 18/03/2010.

54 Cfr. Sentencia publicada con fecha 27/07/2010.

55 Cfr. Sentencia publicada con fecha 15/11/2010.

acceso a la información pública a la par que establece eventuales excepciones a los mismos. Conforme lo señalado en el extremo segundo de la parte resolutiva *"De conformidad con la previsión contenida en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional los jueces y tribunales del país deberán interpretar el derecho de acceso a la información pública y sus presupuestos de acuerdo con lo dispuesto en la presente sentencia"*[56].

Adscrita al grupo de ejecutorias que incorpora nuevas figuras procesales, encontramos también a la sentencia recaída en el Exp. N° 5496-2011-PA/TC (Caso: Agustin Llantoy Palomino) que añade al repertorio de recursos atípicos de acceso al Tribunal Constitucional, al recurso de agravio verificador de la homogeneidad del acto lesivo tal y cual lo precisa el cuarto extremo de su parte resolutiva al *"Establecer como doctrina constitucional vinculante lo establecido en los fundamentos 9 y 10 de la presente sentencia, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional"*[57].

Sentencia que originaría una gran controversia doctrinal y que sería expedida en un escenario de división de posturas entre los propios Magistrados del Tribunal Constitucional, sería la emitida en el Exp. N° 0139-2013-PA/TC (Caso: P.E.M.M.) en la que se intentó dar una respuesta a las demandas constitucionales a través de las cuales se solicitaba el cambio de identidad sexual. De acuerdo con lo decidido en el extremo segundo de la respectiva parte resolutiva *"...la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional"*[58].

Ejecutoria bastante importante y que pertenece al tramo temporal del actual Tribunal Constitucional, es la recaída en el Exp. N° 0295-2012-PHC/TC (Caso: Aristóteles Román Arce Paucar) en cuyos fundamentos sexto, séptimo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo se desarrollan importantes criterios en relación al plazo razonable en la duración de los procesos penales, los mismos que conforme a lo señalado en el cuarto extremo de la parte resolutiva se constituyen *"...a partir de la fecha..."* como *"...doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces*

56 Cfr. Sentencia publicada con fecha 11/09/2012.

57 Cfr. Sentencia publicada con fecha 13/06/2013.

58 Cfr. Sentencia publicada con fecha 05/05/2014.

y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite"[59].

No tan pacífica por razones que más adelante explicaremos, pero también constitutiva de doctrina es la ejecutoria emitida en el Exp. N° 2114-2014-PA/TC (Caso: Inocente Puluche Cárdenas) en la que se incorporan criterios en relación a los intereses capitalizables para deudas generadas en materia pensionaria. De acuerdo con lo precisado en el segundo extremo resolutivo se declara que *"...a partir de la fecha, los fundamentos 20 y 30 de la presente resolución constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, en los que se encuentre por definir la forma de cálculo de los intereses legales en materia pensionaria"*[60].

En una línea muy similar a la anterior nos encontramos con la resolución expedida en el Exp. N° 1761-2014-PA/TC (Caso: Noemi Irene Zanca Huayhuacuri) en la que se instituye como regla para la procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales la exigencia de un nuevo requisito, consistente en la copia de la resolución o resoluciones judiciales objeto de cuestionamiento. Tal temperamento queda definido en el extremo tercero de la parte resolutiva en la que se declara *"..que a partir de la fecha... el fundamento 6 de la presente resolución constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del* Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en los que se encuentre por definir el cumplimiento de los presupuestos procesales para admitir a trámite la demanda"[61].

Especial comentario nos merece la ejecutoria recaída en el Exp. N° 6681-2013-PA/TC (Caso: Richard Nilton Cruz Llanos)[62] pues aunque no se nos presenta exactamente como un caso de doctrina constitucional expresa, puede decirse de alguna manera que lo es implícitamente, por los alcances que posee, ya que de sus fundamentos segundo a décimo tercero,

59 Cfr. Sentencia publicada con fecha 03/06/2015.

60 Cfr. Resolución publicada con fecha 07/07/2015.

61 Cfr. Resolución publicada con fecha 07/09/2015.

62 Cfr. Sentencia publicada con fecha 20/07/2016.

se aprecia diversos criterios tendientes a morigerar la aplicación que venía dándose al precedente constitucional vinculante establecido hace algún tiempo atrás mediante la sentencia recaída en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC (Caso: Rosalia Beatriz Huatuco Huatuco)[63].

Sentencia que también puede ser destacada, es la recaída en el Exp. N° 1423-2013-PA/TC (Caso: Andrea Celeste Alvarez Villanueva) que aunque desarrolla criterios similares a los establecidos en sentencia emitida en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC, esta vez los aplica para el caso de las alumnas y/o cadetes que sean objeto de separación por razones de embarazo de las escuelas de formación pertenecientes a las Fuerzas Armadas. De conformidad con ello y de acuerdo a lo establecido en el punto resolutivo tercero, se ordenara *"...a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad"*[64].

Otra de las ejecutorias, sin duda importante, será expedida en el Exp. N° 6040-2015-PA/TC (Caso: Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga) mediante la cual y por decisión mayoritaria, se establecerán nuevos criterios, esta vez definitivamente abiertas, en relación a las demandas judiciales mediante las cuales se solicite el cambio de identidad sexual, tal y cual aparece de los fundamentos primero a décimo octavo, consecuencia de lo cual, y conforme a lo señalado en el punto resolutivo segundo se dispone *"Dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC"*[65].

De este recuento, que tampoco es completo, se puede pues apreciar que los estilos han sido diferenciados al momento de generar doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante. Estos, como se reitera, han respondido a dos variantes. Aunque mayoritariamente se ha generado doctrina tras la reiteración de posturas en varios casos, en otras ocasiones (que no son pocas) se ha creado la misma a partir de un solo caso que, matices más o matices menos en la forma en que ha sido analizado, ha dado por resultado su inevitable reconocimiento.

63 Cfr. Sentencia publicada con fecha 01/06/2015.

64 Cfr. Sentencia publicada con fecha 08/09/2016.

65 Cfr. Sentencia publicada con fecha 08/11/2016.

b). La aprobación de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional. Pleno o Sala. Sentencias o Autos.

Un detalle que no formal, deja de ser particularmente relevante tiene que ver con la forma como se aprueba la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional.

En apariencia y por tratarse de criterios o líneas de discernimiento que habrán de marcar un derrotero obligatorio en el obrar de jueces y Tribunales, la doctrina o jurisprudencia vinculante debiera en principio ser aprobada por decisión consensuada (siete votos conformes) o cuando menos mayoritaria (cuatro de siete), sin embargo otra cosa es lo que a veces parece haberse apreciado en la práctica.

En efecto, aunque en las ocasiones en las que ha sido el Pleno del Tribunal el que ha decidido la adopción de doctrina vinculante, la misma ha sido aprobada por la totalidad o la mayoría de sus Magistrados; también se han dado casos en los que a partir del esquema funcional mediante Salas, una buena cantidad de pronunciamientos generadores de doctrina, lo fueron sólo por tres de sus integrantes, lo que en nuestro concepto y a la luz de lo que representa el quórum total del Colegiado, pudo no ser tal vez lo más idóneo.

Por supuesto, no es que el funcionamiento del Tribunal mediante Salas, pueda calificarse como cuestionable en relación a otro tipo de decisiones, sin embargo creemos que la adopción de acuerdos de relevancia como aquellos que involucran generación de doctrina, debieran haber merecido otro tipo de trámite. Ello hubiera despejado, por lo menos en sus orígenes, cualquier atisbo de duda sobre la legitimidad o no de determinadas posturas.

Conviene recordar al respecto que a lo largo de la historia jurisprudencial de nuestro Colegiado, fueron diversas las decisiones que se adoptaron por el Pleno, mientras que otras tantas lo fueron por acuerdo de Sala.

Dentro de aquellas decisiones constitutivas de doctrina que se aprobaron por la totalidad o la mayoría de los Magistrados del Tribunal tenemos por ejemplo a las recaídas en los Expedientes N° 0646-1996-AA/TC (7 Magistrados), N° 0942-1996-HC/TC (4 Magistrados), N° 0020-1995-AA/TC (4 Magistrados), N° 0953-1997-HC/TC (4 Magistrados), N° 0109-1998-HC/TC (4 Magistrados), N° 0612-1998-AA (4 Magistrados),

N° 0189-1999-AA/TC (4 Magistrados), N° 1211-1999-AA/TC (4 Magistrados)[66], N° 0008-2003-AI/TC (7 Magistrados), N° 2915-2004-HC/TC (5 Magistrados), N° 0911-2007-PA/TC (6 Magistrados), N° 5287-2008-PA/TC (7 Magistrados), N° 0252-2009-PA/TC (7 Magistrados), N° 0004-2009-AA/TC (7 Magistrados), N° 5496-2011-PA/TC (6 Magistrados), N° 0139-2013-PA/TC (4 Magistrados), N° 0295-2012-PHC/TC (7 Magistrados), N° 2214-2014-PA/TC (6 Magistrados), N° 1761-2014-PA/TC (6 Magistrados), N° 6681-2013-PA/TC (4 Magistrados), N° 1423-2013-PA/TC (6 Magistrados) y N° 6040-2015-PA/TC (4 Magistrados).

Tenemos en cambio dentro de aquellas decisiones que establecieron doctrina vinculante, a nivel de Sala a las recaídas en los Expedientes N° 2366-2003-PA/TC (3 Magistrados), N° 4107-2004-HC/TC (3 Magistrados), N° 4972-2006-PA/TC (3 Magistrados), N° 0168-2007-Q/TC (3 Magistrados), N° 6546-2006-PA/TC (3 Magistrados), N° 0201-2007-Q/TC (3 Magistrados), N° 5527-2008-PHC/TC, N° 4878-2008-PA/TC (3 Magistrados), N° 0607-2009-PA/TC (3 Magistrados) y N° 1133-2012-PHD/TC (3 Magistrados). En este último caso, por cierto, tampoco estamos diciendo que estas ejecutorias hayan quedado perennemente condenadas a sólo contar con el apoyo de una minoría, pues lo real es que a la larga la mayoría de ellas fueron a su vez validadas por algunos o la totalidad de Magistrados Constitucionales a la luz de posteriores casos.

Otro de los aspectos que tiene que ver con el procedimiento de aprobación de doctrina vinculante y que no deja de ser particularmente curioso, se refiere al tipo de resolución utilizada por el Colegiado al momento de formalizarla.

Al respecto y aunque puede decirse que la casi totalidad de ejecutorias que dieron nacimiento a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante fueron en rigor sentencias, esto es, pronunciamientos que de una forma o de otra se pronunciaron sobre el fondo de la controversia, existen sin embargo, algunos casos, en los que la aprobación de la doctrina

66 Pertinente es puntualizar que las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0942-1996-HC/TC, N° 0020-1995-AA/TC, N° 0953-1997-HC/TC, N° 0109-1998-HC/TC, N° 0612-1998-AA, N° 0189-1999-AA/TC, N° 1211-1999-AA/TC, entre otras, fueron emitidas en la época en que el Tribunal Constitucional sólo contaba con cuatro de sus Magistrados Constitucionales, al haberse destituido a tres de ellos de manera irregular por motivos de sobra conocidos. Con todo y desde el punto de vista rigurosamente formal, fueron decisiones de Pleno.

fue validada por vía de un auto, lo que podría estar sujeto a discusión, habida cuenta de la naturaleza incidental de los mismos.

Ejemplos de este proceder los tenemos en los casos de las decisiones recaídas en los Expedientes N° 0168-2007-Q/TC y N° 0201-2007-Q/TC provenientes de antiguas conformaciones que tuvo el Tribunal Constitucional. Pero también los encontramos en la actual conformación, como se deduce de las resoluciones recaídas en los Expedientes N° 2214-2014-PA/TC y N° 1761-2014-PA/TC que adoptaron la forma de un auto.

Si esto es procesalmente correcto o no habrá que merituarlo en otro momento. En nuestro concepto y por la trascendencia de la decisión adoptada la doctrina debe nacer fundamentalmente de sentencias, salvo que la naturaleza del caso, justificara un tratamiento de suyo especial.

c). La aplicación de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional en el tiempo.

Asunto que si resulta especialmente sensible y sobre el que parece no haberse efectuado mayores reflexiones tiene que ver con los efectos en el tiempo que pueda atribuirse a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante.

Con ocasión de un estudio anterior dedicado al tratamiento del precedente constitucional vinculante, ya advertíamos acerca de las consecuencias que pueden generarse cuando una determinada posición es asumida con carácter obligatorio y tales efectos se irradian sobre todo tipo de situaciones, particularmente sobre los procesos judiciales en trámite[67].

No vamos a reproducir aquí lo que dijimos en su momento. Bastara con señalar que para quien quiera que conozca realmente la Constitución, es totalmente inobjetable que una de las reglas básicas del debido proceso es el procedimiento preestablecido por la ley (Artículo 139° inciso 3) que obliga a título de derecho del justiciable y de principio de la función jurisdiccional, a que *"**Ninguna persona pueda... ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos**"*, esto es, a que las reglas de juego conforme a las cuales inicia su participación en un proceso determinado no puedan ser desvirtuadas o desnaturalizadas a mitad de camino, so pena

67 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- "El camino del precedente constitucional vinculante", en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 83, págs. 32-35.

de desvirtuar o volver añicos diversos principios esenciales, entre ellos por supuesto, la seguridad jurídica.

Está claro que con la doctrina al igual que con el precedente, pueden innovarse las condiciones y dicha innovación puede ser capaz de incidir en todas las direcciones temporales, sin embargo, una cosa es cambiar para bien, esto es, en sentido favorable, y otra totalmente distinta cambiar para mal, creando condiciones inevitablemente desfavorables.

Cuando la doctrina constitucional obliga a los jueces y tribunales a aplicar en adelante determinados criterios, no tiene ello nada de cuestionable si el cambio, cualquiera que sea su sentido, empieza a regir con las nuevas situaciones y los procesos recién generados a la luz de las mismas, el problema sobreviene, cuando se ordena que dicho cambio proceda hacia atrás incidiendo incluso sobre los procesos en trámite.

Una aplicación hacía atrás o retroactiva que favorezca no tendría que generar mayor debate, cuando la propia Constitución lo permite. El problema es distinto, cuando tal tipo de aplicación, lejos de favorecer termina perjudicando. Que se sepa, ni el legislador ordinario tiene capacidad para generar normas con efecto retroactivo salvo que aquellas beneficien. No entendemos como así lo podría hacer el Tribunal Constitucional cuando este último al igual que cualquier otro órgano constitucional, se encuentra igual de sometido a la Constitución y su esquema de prohibiciones.

Si ya es discutible que se pueda proceder de dicha forma con los precedentes vinculantes, más cuestionable aún es hacerlo con la doctrina cuando esta por lo menos en puridad, está constituida por criterios interpretativos que de una manera o de otra direccionan el sentido con el que debemos entender el ordenamiento jurídico.

Desde nuestro punto de vista hay un problema en el uso de la doctrina constitucional vinculante cuando de sus efectos normativos se trata. Existen ejecutorias que disponen aplicar lo desarrollado incluso a los procesos en trámite, sin reparar en el sentido favorable o desfavorable de tales directrices interpretativas.

Ejemplos de sentencias que han creado doctrina constitucional y que de manera implícita o explícita ha incidido sobre procesos en trámite con efecto notoriamente favorable, se han dado en diversas épocas. Dentro de aquellas y sin afán exhaustivo podemos mencionar las siguientes:

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 0646-1996-AA/TC que permitió que en todos los procesos constitucionales en los que invocara las excepciones de caducidad y falta de agotamiento de la vía previa, se procediera a la desestimatoria de las mismas, acorde con los nuevos criterios que dicha ejecutoria establecía sobre dicha materia.

La Sentencia emitida en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC que posibilitó que las demandas de amparo contra amparo existentes hasta el momento de la emisión de dicho pronunciamiento se sujetaran a las reglas de procedencia por entonces establecidas.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 0189-1999-AA/TC que permitió que las demandas de amparo arbitral, por lo general desestimadas, se sometieran a las reglas de procedencia que a partir de dicho momento se reconocían.

La sentencia recaída en el Exp. N° 2366-2003-AA/TC que habilito la procedencia de demandas de amparo electoral dentro de los criterios que a partir de dicho momento se reconocían.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC que incorporó nuevos criterios en materia de plazo razonable en la detención preventiva a ser aplicados dentro de los procesos penales.

La sentencia expedida en el Exp. N° 4107-2004-HC/TC que reconoció diversas excepciones a la regla de firmeza contemplada en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional para los casos de habeas corpus contra resoluciones judiciales.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC que impuso la necesidad de ejercer el control difuso frente a todas aquellas normas que sancionen el embarazo como infracción o falta disciplinaria dentro de los centros de educación policial.

La Sentencia recaída en el Exp. N° 0607-2009-PA/TC que estableció una serie de obligaciones para los Magistrados en los casos en que conozcan de solicitudes de actuación inmediata de sentencia.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 0252-2009-PA/TC que estableció un tratamiento mucho más amplio o flexible en el régimen de prescripción dentro de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales.

La sentencia expedida en el Exp. N° 0004-2009-PA/TC que habilito el recurso de apelación por salto en los casos de incumplimiento o desnaturalización de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 5496-2011-PA/TC que habilito el recurso de agravio verificador de la homogeneidad del acto lesivo.

La sentencia recaída en el Exp. N° 0295-2012-PHC/TC que establece nuevas reglas en materia de plazo razonable en la duración de los procesos penales.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 1423-2013-PA/TC que estableció la obligación de ejercer el control difuso frente a todas aquellas normas que sancionen el embarazo como infracción o falta disciplinaria dentro de los centros de educación militar.

Al contrario de ello, ejecutorias que han incorporado doctrina jurisprudencial obligatoria aplicable a los procesos en trámite y cuyo contenido puede considerarse como evidentemente desfavorable, existen bastante pocas. Entre ellas podemos citar dos ejemplos relativamente recientes:

La sentencia recaída en el Exp. N° 2214-2014-PA/TC que estableció la prohibición de capitalizar intereses legales en materia pensionaria, no obstante existir jurisprudencia que permitía una opción distinta de suyo mucho más favorable.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 1761-2014-PA/TC que incorporó un nuevo requisito de procedibilidad en los casos de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, no obstante existir un régimen legal y jurisprudencial anterior que no establecía la exigencia de acompañar a las demandas respectivas la copia de la resolución objeto de cuestionamiento.

Con independencia de compartir o no los criterios que estas decisiones presuponen, es un hecho que al establecer condiciones menos beneficiosas que aquellas que venían dándose con anterioridad, no deberían haber sido aplicados sino a los procesos que pudieran tramitarse recién tras la puesta en vigencia de la citada doctrina. El haber aplicado dichos criterios restrictivos a procesos que nacieron en el contexto de otras reglas jurisprudenciales e incluso legales, colisiona desde nuestra óptica con el derecho al procedimiento preestablecido por la ley.

Tal vez una lección de cómo corregir un criterio de este tipo, nos la pueda graficar lo acontecido con la ejecutoria recaída en el Exp. N°

2663-2009-PHC/TC (Caso: Caso: Edwin Walter Martínez Moreno) que, como es bien sabido, creo el recurso de agravio especial a favor del orden constitucional, en la lógica de permitir que las sentencias constitucionales estimatorias (favorables a la parte quejosa) que tuviesen alguna relación con investigaciones derivadas del delito de tráfico ilícito de drogas, pudiesen ser revisadas por el Tribunal Constitucional[68].

Cuando esta sentencia fue emitida muchos se preguntaron si el Procurador Público que era a quien correspondía promover el citado medio impugnatorio, podía interponerlo contra todas las sentencias estimatorias que se le ocurriera, independientemente de la época o periodo en que las mismas hubiesen sido expedidas, con evidente perjuicio de todo aquel que en su momento hubiese podido obtener sentencia constitucional en su favor.

La respuesta primigenia a dicha interrogante, curiosamente la encontramos explicitada en el tercer extremo resolutivo de la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC (Caso: Alexander Mosquera Izquierdo), emitida prácticamente de modo paralelo a la anterior y en la que a título de *"...doctrina jurisprudencial... que debe ser observada, respetada y aplicada de manera inmediata por todos los jueces de la República, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional"* se dijo que la Procuraduría se encontraba habilitada, independientemente del plazo, para promover recursos de este tipo[69].

Una postura como la descrita en esta segunda ejecutoria, evidentemente y sin duda alguna, hubiese resultado francamente abusiva, pues hubiese permitido no sólo inundar al Tribunal Constitucional con impugnatorios de este tipo, sino que virtualmente hubiese justificado exhumar sentencias constitucionales de fechas absolutamente pretéritas, so pretexto de una supuesta defensa del orden constitucional.

El mismo Tribunal Constitucional, percatándose del indudable desacierto que tal posición encerraba, tuvo que verse forzado a corregir prácticamente de inmediato dicho temperamento mediante la sentencia emitida en el Exp. N° 03245-2010-PHC/TC (Caso: Jesús Belisario Esteves Ostolaza y otro) cuyo fundamento quinto dejo claramente establecido que si

68 Cfr. Sentencia publicada con fecha 17/08/2010.

69 Cfr. Sentencia publicada con fecha 17/08/2010.

bien "*...en la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC este Tribunal Constitucional estableció que los procuradores pueden interponer el recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria de segunda instancia en cualquier plazo... ... ello fue establecido en virtud de posibilitar la revisión por parte de este Tribunal Constitucional de aquellas sentencias que indebidamente fueron declaradas fundadas contra procesos judiciales o investigaciones preliminares en materia de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, esta regla no puede permanecer sine die, sin el peligro de atentar seriamente contra la seguridad jurídica. Es así que, habiendo transcurrido un plazo prudencial desde la publicación de la referida sentencia este Tribunal Constitucional advierte que desde la fecha de publicación de la presente sentencia el plazo para la interposición del recurso de agravio es el previsto en el artículo 18° del CPCons.*"[70].

Aplicar criterios nuevos de inmediato o sobre los procesos en trámite cuando se sabe que los mismos podrían generar consecuencias evidentemente negativas o francamente perniciosas, no es pues un asunto baladí o intrascendente, sino algo que impone obligada merituación dentro del propio marco constitucional.

d). ¿Supuestos para generar Doctrina Jurisprudencial Vinculante?

No es en vano que colocamos la interrogante, pues estamos convencidos, que a diferencia de lo que ocurre con el precedente constitucional, con la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante es virtualmente imposible establecer un catálogo de supuestos tendiente a delimitar su procedencia.

En la medida en que la formación de criterios o líneas de raciocinio se sustenta en la tarea interpretativa que permanentemente ejerce el Tribunal Constitucional tras conocer de los diversos procesos de defensa de la Constitución y esta última es prácticamente ilimitada en relación con las materias sobre las que puede llegar a versar (todo el ordenamiento jurídico se interpreta de conformidad con la Constitución), las posibilidades de sentar doctrina o jurisprudencia se encuentran abiertas a todos los escenarios posibles.

Quiere esto decir que el Supremo Interprete de la Constitución podrá crear doctrina o jurisprudencia en cada ocasión en que estime por conve-

70 Cfr. Sentencia publicada con fecha 14/10/2010.

niente realizar explicaciones sobre cualquier aspecto constitucional, sea que este se encuentre directamente reconocido en la norma fundamental, sea que se encuentre basado en cualquier otra norma del ordenamiento emitida conforme con aquella.

De esta forma, estaremos antes supuestos que legitimaran el nacimiento de la doctrina constitucional no sólo en los tradicionales casos que por lo general justifican el nacimiento de un precedente constitucional (contradicciones jurisprudenciales, interpretaciones erróneas, vacios legislativos, interpretaciones alternas, conductas inconstitucionales con efectos generales, cambio de orientaciones jurisprudenciales), sino en contextos mucho mas variables o abiertos, con la única diferencia que mientras el precedente creara reglas con contenido normativo, la doctrina principalmente incidirá en criterios o líneas de raciocinio.

VI). ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA JUDICIAL VINCULANTE ESTABLECIDA POR EL PODER JUDICIAL.

Este último apartado, en realidad bastante breve, pretende precisar si la doctrina o jurisprudencia vinculante emitida por el Poder Judicial, tiene los mismos alcances que la doctrina o jurisprudencia derivada del Tribunal Constitucional.

Aunque el tratamiento jurídico de la doctrina derivada del Poder Judicial, tiene por base lo dispuesto en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo título se denomina *"Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial"* y cuyo primer párrafo nos precisa que *"Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales"*, el problema viene luego, cuando los párrafos posteriores de la misma disposición consideran que *"Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan"* agregando asimismo que *"Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse*

en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan" .

De una lectura integral del citado dispositivo, se evidencia una cierta confusión en los conceptos utilizados, pues aunque la idea de fondo pareciera ser la de establecer una cierta regulación de la doctrina o jurisprudencia judicial, la alusión hasta en tres oportunidades a la fórmula precedente obligatorio, termina por generar más de una incertidumbre alrededor de la técnica jurisprudencial que realmente se quiere reconocer.

Rigurosamente hablando, el precedente solo representa reglas objetivas con carácter normativo. Estas últimas sin embargo en ningún momento son mencionadas en la disposición que aquí se comenta, la que por el contrario y como se observa sólo habla de principios o de criterios, que es más bien lo característico en la doctrina jurisprudencial.

La confusión así planteada pareciera haberse resuelto con lo dispuesto en los códigos procesales ordinarios que han optado por regular directamente la técnica del precedente judicial en específico.

Es lo que ocurre con el Artículo 301-A inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, incorporado por conducto del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 959 cuyo texto establece:

"Artículo 301-A.- Precedente Obligatorio.

1. *Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial".*

Sin embargo la incertidumbre vuelve a plantearse cuando el inciso 2) de la misma norma que aquí se cita agrega luego que:

"2. *Si se advirtiera que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocara inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciara el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial".*

La remisión a unos criterios discrepantes en la interpretación o aplicación de una determinada norma, podría estar refiriéndose nuevamente a la doctrina jurisprudencial, aunque por supuesto también cabría la posibilidad de que este segundo inciso se asuma de manera autónoma al primero de los señalados.

En el caso del Artículo 400° del Código Procesal Civil, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, la referencia a la técnica del precedente judicial es mucho más pacífica y directa.

"Artículo 400°.- Precedente Judicial.

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en

el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad".

Vistas estas normas en perspectiva podría afirmarse que lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoció ha sido en estricto doctrina, mientras que lo que los Código Procesales ordinarios regularon fueron en rigor y más allá de algunos matices, típicas variantes de precedente judicial.

Ahora bien, lo curioso del caso es que fuera de estas normas, no existe una regulación detallada específicamente vinculada a la doctrina o jurisprudencia obligatoria derivada del Poder Judicial, con lo cual y de manera mucho más discrecional que lo que acontece con la doctrina vinculante del Tribunal Constitucional, la primera se ha venido desarrollado de una manera bastante heterodoxa.

Evidencia de lo señalado tal vez lo encontremos en el siguiente detalle. Mientras que está claro que la doctrina o jurisprudencia constitucional que establece el Tribunal Constitucional solo es obligatoria para los jueces y Tribunales del país y no así para el resto de poderes públicos u órganos constitucionales (a diferencia de lo que ocurre con el precedente constitucional), la doctrina o jurisprudencia judicial parece que tiende a la obligatoriedad no sólo en relación a los órganos del Poder Judicial (lo que sería perfectamente natural) sino que también se expande (o pretende hacerlo) hacía el ámbito de otros poderes públicos.

Un ejemplo de este tipo de práctica, lo verificamos en la ejecutoria emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el marco de la Casación N° 626-2013 (Moquegua), mediante la cual se establece doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (fumus delicti comisi, pena probable, peligro procesal -peligro de fuga-) de la medida de prisión preventiva[71].

La importancia de este pronunciamiento esta fuera de toda duda, como las muy bien desarrolladas consideraciones en torno al juicio de proporcionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva. La interrogante es otra y consiste en saber, como así o en base a qué tipo de norma puede el Poder Judicial imponerle mandatos de actuación al Ministerio Público, cuando este último se supone que es un órgano constitucional autónomo.

71 Cfr. Ejecutoria publicada con fecha 27/02/2016 en el Diario Oficial El Peruano.

La idea de que el Ministerio Público fundamente adecuadamente y con sujeción al principio de proporcionalidad los pedidos de prisión preventiva no es mala en lo absoluto y hay que reconocerlo, pero tenemos serias dudas de que ello pueda imponerse vía doctrina o jurisprudencia derivada del Poder Judicial, a menos claro está, que exista fuente normativa para ello.

Estamos convencidos que al igual como sucede con diversos aspectos de la doctrina o jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, con la doctrina del Poder Judicial, existe la necesidad de una mayor delimitación en torno de su ejercicio y alcances. Caso contrario nos seguiremos moviendo dentro de un escenario de usos y costumbres que aunque ciertamente podrán permanecer estables durante mucho tiempo, también podrán cambiarse en cualquier momento o bajo cualquier tipo de contexto.

Lima, 30 de Julio del 2017.

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL PERÚ

José Reynaldo López Viera[1]

1 Abogado y Politólogo por la UIGV, Maestría en Derecho Constitucional por la UNFV y Estudios de Maestría en Política Jurisdiccional por la PUCP y la Universidad Castilla-La Mancha en España

Director en Perú y Docente visitante del Instituto Español de Investigación y Formación Internacional (INEFIN) con sede en Murcia -España

Ex Director de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC)

Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional

Miembro Senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional

Conferenciasta Nacional e Internacional

Docente invitado por la Universidad Libre de Bogotá-Colombia

Catedrático de Pregrado de la Universidad Privada TELESUP, UPN, Cesar Vallejo y Universidad Alas Peruanas de los cursos de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho, Ciencia Política, Teoría del Estado, Historia del Derecho, Derecho Internacional Público y Realidad Nacional e Internacional

Catedrático de Postgrado en la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad José Carlos Mariátegui

Docente invitado del Ejército del Perú, Ministerio Público, del Colegio de Abogados de Lima, Callao, etc y diversas Cortes Superiores del Perú

Presidente fundador de la Sociedad Iusfilosofica "Atlantida"

Director del círculo de estudios Político-Constitucional: "Carl Schmitt"

1° El Código Procesal Constitucional y la instauración del precedente constitucional vinculante en el Perú.

Como es por todos conocido, en el caso peruano a partir de diciembre del año 2004, entró en vigor el primer Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) de la historia del Perú, trayendo consigo una serie de innovaciones e instituciones objeto de debates y análisis -algunas veces de carácter positivo y en otros negativo-. Lo que de ninguna manera se puede negar es que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 28237 hubo en nuestro país una herramienta legal de carácter procesal que unificaba el desarrollo y los aspectos generales de nuestros procesos constitucionales para beneficio de los operadores jurisdiccionales.

Nuestro Código Procesal Constitucional se encuentra conformado por un Título Preliminar de nueve artículos, un cuerpo normativo de ciento veintiuno, siete Disposiciones Finales y dos Disposiciones Transitorias y Derogatorias, siendo en su estructuración y contenido un cuerpo normativo original, pionero e inédito en América Latina y acaso en el mundo entero[2].

Entre los aportes más importantes de este Código encontramos al precedente constitucional vinculante que puede ser dictado en nuestro país sólo por el Tribunal Constitucional, institución que se encuentra regulada en su Artículo VII de su Título Preliminar.

Así, el artículo VII establece que: "*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente*".

Para la mayoría de la doctrina nacional, la instauración de esta técnica jurisprudencial obedece a la concretización de dos principios

2 En efecto, para muchos doctrinarios, el Código Procesal Constitucional Peruano tiene una relevancia normativa de alcance mundial. Así, lo ha señalado: PALOMINO J. *El Primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales.* En: http://www.salvador.edu.ar/juri/jadpc/Palomino%20Manchego.pdf. Sin embargo, cabe recordar que existe un código anterior a éste, estamos hablando del Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán en Argentina, empero, este código no tiene alcance nacional, pues solo es de aplicación a la referida provincia.

básicos dentro de nuestro ordenamiento jurídico: El de predictibilidad y el de seguridad jurídica[3].

Si era o no necesario incorporar legislativamente o bastaba solo hacerlo de manera jurisprudencial a la institución en referencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es un tema que ha despertado debates doctrinarios que sería imposible abarcar en el trabajo presente. Lo que si pretendemos desarrollar es un análisis exhaustivo, crítico y por supuesto constructivo sobre este mecanismo que sin duda, hoy en día en el Perú, se ha convertido en uno de los instrumentos jurídicos más importantes no solo del derecho constitucional, sino de todo el ordenamiento jurídico nacional.

2° Orígenes del precedente en el Perú.

El precedente dentro del ordenamiento jurídico peruano no es nuevo y ya tenía antes del Código Procesal Constitucional cierta raigambre normativa. En efecto, como veremos a continuación, en nuestro país los orígenes del precedente constitucional se pueden remontar a la Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo). Asimismo, cabe precisar que la institución del precedente en general y no solo el constitucional, también se encuentra en otras normas y códigos del ordenamiento jurídico peruano como veremos a continuación.

En nuestro ordenamiento jurídico, el antecedente de nuestro precedente constitucional se encuentra en el artículo 9° de la antigua Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506 publicada el 08 de diciembre de 1982). En dicho artículo se establecía que: *"Las resoluciones de habeas corpus y amparo sentarán jurisprudencia obligatoria, cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución"*.

3 Así puede leerse y advertirse de algunos estudios realizados al precedente constitucional vinculante en el Perú: CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Palestra. Lima. 2007. Así también: PAREDES INFANZON, Jelio. *La predictibilidad y el precedente*. Editorial San Marcos. Lima. 2008. Y, CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores. Lima. 2008.

Como se puede apreciar, en la Ley que regulaba los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo en nuestro país, ya se hacía referencia al "precedente" pero sin ninguna distinción de la "jurisprudencia", en realidad, en virtud de la ley venían a ser lo mismo.

En efecto, a diferencia de nuestro actual Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), hablar de precedente y jurisprudencia según la ley anterior venía a ser lo mismo, en consecuencia, tenemos que las características, efectos y particularidades que hoy posee nuestro precedente constitucional lo hacen ser muy diferente de su antecesor.

Pero antes de referirnos de lleno a esas diferencias, hagamos un repaso pormenorizado de los distintos precedentes en el Perú, teniendo en cuenta que el Código regula hoy en día sólo al precedente constitucional vinculante, pero a la par de este en nuestro país existen otros precedente vinculantes en materia penal, civil y administrativo, pero que tienen diferencias muy marcadas con el constitucional, tal y como veremos a continuación.

3° Análisis del precedente constitucional vinculante establecido en el Código Procesal Constitucional peruano y su desarrollo por parte del Tribunal Constitucional.

En nuestro Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), como bien se ha señalado, en el artículo VII de su Título Preliminar, se encuentra establecida la novísima figura de nuestro precedente constitucional vinculante. Así este artículo señala:

> *"Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".*

De lo establecido en líneas anteriores, queda claro que si se pretendía dar una definición de precedente constitucional vinculante, está resultó ser demasiado insuficiente, ambigua y bastante alejada de la definición del *stare decisis* anglosajón.

Consideramos que los creadores que concibieron el proyecto de esta norma y el legislador de turno que aprobó lo que es el actual Código Procesal

Constitucional peruano sólo quisieron reconocer la institución e incluirla como una novedad en nuestro ordenamiento con algunas características bien puntuales y algo difíciles de entender en muchos casos, dejándole la responsabilidad al Tribunal Constitucional que se encargué a través de sus sentencias su desarrollo, alcances y limitaciones, cosa que por cierto se ha venido haciendo con algunas deficiencias e imprecisiones, situación bastante normal para cuando se recogen instituciones de otros realidades jurídicas que a veces no siempre se incorporan o funcionan del todo bien como en sus lugares de origen[4].

Pese a todo ello, nuestro precedente constitucional se ha venido desarrollando y adaptando a nuestra realidad jurídica, con las variantes y características que a continuación brevemente esbozaremos.

3.1. Definición formal del precedente constitucional vinculante.

Como hemos señalado, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no se haya una definición material del precedente, en este artículo solo podemos hallar lo que hemos denominado una definición formal de precedente, pues allí se detallan las características de forma -invariables[5]- que se necesitan cumplir para que el Tribunal Constitucional pueda emitirlo.

En ese sentido, las características que podemos identificar son las siguientes:

---

4 Al respecto nos quedamos con una cita del constitucionalista peruano del siglo XIX Toribio Pacheco quien señaló refiriéndose justamente a importar instituciones de otros sistemas jurídico-políticos a la realidad jurídico-política peruana: "Lo que es bueno para uno, tal vez no lo sea para otro, y en este caso, la aplicación lejos de producir los bienes que se esperaban, no produciría más que funestos y perniciosos resultados". PACHECO, Toribio. *Cuestiones Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima. 2015. Pp. 112.

5 Algo bastante singular y hasta totalmente desconocido en el derecho anglosajón, pues como bien todos sabemos ni en EEUU ni en Inglaterra, la figura del precedente vinculante está sujeta a determinados requisitos que le plantea el legislador, pues si existen requisitos estos han nacido de la propia labor jurisprudencial de las cortes y de hecho la propia institución del *stare decisis* ha nacido de la labor jurisdiccional de éstas y no tiene una partida de nacimiento en una norma legal, algo que de por sí ya hace al precedente vinculante peruano algo extraño, ajeno y distinto a su par originario del *common law*.

a) Solo puede estar en un tipo de resolución jurisdiccional: una sentencia

b) Esta sentencia sólo la puede emitir un órgano: El Tribunal Constitucional

c) La sentencia debe tener la calidad de cosa juzgada.

d) El Tribunal Constitucional debe precisar expresamente que parte de su sentencia constituye precedente vinculante.

e) De manera literal sólo el Tribunal Constitucional podría apartarse de su precedente, bastando con que sustenta las razones de hecho, de derecho y las razones de su apartamiento.

Como se puede apreciar, lo que nos ofrece el Código Procesal Constitucional Peruano es muy trivial y hasta retórico sobre el precedente constitucional vinculante, pues de lo enunciado líneas arriba, no podemos arribar a una definición material de la institución, sino solo a un marco con características obligatorias de índole formal que debe cumplir el precedente constitucional vinculante cuando es establecido por el Tribunal Constitucional.

3.2. Ausencia de una definición material del precedente en el Código Procesal Constitucional: El Tribunal Constitucional suple la ausencia casuísticamente.

Como nos hemos referido, en el Código Procesal Constitucional existe una definición formal del precedente constitucional vinculante con una serie de peculiaridades y características muy singulares, sin embargo, la fuerza de las cosas iban a conducir a que de alguna u otra forma se estableciera, declarara o reconociera una "definición material o sustantiva" de la institución, pues es lógico que habiéndola importado del derecho extranjero por más que se le haya adecuado a nuestro ordenamiento jurídico que bebe sus fuentes del derecho romano-germánico, de todas formas debía mantener características básicas de su familia de origen.

En ese sentido, no fue el legislador, sino el Tribunal Constitucional Peruano quien formuló la definición material del precedente constitucional vinculante. En efecto, en la tanta veces mencionada STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín, nuestro Tribunal señaló que:

> *"En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal*

Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia".

En consecuencia, las características que podemos identificar de esta definición serían las siguientes:

a) El precedente constitucional vinculante es una regla jurídica.

b) Expuesta o creada a partir de un caso en particular y concreto

c) El Tribunal toma la decisión de establecer la regla como precedente para que sea general.

d) Sirve para resolver casos futuros de naturaleza homóloga, es decir, iguales o idénticos.

e) Tiene efectos similares a una ley.

f) Es una regla que alcanza y obliga a todos en general.

De lo señalado, nos queda claro que las características c), e) y f) son las que diferencian a nuestro precedente con el precedente del derecho anglosajón, pues ya sabemos que en Inglaterra y EEUU los Tribunales Máximos no establecen expresamente una regla como precedente vinculante, ya que la labor de descubrir y aplicar cual es la regla precedente es labor de los jueces inferiores; tampoco el precedente anglosajón tiene efectos similares a una ley; y, por ende, no es oponible ni obligatorio sin distinción su aplicación a todos los que integran su ordenamiento estatal, es decir, funcionarios, autoridades e inclusive particulares, tal y como sucede en el Perú.

Asimismo, se debe recordar que en la misma sentencia aludida, (STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín), el Tribunal

Constitucional pasó a señalar unas reglas de uso de la institución, ello con el claro propósito de acercarla cada vez más a su familia de origen de donde fue importado. Así, el Tribunal estableció lo siguiente:

> *"La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.*
>
> *En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:*
>
> *a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.*
>
> *En ese sentido,* ***la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.***
>
> ***El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.***
>
> *b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.*
>
> *La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.*
>
> *Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.*
>
> *La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.*
>
> *El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.*

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro". (Subrayado y resaltado nuestro)

Pese a este acercamiento, el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer también las diferencias entre su precedente constitucional vinculante y el precedente judicial del *Common Law*. Así en la mencionada STC N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque, el Tribunal en sus fundamentos 47, 48 y 49 señaló lo siguiente: *"(...) **resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del Common Law** (...) Es conocido que el precedente judicial en este sistema se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. (...) **El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales (...) Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley (...) es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares** (...)".* (Subrayado y resaltado nuestro)

En consecuencia, tenemos un precedente constitucional vinculante con características de su familia originaria pero con otras que se han impuesto -ya no sólo bajo el Código Procesal Constitucional- sino también bajo la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional, que lo hacen un precedente vinculante constitucional a la peruana, como bien señaló algún profesor constitucionalista en el Perú.[6]

3.3. Diferencia con la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante

En nuestro país, desde la vigencia del Código Procesal Constitucional se ha marcado una diferencia -totalmente desconocida por supuesto- entre

6 Nos estamos refiriendo a DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Precedente Constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional.* En: Justicia Constitucional N° 5. Especial: El Precedente Constitucional. Palestra. Lima. 2009. Pp. 101 y ss.

precedente constitucional vinculante y jurisprudencia constitucional vinculante.

Así el artículo VI del Título Preliminar de la referida norma procesal señala que:

> *"Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".*

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la tantas veces mencionada STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín, señaló con respecto a la jurisprudencia que:

> *"La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad".*

Las razones por las cuales se ha hecho dicha diferencia no queda totalmente clara, pero a la luz de la realidad práctica el Tribunal Constitucional la ha utilizado -todo pareciera indicar- con una intención escondida: la facultad de "legislar asolapadamente o por la puerta de atrás" del Tribunal Constitucional a través del precedente constitucional vinculante, dejando a la jurisprudencia con las características que le corresponde propiamente al precedente vinculante en el derecho anglosajón.

Al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que: *"(...) De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio,* ***el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir del caso en concreto***".[7] (Subrayado y resaltado nuestro)

En efecto, tal y como señala el profesor GARCÍA AMADO: *"Insistimos en el diferente objeto del artículo VI y del VII. El primero hace vinculantes siempre las interpretaciones de las normas constitucionales que realice el Tribunal Consti-*

7 STC. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque, de fecha 14 de noviembre del 2005.Fj. 43.

tucional. ***El segundo hace vinculantes, en tanto que precedentes las pautas decisorias de los casos en lo que el Tribunal quiera,*** *y siempre teniendo en cuenta que entre las que llamamos pautas decisorias no figura la interpretación de las normas constitucionales, que en virtud del artículo VI obliga siempre"*[8]. (Subrayado y resaltado nuestro)

Nosotros estamos de acuerdo con lo señalado por el referido profesor, pues nos parece hasta cierto punto bastante confuso y hasta carente de sustento jurídico dicha diferenciación que en el derecho anglosajón no existe, por ello pensamos que lo estipulado en el Código Procesal Constitucional en su artículo VII de su Título Preliminar se presta peligrosamente para que el Tribunal Constitucional -como muchas veces ha ocurrido en el Perú- comience a emitir precedentes constitucionales vinculantes a diestra y siniestra en cualquier circunstancia, sin que tenga que ver con el caso en concreto, sin que se encuentre en la *ratio decidendi* y tratando de imponer alguna concepción ideológica o antojadiza del los Magistrados de turno, convirtiéndose la institución en algo totalmente distinto y diferente de su lugar de origen y más pareciéndose a una cuestión legislativa que jurisprudencial.

En ese sentido, parece ser que el mismo Tribunal Constitucional dándose cuenta de esto, trató de apaciguar la situación emitiendo una "definición material del precedente constitucional vinculante"[9] y con supuestos inclusive para su emisión[10], como para que el precedente vinculante no parezca una cuestión legislativa sino sobre todo jurisprudencial como en

8 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles Descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque.* En: JUS Constitucional N° 1. GRIJLEY. Lima. 2008. Pp. 91.

9 Definición que hemos descrito ampliamente en líneas anteriores, en base a la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín.

10 En la sentencia mencionada, STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín, así como en la STC N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque, el Tribunal Constitucional estableció como supuestos para emitir un precedente constitucional vinculante los siguientes:

a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

su lugar de origen, sin embargo, al estar estos requisitos o características materiales en sus propias sentencias, muchas veces las han dejado de lado al momento de emitir sus precedentes y solo se han sujetado a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, dejando muy en claro que es muy difícil "cambiar de *chip* jurídico" cuando instituciones foráneas de una familia jurídica totalmente distinta se incorporan a nuestro ordenamiento con reglas de aplicación muy diferentes y desconocidas para nuestros operadores jurisdiccionales.

En consecuencia, tratando de encontrar las diferencias más saltantes entre nuestro precedente constitucional vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante serían las siguientes:

a) El precedente constitucional vinculante solo puede emitirse a través de una sentencia del Tribunal; por su parte la jurisprudencia se puede emitir en cualquier tipo de resolución jurisdiccional del mismo.

b) El precedente solo se puede emitir en una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada; en cambio la jurisprudencia se puede emitir en cualquier tipo de resolución aunque no se haya resuelto sobre el fondo.

c) El precedente tiene que estar expresamente señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia, es decir, él determina en qué parte de su sentencia o en que fundamentos se encuentra contenido su precedente; por su parte en el caso de la jurisprudencia no es necesario que el Tribunal señale donde se encuentra la jurisprudencia[11].

---

b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) Cuando existe una norma legal que afecta derechos constitucionales

f) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

11 Al respecto, el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano César Landa anota algo totalmente cierto: "*A diferencia del precedente vinculante en el que se establece los efectos normativos de una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada constitucional al haber resuelto sobre el fondo un proceso constitucional, en*

d) Según se desprende literalmente del artículo VII del Título Preliminar del Código, sólo el Tribunal podría apartarse de su precedente, en vista de ello está posibilidad estaría vetada para los jueces; en el caso de la jurisprudencia no sólo el Tribunal podría apartarse sino también lo podrían hacer los jueces, claro en uno u otro caso, siempre sustentando las razones de hecho y derecho de tal apartamiento.

e) Tal y como lo ha referido el Tribunal Constitucional, su precedente es una regla jurídica que nace a partir de un caso en concreto y que sirve para resolver casos futuros de naturaleza homóloga; por su parte la jurisprudencia son los criterios reiterativos del Tribunal en casos similares.

f) El precedente en principio sólo podría estar contenido en la *ratio decidendi* de la sentencia[12]; en cambio la jurisprudencia puede estar contenida tanto en la *ratio decidendi* como en la *obiter dicta*, determi-

---

la doctrina jurisprudencial se requiere de una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento". LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. En: Justicia Constitucional N° 5. Especial: El Precedente Constitucional. Palestra. Lima. 2009. Pp. 62.

12 En efecto, en el derecho anglosajón el precedente solo podría derivarse de los fundamentos que pertenecen a la ratio decidendi. En el caso peruano no siempre suele ser así, pese a que el Tribunal en la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín señalo lo siguiente: "*La razón suficiente* expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*. ***Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.*** *La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.*" (subrayado y resaltado nuestro). Sin embargo, por las características formales que el Código Procesal Constitucional le brinda al Tribunal Constitucional para emitir un precedente sin observar la *ratio u obiter*, es decir, casi a su libre albedrío, el Tribunal muchas veces ha emitido precedentes sin que estos se encuentren o deriven propiamente de *la ratio decidendi* de su sentencia.

nándose que si estamos en el primer caso tendría una vinculancia obligatorio mayor y si estamos frente al segundo solo una vinculancia persuasiva o menor.

g) El precedente constitucional vinculante tiene "efectos similares a una ley"; por el contrario, la jurisprudencia vinculante carece de estos efectos[13].

h) Finalmente, el único que puede cambiar o dejar sin efecto el precedente constitucional vinculante es el órgano que lo emitió, es decir, para nuestro caso el Tribunal Constitucional; por su parte, quien podría apartarse del precedente no solo sería el Tribunal Constitucional, sino también los jueces, siempre y cuando su caso no sea idéntico u homólogo al que dio origen al precedente.

4° El precedente constitucional vinculante peruano: Entre el *civil law* y el *common law*

De lo expuesto, está claro que dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal constitucional la institución del precedente constitucional vinculante venida del derecho anglosajón se ha adaptado a nuestro sistema románico germánico, sufriendo en esa adaptación una serie de innovaciones que para nada son propias en el sistema del *common law*.

En efecto, tal y como señalamos en líneas anteriores, nuestro precedente constitucional vinculante tiene características ajenas y desconocidas dentro su familia de origen y que se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento y que podemos resumir a continuación:

a) Encontrarse establecido en una ley, tal y como sucede en nuestro caso (Ley N° 28237 -Código Procesal Constitucional-); en los sistemas pertenecientes al *common law*, el precedente no se encuentra regulado en ninguna ley.

13 En ese mismo sentido, el profesor Landa señala: "*De otro lado, el sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir, que no se configura un efecto normativo erga omnes, que la haría exigible a cualquier órgano o persona, sino que goza de efectos interpretativos específicamente para la judicatura ordinaria o especializada*". LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. En: Justicia Constitucional N° 5. Especial: El Precedente Constitucional. Palestra. Lima. 2009. Pp. 62 y 63.

b) Ser emitido sólo por el Tribunal Constitucional; en el caso de los países del derecho anglosajón, este puede ser emitido a partir de los juzgados o salas superiores.

c) Nuestro precedente por mandato del Código debe estar expresamente señalado por el Tribunal Constitucional; en los países del *common law* los Tribunales superiores no señalan donde se encuentra el precedente, es labor de los jueces inferiores descubrirlo a partir de la distinción entre fundamentos de *ratio decidendi* y de *obiter dicta.*

d) En principio, según lo expresado literalmente en el Código Procesal Constitucional en el Perú, sólo el Tribunal Constitucional podría apartarse de su precedente, quedando aparentemente vetada esta posibilidad para los jueces; en el sistema del *common law* los jueces si pueden apartarse del precedente acudiendo a la técnica del *distinguish* sin perjuicio del *overrulling*, técnica por la cual sólo el Tribunal que emitió el precedente lo puede cambiar.

e) El precedente constitucional vinculante peruano tiene "efectos similares a una ley", es decir, se le ha dado una vinculancia de alcance general por lo que es obligatorio no sólo para los jueces, sino para todas las instituciones del Estado y también para los particulares; en el common law el precedente por más que provenga del Tribunal de mayor jerarquía, éste carece de "efectos de ley", por tanto vincula sólo al aparto jurisdiccional más no a otros entes del Estado ni a particulares.

f) Por la misma razón que según el Código Procesal Constitucional el Tribunal Constitucional debe establecer en que parte de su sentencia se encuentra el precedente, en el Perú de poco serviría la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* y la necesidad de que el precedente sólo puede ubicarse sólo en la primera, pues nuestro Tribunal puede establecer su precedente a su libre albedrío y los jueces deben aplicarlo sin más ni más; en el sistema del *common law* la distinción entre *ratio y obiter* es fundamental, puesto que los Tribunales Superiores no señalan expresamente donde está su precedente, serán los jueces en base a esta distinción que descubrirán el precedente, sabiendo de antemano que éste solo puede estar inmerso en los fundamentos de la *ratio decidendi* y no en los de la *obiter dicta.*

g) Finalmente, en el Perú existe una distinción muy clara sustentada en el Código Procesal Constitucional entre precedente constitucional vinculante (Artículo VII) y jurisprudencia constitucional vinculante (Artículo VI); en el derecho anglosajón esta distinción es totalmente desconocida, extraña y -hasta diría yo- totalmente contraria al espíritu y esencia de la institución (nos referimos al precedente), pues el precedente no es algo que se determine *a priori* -como si de una ley se tratara- sino que los jueces en su labor jurisdiccional aplicada a los casos en concreto van descubriendo, delineando y determinando el precedente que emana de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, es decir, no existe y sería algo absurdo que en estos países originarios del precedente hubiera una distinción semejante a la que existe en nuestro país.

Con todas estas diferencias, nos queda claro que en el Perú el precedente constitucional vinculante es una institución que se fundamente en torno a una convergencia entre dos familias jurídicas distintas -*civil law y common law*-, pues la institución proviene del derecho anglosajón pero al importarse a un país cuya familia jurídica pertenece al sistema romano-germánico, sufre los cambios propios de la adaptación, tratando muchas veces de mantener lo esencial de su familia originaria pero recogiendo otras características nuevas que lo convierten en una institución diferente a la que es en su realidad jurídica original, lo que hace que nuestro precedente constitucional vinculante haga converger a las dos familias jurídicas más importantes del mundo y se encuentre el mismo situado en la intersección de esa convergencia.

5° Colofón: La importancia de contar con precedentes vinculantes en nuestro país

Vistas así las cosas, consideramos que el hecho de en la actualidad en el Perú como en varias partes del países pertenecientes al sistema del *civil law*, se haya recogido la institución del precedente originaria del *common law* no es nada malo. Por el contrario, resulta ser muy positivo que hoy en día la jurisprudencia -en general- y sobre todo la constitucional -en particular- tenga una importancia esencial tanto como la misma legislación.

En efecto, no cabe duda que si bien la legislación hasta hace poco gozaba de un rol preponderante y casi monopólico como fuente de derecho

para los operadores jurisdiccionales[14], era algo errado que la jurisprudencia ocupe un papel "segundón" o hasta casi inexistente por tanto tiempo, cuando la creación de derecho no corresponde sólo al legislador, ya que éste crea la ley pero no la aplica, no resuelve los casos en concreto ¿y quién hace esta labor entonces? Es lógico que los jueces, pero no como meros aplicadores de la ley, sino como sus auténticos intérpretes, en consecuencia, al interpretar la ley, crean la norma, entonces por una cuestión lógica también crean derecho[15].

Llegar a esta conclusión, nos resulta hoy totalmente aceptable, pero hace unos años esto era algo ajeno y hasta desconocido para los países latinoamericanos como el Perú, en donde se vivió bajo la sombra omnipotente del legislador por casi toda nuestra época como República independiente, llevando la idea de *Montesquieu* del *"Parlamento como primer poder del Estado"* al absoluto y por consiguiente, su desnaturalización[16].

14 Recordemos que en el año 1689, *Jhon Locke* había publicado su obra *"Tratado sobre el Gobierno Civil" Tomo I y II*, en donde claramente el sostenía la división del Poder y sobre todo la importancia que debía tener el Parlamento como representante del pueblo y creador principal del derecho. En la segunda mitad del siglo XVIII la influencia que ejercieron las obras de *John Locke*, y en concreto su teoría del Estado, que expone en el Segundo tratado, será decisiva para el pensamiento americano e ilustrado. El ejemplo más claro de ello es la proclamación de independencia en las colonias inglesas en América, la redacción de una constitución por hombres como *Benjamín Franklin y Thomas Jefferson*, y el propio modelo de Estado con su separación de poderes, que, salvo el papel de la figura del rey (circunscrito a la complicada realidad británica), es muy similar a la teoría expuesta por Locke.

Del otro lado del Atlántico la influencia también fue decisiva para pensadores como *Montesquieu y Voltaire*, los que siempre vieron en la obra de John Locke y el sistema político inglés un digno ejemplo a seguir. El propio Rousseau desde una posición claramente contraria a la burguesía también recibió sus influencias. gracias a estos tratados se declararon los derechos civiles

15 Está bastante claro, que en estos países del derecho anglosajón, tanto en Inglaterra como en los EEUU, se entendía que: *"El legislador crea el dispositivo, pero el Juez es quien crea la norma"*. Es decir, se tenía muy distinguidas ambas funciones, pues el legislador crea el dispositivo legal pero él no es quien lo aplica, es el Juez quien lo aplica y por ende él es el encargado de darle un significado a ese dispositivo a la luz del caso en concreto. Por tanto, los dos -tanto legislador como Juez- crean el derecho, algo que en países como el Perú era impensable hasta hace pocos años.

16 Decía el *Barón de la Brede y Montesquieu*: *"Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, en ciertos casos, demasiado rigurosa.* ***Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la***

Por ello, a partir del inicio del Estado Constitucional en nuestro país, los precedentes y la labor que hoy desempeñan los jueces -del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional- como auténticos guardianes de la Constitución es fundamental para contrarrestar ese poder equivocadamente absolutista del legislador y teniendo como último parámetro de todo acto estatal y no estatal ya no a la ley -que es obra de un poder constituído- sino a la Constitución -que es obra del Poder Constituyente-. Esto lo decimos estableciendo claramente nuestra posición de que tampoco so pretexto de salvaguardar a la Constitución caigamos en una dictadura de los jueces -por más constitucionales que sean- por este nuevo rol que hoy ostentan[17].

En ese sentido, el hecho de que los jueces sean protagonistas del Estado Constitucional y su jurisprudencia -en general- y sus precedentes -en particular- sirvan para aplicar directamente la Constitución[18], concretizar los principios esenciales como la dignidad o la soberanía popular,

---

ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes". (resaltado y subrayado nuestro). MONTESQUIEU. *"Del Espíritu de las Leyes".* Traducción y preparación de *Mercedes Blázquez y Pedro de Vega,* Tecnos, Madrid, 1980. Libro XI.

17 Como bien advierte el profesor García Amado preocupándose por esta situación: *"Pero en un Estado Constitucional y de Derecho no puede hacerse de la Constitucion el depósito de las supremas verdades morales omniabarcadoras* y ***con capacidad de producir solución por si para cualquier cuestión, concretadas por los jueces y los tribunales constitucionales a base de enmendar al legislador en razón de la justicia de cada caso concreto y haciendo, de este modo, ocioso el juego de la política y vano el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos***". (el resaltado y subrayado es nuestro) En: ZAVALA EGAS, Jorge. 2010) *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica.* Tomado del Blog *Dura Lex.* Editorial, EDILEX SA. Quito, pp. 523 y ss.

18 Aquí debemos mencionar que este "Principio de Supremacía Constitucional", en la actualidad y desde que el "Estado de Derecho" se convierte en "Estado Constitucional de Derecho", crea instituciones y mecanismos para poder concretizarse en la realidad. En el caso de las instituciones podemos ver a los Tribunales y a las Cortes Constitucionales que si bien habían sido creados antes de la era del Estado Constitucional, recién comienzan a tener protagonismo en esta etapa como los verdaderos guardianes de las constituciones. En el caso de los mecanismos, sin duda alguna tenemos a las garantías constitucionales como los procesos idóneos para lograr salvaguardar eficazmente la Constitucion y por ende a los derechos fundamentales.

efectivizar los derechos fundamentales, limitar a los legisladores y a todos los actos de las instituciones del Estado y de los particulares, y reivindicar para sí su rol de creadores del derecho al igual que los legisladores; no significa que se conviertan en los nuevos señores del Estado, pues no se trata de que las instituciones del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial o Tribunal Constitucional) luchen por determinar quien está por encima de los demás[19], se trata de que todos contribuyan a concretizar los principios de Estado Democrático y Forma Republicana de Gobierno, según los cuales los órganos del Estado actúan de manera prudente en el marco de sus competencias en un continuo -*check and balance*- respetándose y controlándose mutuamente con una sola finalidad: Servir a la sociedad para conseguir su bienestar general de acuerdo al ejercicio de los derechos fundamentales de todos los que la integran[20].

Por ello, estamos seguros de que se tiene que trabajar por seguir delineando y fortaleciendo al precedente constitucional vinculante por las razones esgrimidas en líneas anteriores, pero corrigiendo los defectos y excesos que se han cometido a través de la institución, pues se debe recordar que una institución jurídica *per se* no es ni mala ni buena, sino que eso recién se determinará a partir de su aplicación en el contexto y la realidad en la cual le ha tocado funcionar y teniendo en cuenta quienes la aplican y con qué finalidad.

---

19 Aquí es importante señalar lo que el propio Tocqueville ya había referido: "*Ahora bien, mientras más necesario es que un poder sea fuerte, es más preciso darle extensión e independencia.* ***Cuanto más extenso e independiente es un poder, más peligroso es el abuso que se puede hacer de él. El origen del mal no está en la constitución de ese poder, sino en la constitución misma del Estado que necesita la existencia de ese poder***". (resaltado y subrayado es nuestro) TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*, FCE. México, 1963. Pp.148.

20 Cierto sector de la doctrina señala que aun no existiendo jerarquía entre los órganos constitucionales en la Constitucion, en la praxis los Tribunales o Cortes Constitucionales hoy en día si gozan de cierta posición privilegiada frente a los demás órganos, pues resuelven los conflictos de competencias entre ellos, pueden determinar la validez o invalidez constitucional de los actos emitidos por los demás órganos (legislativo, ejecutivo, judicial, etc) y asimismo, sus actos jurisdiccionales no son revisables por ningún otro órgano estatal. Nosotros creemos que esta polémica enciende encarnizados debates sobre la posición, naturaleza y competencias de los Tribunales Constitucionales, que no es menester tratar en el presente trabajo.

6° Bibliografía.

- ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993
- CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Palestra. Lima. 2007.
- CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores. Lima. 2008.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. «*El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional*». En Luis Sáenz Dávalos. El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional, número 3. Lima: Palestra, 2007
- CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. GRIJELY. Lima. 2009
- DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Precedente Constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional*. En: Justicia Constitucional N° 5. Especial: El Precedente Constitucional. Palestra. Lima. 2009.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles Descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque*. En: JUS Constitucional N° 1. GRIJLEY. Lima. 2008
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo*. En: *Advocatus*. Lima. 2003.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. México, Porrúa e IMDPC. 2008.
- GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalizacion del ordenamiento: El caso italiano*. En: *Estudios de teoría constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2001.
- GUILHERME MARINONI, Luiz. *Precedentes Obligatorios*. Palestra. Lima. 2013
- LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. En: Justicia Constitucional N° 5. Especial: El Precedente Constitucional. Palestra. Lima. 2009

- LOPEZ VIERA, José Reynaldo y QUIROGA LEÓN. Aníbal. *Los Procesos Constitucionales*. APECC. Lima. 2015.
- LOPEZ VIERA, José Reynaldo. *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Instituciones básicas y modernas*. APECC. Lima. 2015.
- MONTESQUIEU. *"Del Espíritu de las Leyes"*. Traducción y preparación de *Mercedes Blázquez y Pedro de Vega*, Tecnos, Madrid, 1980. Libro XI.
- PAREDES INFANZON, Jelio. *La predictibilidad y el precedente*. Editorial San Marcos. Lima. 2008
- PACHECO, Toribio. *Cuestiones Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima. 2015.
- PALOMINO J. *El Primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales*. En: http://www.salvador.edu.ar/juri/jadpc/Palomino%20Manchego.pdf
- RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: *Estudios al precedente constitucional*. CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores). Palestra. Lima. 2007.
- SAR SUAREZ, Omar y ALVAREZ MIRANDA, Ernesto. *Reporte de Jurisprudencia. Precedentes y Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional*. Editorial Adrus. Lima. 2013
- SCHUPPERT, Gunnar Folke y BUMKE, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Nomos Verglagsgesellschaft, Baden - Baden*, 2000,
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. *"La Constitución y el Tribunal Constitucional"*. En: *La Jurisdicción constitucional. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994*. CEC. Madrid. 1995
- Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. 2009, Madrid-España
- ZAVALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Tomado del Blog *Dura Lex*. Editorial, EDILEX SA. Quito. 2010.

FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS PROCESALES[1]

Ricardo Beaumont Callirgos[2]

I. ANTECEDENTES

Los fines de los procesos constitucionales y los principios procesales se encuentran regulados de modo directo, cuidadoso y puntual, en los artículos II y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, CPCo. Debe quedar claro, desde el inicio, sin embargo, que lo normado en un Título Preliminar es contenedor de reglas, principios y valores, que se expresan, directa o indirectamente, en mayor o en menor grado, en todo el texto legal del correspondiente cuerpo legislativo al que

1 Ponencia presentada al XI Congreso Nacional de Derecho Constitucional a celebrarse en Lima, en el mes de Agosto 2017, bajo los auspicios académicos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional APDC y de la Universidad San Ignacio de Loyola, USIL.

2 Ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Profesor Principal de Derecho Procesal Constitucional en pre y pos grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de Derecho de la Empresa en la USIL. Miembro de la Comisión Redactora de la Ley General de Sociedades y Presidente de la Comisión Redactora de la Ley de Títulos Valores. Presidente de la Comisión Redactora del proyecto de Ley Marco del Empresariado. Elegido por los Decanos de los Colegios de Abogados del Perú fue Miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial con las mismas consideraciones que los Vocales Supremos. Fue Vice Decano del Colegio de Abogados de Lima durante la decanatura del doctor Jorge Avendaño Valdez. Magister en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM.

se adscribe, en este caso, al código de los procesos constitucionales. Así lo hemos podido evidenciar desde los códigos civiles y penales de las décadas de los años 30 y 40 y ocurre ahora con los vigentes Códigos Civil, Penal, Procesal Civil, Procesal Penal, Tributario, del Niño y del Adolescente, entre otros. En suma, lo normado en los títulos preliminares no se agota en su sitio y en su texto; viene a construir las bases o los cimientos filosóficos de todo el cuerpo legislativo ad hoc. En esta ponencia, además, procuramos demostrarlo, quiero decir, ponerlo en evidencia.

"Bien sabemos que el Título Preliminar constituye una porción normativa que ostenta un lugar privilegiado dentro de todo el territorio normativo de un Código[3]. Y es que se nos presenta como un *pórtico hermenéutico* que ordena y sistematiza a toda la legislación que allí se codifica. En los títulos preliminares se presentan de forma maciza una serie de normas que no son simples declaraciones o entelequias estéticas, sino, antes bien, un conjunto de principios generales que juegan un rol para una interpretación intrasistemática (dentro del propio código) y extrasistemática. (...). Otro aspecto importante que cumple el Título Preliminar (...) puesto que lo que se regule tales como los alcances mismos, los fines de los procesos, los principios (...) la interpretación tanto de los derechos humanos como de la Constitución, no son más que las pautas hermenéuticas en torno al universo del ordenamiento constitucional peruano"[4]

II. FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

II. I. Doctrina

La idea de fines esenciales nos lleva a sostener una orientación teleológica[5]. Esta orientación nos lleva a diferenciarlos de los demás procesos ordinarios (civiles, penales, laborales, administrativos), habida

3 Así lo reconoce Rubio Correa, Marcial: *Para leer el Código Civil. Título Preliminar. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1986. Págs. 19 y ss.*

4 Eto Cruz, Gerardo. Palomino Manchego, José F. EN TRES ANÁLISIS: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO, SU ITER LEGISLATIVO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES. El Derecho Procesal Constitucional Peruano. José F. Palomino Manchego (Coordinador). Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Tomo I. Pags-291-292.

5 Finalista. Doctrina de las causas finales.

cuenta que éstos han sido diseñados fundamentalmente para la satisfacción de intereses, derechos y pretensiones individuales o subjetivas de orden infraconstitucional. En tanto que los procesos constitucionales, además de buscar la tutela de los derechos constitucionales (dimensión subjetiva), también cuentan con una dimensión objetiva: la defensa de la posición jurídica de la Constitución. La dimensión subjetiva de los procesos constitucionales se fundamenta en las cláusulas constitucionales que reconocen derechos fundamentales para todas las personas, así como en aquellas que regulan los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Su dimensión objetiva, en cambio, se construye a partir de lo establecido en los artículos 38 (deber de cumplir la Constitución), 51 (supremacía constitucional), 138 (control judicial difuso de las normas inconstitucionales), 103 *in fine* y 204 (efectos de la sentencia de inconstitucionalidad) de la Constitución, mediante los cuales se busca proteger, fundamentalmente, el sistema de fuentes del ordenamiento peruano, o su regularidad[6] en cuya cúspide se halla la propia Constitución. De ahí que, el Tribunal Constitucional, siguiendo a Zagrebelsky[7] haya señalado que "la instauración de procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales ha constituido uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Ello se explica porque en los procesos constitucionales se busca no solo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución" (sentencia recaída en el Exp. N° 00266-2002-AA/TC Fj. 5)[8].

El ex Presidente del Tribunal Constitucional[9] refiere que "La doctrina constitucional comparada ha establecido que existen básicamente dos tipos

6 Kelsen, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional). En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 10. México. Julio-Diciembre 2008. Pp. 3-46.

7 Zagrebelsky, Gustavo. ¿Derecho Procesal Constitucional? En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° 4, Diciembre 2001. P. 415.

8 Landa Arroyo, César. Fines de los Procesos Constitucionales. Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Diciembre 2015. Págs. 22-23.

9 Landa Arroyo, César. Op. Cit Pág. 57 y sgts.

de procesos constitucionales. En primer lugar, están los procesos destinados al afianzamiento de los derechos fundamentales; y, en segundo lugar, los procesos constitucionales que aseguran la supremacía de la Constitución. (Sagüés, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Tomo I Tercera Edición. Buenos Aires. Astrea. 1992. Páginas 14-15). Los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico; de ahí que su tutela y protección no sólo sea de interés para la persona titular de ese derecho, sino para la colectividad en general, pues su transgresión implica un cuestionamiento al propio ordenamiento constitucional".

Los fines que los procesos constitucionales se proponen alcanzar permiten establecer distinciones entre éstos y los procesos ordinarios (...) por su finalidad, por el rol del juez, por los principios que orientan los procesos constitucionales y por su naturaleza. (i) Los procesos ordinarios no tienen como objetivo hacer valer el principio de supremacía de la Constitución y no siempre persiguen la tutela de derechos fundamentales; (ii) En los procesos constitucionales los jueces tienen el deber de controlar la actuación de las partes a fin de conseguir dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales; (iii) La exigencia del cumplimiento de los principios procesales, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y (iv) los procesos constitucionales son procesos de tutela de urgencia.

El ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional, profesor Ricardo Beaumont[10], anota así: "(...) En el marco del Estado constitucional, el respecto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado -eficacia vertical, como de los particulares -eficacia horizontal, más aun cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual -dimensión subjetiva, sino también del orden objetivo de valores que la Constitución incorpora -dimensión objetiva".

El profesor de la Universidad de Piura doctor Luis Castillo Córdova[11], respecto al artículo II del CPCo., nos lo dice de la siguiente forma: "Si se

10 Beaumont Callirgos, Ricardo. Comentarios al Código Procesal Constitucional Gaceta Jurídica. Noviembre 2011. Página 34.

11 Castillo Córdova, Luis. Estudios y Jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica. Primera Edición enero 2009. Pág. 12.

quiere ser riguroso habrá que precisar que garantizar la primacía de la Constitución es garantizar la vigencia de los derechos que la Constitución reconoce (...) de modo que la finalidad esencial de los procesos constitucionales es una misma: favorecer la efectiva vigencia de la Constitución, la cual se manifiesta también asegurando la plena vigencia de las normas iusfundamentales. Así, de los dos fines esenciales a los que alude el artículo II del CPCo., el segundo -la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, aparece como una concreción del primero -la plena vigencia de la Constitución". El contenido normativo de la Constitución obliga pero no de cualquier manera, sino que lo hace como norma suprema[12], esto quiere significar, en primer lugar, que existe jerarquía entre las fuentes normativas[13] y, en segundo lugar que el rango supremo corresponde a la Constitución, y por debajo de ella se colocan tanto las normas emanadas del poder público (las normas con rango de ley y las normas reglamentarias), así como las emanadas del poder privado (normas estatutarias o normas contractuales).[14] De modo que la validez jurídica de unas y otras depende de su ajustamiento (formal y material) a la Constitución.[15]

"Es a través de los procesos constitucionales que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución[16]. En lo que respecta al control difuso[17], éste se ha previsto para favorecer la vigencia plena de la Constitución, tanto frente a normas con rango de ley como frente a normas de rango infralegal, a las que hoy en día se ha de agregar las normas privadas. (...) En lo que respecta al control concentrado, se han recogido dos mecanismos que apuntan a la preservación de la Constitución como norma jurídica fundamental. El primero, es el proceso de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la CP) (...) El segundo es el proceso de acción popular

12 Artículo 51 de la CP: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

13 Exp. N° 00017-2006-PI/TC Fj 13.

14 Exp. N° 03574-2007-PA/TC Fj. 39

15 Castillo Córdova, Luis. Op. Cit. Págs. 13 y 14.

16 Exp. N° 0030-2005-PI/TC Fj. 46.

17 Artículo 138 de la CP: (segundo párrafo) "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

(artículo 200.5 de la CP) el cual se ha destinado a analizar la constitucionalidad de las normas de rango infralegal por parte del Poder Judicial (...). En uno y otro caso, también el control de la constitucionalidad debería ser posible respecto de normas privadas."[18]

El profesor universitario Eto Cruz[19] explica así el tema de los fines de los procesos constitucionales: "La doctrina constitucional comparada ha establecido que existen básicamente dos tipos de procesos constitucionales. En primer lugar, están los procesos destinados al afianzamiento de los derechos fundamentales; y, en segundo lugar, los procesos constitucionales que aseguran la supremacía de la Constitución. (...). Precisamente, el Código Procesal Constitucional (artículo II del Título Preliminar) ha establecido que los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado, garantizar el principio jurídico de la supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución) y, por otro, preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona (artículo 1 de la Constitución)".

El artículo 13 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional hace referencia a que los pronunciamientos que expide en los autos que conoce, establecen jurisprudencia constitucional. En efecto, según la doctrina y la normativa dictada al efecto, ésta tiene dos vertientes, a saber: la doctrina jurisprudencial (tercer párrafo del artículo VI del TP) y los precedentes vinculantes (artículo VII del TP).

II.II. Jurisprudencia Constitucional

A continuación, en palabras del mismo TC[20], los fines de los procesos constitucionales:

1. "(...). De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que por su intermedio se demuestra la supremacía

18 Castillo Córdova, Luis. Op. Cit. Pág. 15.

19 Eto Cruz, Gerardo. El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Editorial ADRUS SRL. Cuarta edición. Octubre 2011. Pág. 175.

20 Castillo Córdova, Luis. Op. Cit. Págs. 393 a 404.

constitucional. Y es que gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas". (STC Exp. N° 2877-2005-PHC/TC Fj. 5).

2. "El Derecho Procesal Constitucional debe ser considerado como un Derecho Constitucional concretizado (...), el Código Procesal Constitucional debe ser entendido, comprendido y analizado de acuerdo con los contenidos existentes en la Norma Fundamental. Tan cierto es eso que los fines del proceso constitucional, que el propio Código reconoce en el artículo II de su Título Preliminar, son la primacía constitucional y la protección de los derechos". (STC Exp. N° 07873-2006-PC/TC Fj. 7).

3. "(...) detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales". (STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC Fj. 9).

4. "La condición de órgano de control de la Constitución que se ha atribuido a este Tribunal Constitucional, es una competencia asignada por el Poder Constituyente, y no por ningún poder constituido. El Congreso de la República es uno más de los poderes constituidos, entre los cuales se encuentra este mismo Tribunal Constitucional. Y si la Constitución le ha encargado a aquel, entre otras funciones, la función legislativa, a este Colegiado (Tribunal Constitucional) le ha encargado, entre otras, la de controlar la producción legislativa, a fin de que no se transgreda el principio de supremacía constitucional. El Tribunal Constitucional en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona". Exp. N° 00002-2001-AI/TC Fj. 1 y Exp. N° 02409-2002-AA/TC Fj. 1a).

5. Si el petitorio de la demanda es entendido en el sentido (...) que la demanda habría de ser declarada improcedente en aplicación de lo establecido en el artículo 5.1 del CPCo., obligado como está el juez constitucional a que los procesos constitucionales cumplan su

finalidad de proteger la primacía de la Constitución y los derechos constitucionales (artículo II del TP del CPCo.), debe él interpretar el petitorio de la forma que posibilite al demandante la obtención de tutela jurisdiccional de su derecho constitucional (...) Precisamente a tal cometido sirve el principio de suplencia de queja deficiente. Se trata de un principio implícito de nuestro derecho procesal constitucional y que se deriva del citado principio teleológico enunciado en el artículo II del TP del CPCo. Conforme a él tiene el juez Constitucional el deber de enmendar el petitorio de la demanda cuando éste ha sido erróneamente formulado o expuesto en forma ambigua u obscura. (STC Exp. N° 4885-2007-PHD/TC Fj. 4 y 5).

6. "(...) Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene por finalidad proteger el derecho constitucional de proteger la eficacia de las normas legales y actos administrativos. (...) Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3 y 43), el deber de los peruanos de cumplir de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y por ende, su eficacia.

7. (...) A su turno, el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución establece que es atribución del Congreso de la República dar leyes. Consecuentemente, de las normas citadas (artículos 51, 200.4 y 102.1) se colige que, en nuestro ordenamiento jurídico el primer rango normativo corresponde a la Constitución y el segundo a la ley. (STC Exp. N° 0022-2004-AI/TC Fj. 13). Según el principio de supremacía de la Constitución, todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, obliga por igual tanto a gobernantes como a gobernados, incluida la administración pública. (STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC Fj. 8).

8. La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas

las demás pautas jurídicas restantes. En esa perspectiva el principio de jerarquía deviene en el canon estructurado del ordenamiento estatal. El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas (...). Así una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella. El artículo 51 de la Constitución afirma los principios de supremacía constitucional (...). La Constitución es una especie de *super ley*, de norma *normarum*, que ocupa el vértice de la pirámide normativa. (STC Exp. N° 0047-2004-AI/TC Fj. 55).

9. "La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y por tanto, la producción misma del orden normativo estatal. (...). La Constitución como fuente suprema:

- Crea los órganos encargados de la producción normativa;
- Otorga competencias materiales;
- Determina los procedimientos para la producción normativa;
- Establece los límites materiales para la elaboración normativa; e
- Impone los contenidos normativos (STC Exp. N° 0047-AI/TC Fj. 11).

10. "De conformidad con el artículo 38 de la Constitución 'todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)'. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la *eficacia inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado que pretenda conculcar o desconocerlos (...) resulta inexorablemente inconstitucional. (STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC Fj. 6).

III. PRINCIPIOS PROCESALES

Los principios procesales pueden definirse como aquellos principios generales del Derecho que "sirven para describir y sustentar la esencia del proceso"[21] el cual es, llegar a la solución justa de las controversias que puedan discutirse a su interior. Son principios jurídicos normativos, no son meras declaraciones de intenciones del legislador, sino que son realidades jurídicas plenamente vigentes y deben ser invocados y aplicados en el devenir de todo proceso concreto.[22]

El ex Presidente del Tribunal Constitucional, García Toma[23], transcribe la opinión del doctor Espinoza Zevallos en los términos siguientes: "Son aquellos postulados axiomáticos que sobre la base de su consistencia lógica (...) determinan la naturaleza, la razón de ser o esencia de los procesos constitucionales: la defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales".

El profesor García Toma explica que entre las principales características que ostentan los principios procesales contenidos expresa o implícitamente en el Código Procesal Constitucional se tienen las siguientes: "(i) Exponen postulados o axiomas que alcanzan a todos los procesos constitucionales reconocidos en la Constitución; (ii) Exponen postulados o axiomas que permiten eventualmente cubrir las áreas incompletas o lagunosas del CPCo.; (iii) Deben ser aplicados por los operadores jurisdiccionales o pueden ser invocados por las partes para su utilización; y, (iv) Tienden a satisfacer y permitir alcanzar los fines concretos de los procesos constitucionales.

III. I. Dirección Judicial del Proceso

(Sub Principio de Elasticidad)

(Sub Principio de Impulso Judicial)

En los procesos constitucionales, el rol del juez como director del proceso supone una mayor dirección de la actuación de las partes, a fin

21 Monroy Gálvez, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Temis de Belaunde & Monroy. Santa Fe de Bogotá. 1996. Pág. 80.

22 Castillo Córdova, Luis. Op. Cit. Pág. 48.

23 García Toma, Víctor. Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde. Jhonny Tupayachi Sotomayor (Coordinador). Editorial ADRUS SRL. Segunda Edición. Julio 2011. Pág. 15.

de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales lesionados o amenazados. De otro lado, si bien es cierto que los principios recogidos en el artículo III del Título Preliminar del Código, nominalmente, son compartidos con los procesos ordinarios, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum o pro actione*, leídos y aplicados a partir de lo establecido en la Constitución, no son sólo fundamentales sino también ineludibles para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales.

Finalmente, los procesos constitucionales por su naturaleza subjetiva-objetiva no solo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos en favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia.

Esta doble dimensión se advierte cuando en el marco de un proceso de protección de derechos fundamentales, como el hábeas corpus, el amparo[24], hábeas data[25] o cumplimiento, el juez como titular de la faz objetiva del proceso le corresponde tutelar no sólo un específico derecho en una situación concreta, sino también interpretar la norma (de rango legal, reglamentario o privada) conforme a la Constitución, o, inaplicarla por su inconstitucionalidad, mediante el control difuso; o, declarar 'un estado de cosas inconstitucionales'[26].

---

24 STC Exp. N° 01124-2001-AA/TC a través de la que se inaplicó el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 que establecía la indemnización como única reparación frente al despido arbitrario.

25 STC Exp. N° 02579-2003-HD/TC, mediante el cual se inaplicó el artículo 43 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), que prohibía expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en los registros del CNM, ya que el mismo resultaba contrario al derecho de acceso a la información pública.

26 STC Exp. N° 05567-2007-PA/TC en la que el Tribunal Constitucional declaró como estado de cosas inconstitucionales, es decir contrarios al derecho a la pensión y la tutela jurisdiccional (en su dimensión de derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales) y con efectos que van más allá del caso concreto resuelto, la estrategia procesal implementada por los Estudios de Abogados que contrataba la Oficina de Normalización Previsional (ONP) de interponer procesos de amparo contra resoluciones judiciales (recaídas en otros procesos de amparo o

Al respecto puede comentarse el caso de la STC Exp. N° 00017-2008-PI/TC, mediante la cual se declaró inconstitucional una ley que prohibía la creación de filiales universitarias, pero además se declaró como 'un estado de cosas inconstitucionales' la situación de la calidad académica del sistema universitario peruano.

Si bien existen procesos que tienen por finalidad esencial garantizar los derechos constitucionales y otros el principio de supremacía constitucional, o lo que es lo mismo, la condición de norma suprema que tiene la Constitución; tal división no debe considerarse en términos absolutos, en el sentido de que unos procesos exclusiva y excluyentemente protegen derechos y otros cautelan de manera exclusiva y excluyente la supremacía jurídica. La finalidad de los procesos constitucionales es única, la ya señalada en el artículo comentado, y la prevalencia de uno u otro fin en un determinado proceso constitucional, es relativa y flexible, dado que por ejemplo, el amparo, si bien protege primordialmente derechos, no es menos cierto que tutelando derechos se protege también la supremacía constitucional, ello porque los derechos son parte de la Constitución, y por ende, también gozan de su carácter normativo.

Por tanto, todos los procesos constitucionales, en mayor o menor medida, tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales y garantizar la supremacía jurídica de la Constitución, según dispone el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[27].

Y volviendo, en lo tocante al Principio de Dirección Judicial del Proceso y en particular al Proceso de Amparo (artículos 37 a 60 del CPCo.), la doctrina nacional[28] enuncia un muestreo a nivel de "deberes" y en esta forma registra, por ejemplo, el deber de:

---

en proceso contencioso administrativo) en las que se reconocía, con autoridad de cosa juzgada, la lesión al derecho a la pensión de los demandantes y se ordenaba a la ONP a proceder al reconocimiento del derecho, pago de pensiones e intereses legales devengadas. Estos amparo contra resoluciones judiciales se interponían con la única finalidad de dilatar la ejecución de las sentencias así como de evitar el goce efectivo del derecho a la pensión de quienes habían salido vencedores en los procesos contra la ONP.

27 Landa Arroyo, César. Op. Cit. Pág. 24-25.

28 Eto Cruz, Gerardo. Gaceta Jurídica. Código Procesal Constitucional Comentado. Op. Cit. Págs. 28-29

- Impulsar de oficio los procesos;
- Adecuar la exigencia de las formalidades a los fines del proceso;
- Interpretar el contenido y alcances de los derechos constitucionales en conformidad con los Tratados Internacionales en materia de DD.HH.;
- Preferir la norma constitucional antes que la legal;
- Interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación del TC;
- Aplicar el derecho que corresponde al proceso;
- Declarar fundada la demanda aunque haya ocurrido la sustracción de la materia;
- Remitir la *notitia criminis* al fiscal en los procesos constitucionales fundados donde se haya cometido delito;
- Los jueces superiores de integrar las sentencias que omitan algo;
- Tramitar con carácter preferencial los procesos constitucionales; y
- Exigir apariencia de buen derecho -*bonus fumus iuris,* y peligro en la demora -*periculum in mora,* para la expedición estimativa de una medida cautelar.

También la misma doctrina nacional[29] nos comenta los siguientes principios en los términos que a continuación se expresan.

Sobre la dirección judicial del proceso: (i) instauración del principio dispositivo superando el principio dispositivo[30]; (ii) la realización de alguna actuación probatoria; y, (iii) si la pretensión está planteada de manera incorrecta o si la norma de derecho aplicable ha sido invocada erróneamente, aplique la *suplencia de queja deficiente*[31] en el marco del *iura novit curia.*

29 Gaceta Constitucional. Op. Cit. Págs. 31 a 63.

30 Antes, el juez asumía un rol pasivo; ahora uno preponderante. El juez debe investigar la verdad por todos los medios a su alcance. Le faculta para continuar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.

31 STC Exp. N° 02302-2003-AA/TC Fj. 30

Referente al mismo tópico[32] este principio tiene por finalidad permitir que el Estado imponga la vigencia del sistema jurídico que ha propuesto y no, como se consideró en el S XIX, un medio para que los particulares discutan sus derechos privados, razón por la cual tenían el monopolio de su control, dejando al juez como un notario que sólo protocolizaba las actuaciones de las partes y terminaba dándole la razón a quien mejor había probado o alegado, que casi siempre era quien contaba con un óptimo asesoramiento técnico, surgido de una superior capacidad económica. El principio aludido le otorga al juez la posibilidad de adecuar el trámite a los fines trascendentes del proceso.

Este principio ha sido invocado por el Tribunal Constitucional para justificar la intervención del Pleno en una causa que por su competencia formal debía ser resuelta por una sala. Cfr., con el Exp. N° 1317-2008-PHC/TC Fj. 2.

También la doctrina nacional[33] nos informa que en cuanto a la *dirección judicial del proceso,* lo que se busca simplemente es que la regularidad formal no constituya un óbice insuperable para la prosecución del proceso. Se consagra así, sin decirlo expresamente, el *principio de elasticidad.*[34]

El ex Magistrado del Tribunal Constitucional, Ricardo Beaumont[35], autor de esta ponencia, para el Congreso Nacional de Derecho Constitucional APDC/USIL, 2017, anotaba así: Respecto al principio de elasticidad propuesto por la doctrina y la jurisprudencia del TC, podemos transcribir lo siguiente "(...) impone a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional exigir el cumplimiento de las formalidades solo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales; por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el

32 Código Procesal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Tercera Edición. Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordoñez, Francisco J. Eguiguren Preali, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia. Lima 2008. Páginas 35 en adelante.

33 Eto Cruz, Gerardo. Op. Cit Pág. ....

34 Mesía Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica Tercera Edición. Abril 2007. Página 81.

35 Beaumont Callirgos, Ricardo. Op. Cit. Pág. 39.

caso, prescindirse, con el propósito de que los fines de los procesos constitucionales se realicen debidamente" STC Exp. N° 266-2002-AA/TC Fj. 7.

El magistrado del Tribunal Constitucional[36] Espinosa-Saldaña lo titula "dirección e impulso judicial del proceso" y lo comenta así: 'Si buscamos promover la existencia de un juzgador comprometido con la supremacía constitucional y lo que ella involucra, se hace indispensable un tránsito del llamado juez espectador al juez director del proceso. Los jueces en general y los juzgadores constitucionales con mayor razón, no podrán ser convidados de piedra o meros observadores de la o las controversias sometidas a su conocimiento'. (...). En el Código Procesal Constitucional peruano encontramos varias menciones expresas a este principio y no solamente en el Título Preliminar. Como muestra está lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 106 de la ley, donde se le conmina al juez que impulse de oficio los procesos de inconstitucionalidad una vez admitida la demanda. Una cobertura similar se deja a la discrecionalidad del juez de amparo en el artículo 53 del presente Código".

Referente al impulso procesal de oficio. (i) Viene a ser un sub principio, en tanto expresión concreta del principio de dirección judicial. (ii) Obligación impuesta al juez constitucional de continuar el proceso a través de la ejecución de todos los actos que lo conduzcan a prestar tutela jurisdiccional a los justiciables[37]. "Fenómeno en virtud al cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo".[38]

El CPCo., habilita al juez y al Tribunal Constitucional a impulsar de oficio los procesos constitucionales salvo en los casos debidamente señalados en el propio Código. Así, por ejemplo, no es posible impulsar de oficio el proceso de amparo, hábeas data o de cumplimiento si es que ha habido desistimiento de la acción, conforme al artículo 49 del Código[39];

36 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Susana Castañeda O. Edgar Carpio Marcos. Luis Sáenz Dávalos. Jurista Editores EIRL, Primera Edición Febrero 2005. Página. 33.

37 Cfr. STC Exp. N° 09599-2005-PA/TC, Fj. 6

38 Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Depalma, Buenos Aires. 1988. Pág. 172.

39 Artículo 49 "En el amparo no procede la reconvención ni el abandono del proceso. Es procedente el desistimiento".

tampoco si el titular del derecho no ratifica la demanda ni la actividad procesal del procurador oficioso (artículo 41)[40].

El profesor Eto Cruz[41] comenta así: "Este principio, se podría aseverar, viene a ser un sub principio, del principio de dirección judicial que se manifiesta en una serie de facultades que el Código le ha conferido al juez operador intérprete de la norma constitucional, para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso -sin necesidad de intervención de las partes, a fin de lograr la consecución de sus fines".

En lo referente al principio de dirección judicial del proceso el TC ha dicho "(...) siendo la Constitución una Norma Fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, éstos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional por lo que el principio de dirección judicial del proceso se redimensiona en el proceso constitucional en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor. STC N° 00005-2005-PCC/TC Fj 4.

Respecto a la adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales. Principio de elasticidad. (i) El sacrificio de las formas en los procesos constitucionales no significa que los jueces puedan desconocer de por si las disposiciones que el CPCo., recoge, sino que estas interpretaciones deben ser entendidas, comprendidas o integradas 'desde' y 'conforme' a la Constitución, de modo tal que la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales resulte optimizada por dicha interpretación y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la

40 Artículo 41 "Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando ésta se encuentra imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso".

41 Eto Cruz, Gerardo. Op Cit. Pág. 207.

defensa del orden público constitucional no quede subordinado al respeto de las formas por las formas"[42]; y, (ii) Cfr. STC. 00987-2014-PA/TC Fj. 19.

Sobre lo mismo, en el Libro anotado *supra*, del CEC, del TC se lee: "(...) Así por ejemplo, una demanda no debe ser rechazada por faltarle la firma del abogado, si el juez considera que la urgencia de tutela coloca a la exigencia de tal formalidad en un plano absolutamente secundario respecto a la necesidad de admitir y dar trámite al proceso constitucional.

En palabras del TC "no significa (...) crear *ex novo* reglas procesales aplicables a tal (o cual) tipo de proceso sino tan solo preferir los principios procesales del artículo III del TP CPCo., desechando la aplicación de todo criterio procesal que resulte incompatible con su finalidad"[43]. Por eso es que la aplicación del principio de elasticidad demanda una argumentación suficiente por parte del juez que lo aplica.[44]

Referente a la continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión. (i) En caso de duda se prefiere la continuidad del proceso: *pro homine libertatis*; (ii) Si se pretende concluir el proceso quien habrá de salir victorioso es el presunto agresor; ante tal situación es lógico que se debe preferir la continuación del proceso, hasta que éste llegue a su destino final, hasta la resolución final que defina si existió o no un agravio que retrotraiga las cosas al estado primigenio de disfrute de los derechos constitucionales afectados. Subyace el principio de tutela judicial efectiva y el debido proceso. (ii) Cfr. STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC. Fj. 15.

Sobre el tópico, en el Libro del CEC del TC anotado supra, se lee: "(...) Se le denomina *principio favor processum* y también *principio pro actione* en la doctrina y jurisprudencia argentina y española, respectivamente. Consiste en la facultad que tiene el Juez de decidir a favor de la admisión de la demanda o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga una duda razonable respecto a si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso".

En palabras del TC "si el legislador prevé la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, una exigencia derivada del derecho

42 STC Exp. N° 00005-2005-CC/TC FFjj 7-8

43 Exp. 00048-2004-PI/TC Fj. 5

44 Castillo Córdova, Luis. Op. Cit. Pág. 57.

de acceso a la justicia es que este sea configurado de la manera más breve como sea posible, pues de ese modo se optimiza mejor el principio pro actione" (...) "no pueda considerarse un privilegio del Estado o acaso como una medida que, irrazonable y desproporcionadamente, disuada, imposibilite o impida el acceso del particular a un tribunal de justicia".[45]

"Por ejemplo, si interpuesta la demanda existe incertidumbre sobre su improcedencia por una de las causales contempladas en el artículo 5, no queda más remedio que admitirla y darle el trámite que corresponde. Lo mismo acontecerá si no hay certeza sobre su conclusión. En este hipotético caso se impone la continuación de las fases procesales pendientes hasta el fallo firme y definitivo. Así mismo, en relación con el amparo, se deberá admitir la demanda si no hay claridad sobre si está agotada o no la vía previa".[46]

Sobre el *pro actione* en la STC 2763-2002-AA/TC, se dijo "este Tribunal señaló que el derecho de acceso a la justicia tiene base constitucional, puesto que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, este último, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución".

III. II. Gratuidad en la actuación del demandante

Sobre la gratuidad en la actuación del demandante: (i) Cfr., artículo 139.16 de la Constitución Política, CP.; (ii) Cfr., STC Exp. N° 01606-2004-AA/TC Fj. 4 "(...) el recurrente tiene expedito su derecho para promover su recurso de casación en las condiciones de gratuidad establecidas en el artículo 55 de la Ley 26636"; y, (iii) El último párrafo del artículo III en comento expresa: "La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena de costos y costas conforme a lo previsto en el presente Código".

"Este principio se encuentra plenamente justificado en el hecho de que es vital que no exista ningún tipo de elemento que obstruya el acceso a los medios de salvación de los derechos constitucionales o de los medios que tienden a hacer efectivamente vigente el orden constitucional[47]. Y es que este principio contiene 'un mandato constitucional que exige la

45 Exp. N° 00010-2001-AI/TC Fj. 3.

46 Mesía Carlos. Op. Cit. Pág. 63.

47 3 Castillo Córdova, Luis. Op Cit. Pág. 51.

remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales'[48]. En suma, es absolutamente correcto que esto se haya previsto de modo expreso y claro, por el legislador; sin embargo, valga también la precisión de que todo esto es sin perjuicio de lo que prevén los artículos 16, 56 y 97 del CPCo.

"Sería contrario a la tutela jurisdiccional el cobro de tasas judiciales, con mayor razón si quien debe interponer la acción acredita insuficiencia de recursos para litigar. Esto no supone, sin embargo, que el actor del proceso constitucional quede liberado del pago de costas y costos si es que se demuestra que actuó con temeridad a lo largo del proceso",[49]

"El Código no ha extendido el beneficio de la gratuidad a los sujetos emplazados en la relación procesal; esto es, a los presuntos agresores, por lo que su participación supone el pago de tasas judiciales y demás gastos judiciales realizados en el proceso. En el fondo, nos encontramos ante una discriminación positiva entre pues quien es emplazado y peor aun tratándose de los procesos que vertebran lo que *Mauro Cappelletti* denominó la *jurisdicción constitucional de la libertad,* se trata aquí de personas que están siendo violadas o amenazadas en complejos y heterodoxos derechos de estirpe constitucional. En esta perspectiva es que se manifiesta esa suerte de discriminación positiva, es decir, tratar de igualar a los desiguales".[50]

III. III. Economía Procesal

En lo que respecta a la economía procesal: (i) "Debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal". "El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales" artículo V del TP del CPC. Ahorro de tiempo, de gastos y de esfuerzos en el proceso. El principio procesal de celeridad debe ser interpretado tomando en cuenta el principio de dignidad humana y las garantías que ofrece el Estado Social y Democrático de Derecho; y, (ii) Cfr. STC Exp. N° 00987-2014-AA/TC., Fj. 18.[51]

48 Cfr. Exp. 1607-2002-AA/TC Fj. 6

49 Mesía, Carlos. Op. Cit. Pág. 63

50 Eto Cruz, Gerardo. Palomino Manchego, José F. Op Cit. Pág. 296

51 "Por lo que hace al principio de economía procesal, este Tribunal ha establecido que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo pese al rechazo liminar de la demanda, resulta

Sobre el tema, dice Monroy[52] que "el cumplimiento de los actos con prudencia, es decir, ni tan lento que parezca inmovilidad ni tan expeditivo que se renuncie al cumplimiento de formalidades indispensables, es la expresión adecuada de este principio. Esta es la economía de *tiempo;* el *gasto* como otra materialización del principio de economía procesal, tiene como finalidad impedir que los costos procesales produzcan indefensión en cualquier etapa del *iter* procesal. La economía de *esfuerzo* supone la omisión de actos procesales que estando regulados, resultan innecesarios para la obtención de los fines del proceso. El principio obliga a la justicia constitucional soslayar los trámites superfluos o redundantes de modo que se obtenga una sentencia justa con el menor trabajo de jueces y auxiliares".

Sobre lo mismo, en el Libro del CEC del TC se lee: "(...) es una manera de que los actos no proliferen en un proceso... es prever que hayan momentos estelares en los que se ejecuten conjuntamente la mayor cantidad de actos procesales. Esto se conoce con el nombre de *principio de concentración.* Cfr., el artículo 53 del CPCo.

Corresponde al juez constitucional "detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, dilate los procesos ocasionando un gasto innecesario de tiempo, energía y dinero".[53]

Sobre economía procesal, el ex Magistrado del TC Eto Cruz[54] transcribe dos parágrafos de la STC 5951-2005-PA/TC Fj. 2 "En el presente caso, se ha producido un rechazo liminar de la demanda conforme lo dispone el artículo 47 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, considerando que el demandante cuestiona la existencia misma del proceso administrativo sancionador, se observa que en el caso no se cumplen ninguno de los supuestos de improcedencia a que se refiere el artículo 5 del referido Código; siendo así, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado y disponer la admisión a trámite de la demanda. No obstante,

innecesario obligar a las partes a reiniciar el proceso, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes".

52 Monroy Gálvez, Juan. 1996. Introducción al Proceso Civil. Santa Fe de Bogotá. Temis. Tomo I., página 99.

53 Exp. N° 00029-2007-PI/TC Fj. 9

54 Eto Cruz, Gerardo. Op. Cit. Pág. 203.

este Tribunal estima que, pese al vicio en que se ha incurrido, existen en el expediente suficientes elementos de juicio para conocer del tema de fondo; por lo tanto, atendiendo al *principio de economía procesal* emitirá pronunciamiento respecto de si la sola existencia del procedimiento administrativo y la posibilidad de imponer una sanción administrativa al demandante implica una amenaza a su derecho al debido proceso, concretamente de la garantía *ne bis in ídem.*

El ex Magistrado García Toma[55] al comentar el principio de economía procesal, nos transcribe la opinión de dos destacados juristas: "Tal como señala Rogelio Moreno Rodríguez (Diccionario de ciencias penales. Buenos Aires. Ad hoc. 2001) este 'abarca todos los mecanismos aptos para lograr un rápido y eficiente diligenciamiento de los actos procesales'. Más aun, como señala Eduardo Couture (Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Depalma. 1988. Pág. 189) 'Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidirla economía del proceso'.

III. IV. Principio de Inmediación

En lo tocante al principio de inmediación[56]: (i) Respecto al HC cfr., los artículos 27, 30 y 31; y en el Amparo, artículo 53; y, (ii) Cfr. STC Exp. N° 06846-2006-PHC/TC Fj. 5 y STC Exp. N° 00048-2004-PI/TC Fj. 4[57]. Efectivamente, en palabras del Tribunal Constitucional "no sólo es posible, sino, en determinados casos, indispensable, que el juez canalice ante sí la mayor cantidad de elementos que le permitan arribar a una decisión fundada en derecho, esto es, a concretizar el valor justicia al interior del proceso".

Este principio de inmediación "busca el acercamiento espontáneo del juez a las partes para recibir de ellas mismas su visión de los intereses en litigio (inmediación subjetiva). Pero también el principio de inmediación

55 García Toma, Víctor. Op Cit. Pág. 22.

56 Expresión típica: oralidad: "Implica inmediación. Exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto. Montero Aroca, Juan.

57 Cfr. Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

supone el contacto directo del juez con todos los instrumentos y lugares que guardan íntima relación con el proceso (inmediación objetiva)".[58]

"En suma, el principio de inmediación en el proceso constitucional tendrá especiales peculiaridades, en la medida en que, conforme prescribe el artículo 9 del propio Código, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. La norma establece que sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso (una exhibición, una inspección ocular). (...). Así, en el caso del *Hábeas Corpus*, la demanda puede establecerse verbalmente donde se levantará acta ante el juez o secretario (artículo 27). Y en el caso de las detenciones arbitrarias, el juez puede constituirse al lugar de los hechos, pudiendo verificar en tal hipótesis la detención indebida y ordenar al instante la libertad y en los otros supuestos distintos a la detención arbitraria (artículos 30 y 31). Señalemos que en el trámite del *Amparo*, el artículo 53 establece que si el juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar en audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. Los mismos aspectos procesales del Amparo pueden aplicarse en el caso del *Hábeas Data*, como lo tiene estipulado el artículo 65 del Código." [59]

III. V. Principio de Socialización Procesal

En lo que concierne al principio de socialización del proceso: (i) Equiparación que debe hacer el juez constitucional del ciudadano frente al Estado y también del individuo más débil frente a un ente colectivo privado de gran poderío económico. "El trato igual a los desiguales se ha reputado con razón como la suprema injusticia"[60]; y, (ii) "Es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad solo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado sucumbe ante los principios

58 Mesía Carlos. Op Cit. Pág. 64.

59 Eto Cruz, Gerardo. Palomino Manchego José F. Op Cit. Pág. 300.

60 Bidart Campos, Germán J. Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional. Vol. II. Ediar. Buenos Aires, 1963, p. 159.

del constitucionalismo social según los cuales ante los múltiples factores que puedan situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo"[61].

Sobre lo mismo en la obra del CEC del TC notada, se lee: "(...) facultad concedida al juez de intervenir en el proceso a fin de evitar que las naturales desigualdades en que concurren los litigantes ante él sean de tipo racial, sexual económico, social, técnico o de otra naturaleza, determinen el resultado del proceso".

Se trata de hacer realidad otro valor constitucional: el valor igualdad. "la solución justa sería impensable si se permite que las desigualdades que traen las partes al proceso logre manifestarse en el desarrollo del mismo y en la sentencia final"; en palabras del TC, "deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho"[62]

"De este modo, el principio de socialización se vincula con el debido proceso y la tutela judicial efectiva, pues de nada serviría el acceso a la justicia si la aplicación de las normas procesales terminan desvirtuando el derecho sustantivo y, por consiguiente, convirtiendo el acceso a la justicia en una simple formalidad, en un mero cascarón".[63]

Como anota Carrión Lugo "este principio preconiza el rechazo de fallos que sean el resultado de la influencia del poderoso económicamente o del influyente políticamente. Ningún elemento que no sea el derecho debe servir para inclinar la injusticia a favor de uno u otro litigante"[64]. Subyace en el principio de socialización del proceso el parámetro normativo de la propia Constitución que regula la igualdad ante la leu (2.2 de la CP). Sin embargo, esa igualdad es insuficiente. En efecto, enseña el profesor Bidart Campos que 'la igualdad ante la ley, entendida como la unidad de una misma ley para todos los individuos uniformados, es la igualdad injusta,

61 Cfr. STC 00048-2004-PI/TC Fj. 4.

62 Castillo Córdova, Luis. Op. Cit. Pág. 55 y también Cfr. Exp. N° 00048-2004-PI/TC Fj. 4

63 Mesía, Carlos, Op. Cit. Pág. 65.

64 Citado por Eto Cruz y Palomino Manchego. Op. Cit. Pág. 301.

porque rechaza algo que la justicia impone: tratar de modo distinto a quienes son también distintos".[65]

El profesor principal de la PUCP[66] doctor Espinosa-Saldaña comenta así el principio de socialización: "Si tomamos en cuenta que el Perú es un país pluricultural, y donde además, nos guste o no, existen notorias desigualdades económicas y sociales, además de prácticas discriminatorias en temas tan sensibles como raza o género, no puede ni debe dejarse de lado lo que involucra el principio de socialización del proceso. No puede dejar de apreciarse, como bien dejaba anotado Hernando Devis Echandía, que cuando hablamos de socialización nos encontramos en rigor refiriéndonos a dos situaciones. A la posibilidad de que en el curso del proceso las partes gocen de iguales oportunidades para su defensa, y al rechazo de procedimientos que establecen o reconozcan privilegios en base a consideraciones raciales, económicas o sociales".

III.VI Interdicción de la Arbitrariedad, Autonomía Procesal e Interpretación Conforme a las Normas Internacionales sobre derechos Humanos

El ex Presidente del Tribunal Constitucional, doctor César Landa[67] anota como primer principio del derecho procesal constitucional, el de ***'Interdicción de la Arbitrariedad'***. Expresa: "La Constitución establece como deberes primordiales del Estado 'defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44), así mismo, que el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45). De donde se establece positivamente el deber estatal de tutelar los derechos fundamentales; así como, negativamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad. (...). Así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha proscrito los excesos del poder por parte de los órganos del Estado y de los particulares (...). Dicho principio tiene un doble significado: (a) En un sentido clásico y genérico,

65 Bidart Campos, Germán J. Op. Cit. Pág. 158 y ss.

66 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. Op. Cit. Pág. 36.

67 Landa Arroyo, César. Los Procesos Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores SAC. Abril 2010. Pág. 32.

la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. (b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC Fj. 12.

El mismo profesor principal de la PUCP menciona como segundo, el ***Principio de Autonomía Procesal.*** Explica que 'el juez constitucional goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales. (...) El TC es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia. (...). Este sacrificio de las formas procesales sólo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los jueces. Cfr. STC N° 4119-2005-PA/TC Fj. 38.

En lo tocante al principio iura novit curia y suplencia de queja, el profesor principal de la PUCP afirma: "El objeto de la demanda está constituido por dos elementos: *el petitum* y la *causa petendi.* El *petitum* se expresa en el pedido de una resolución judicial que tutele el derecho violado, la *causa petendi* se manifiesta en la identificación y determinación del hecho constitutivo del derecho a tutelar, además del hecho que determina el interés de obrar en juicio. La *causa petendi* es entonces la razón, el por qué, o, más exactamente aun, el título de la demanda".[68]

El magistrado del Tribunal Constitucional Espinoza-Saldaña lo explica así: "En cualquier caso, debe quedar claro que la actuación jurisdiccional a la cual venimos haciendo referencia, el ejercicio del *Iura Novit Curia,* tiene que efectuarse muy cuidadosamente, pues no puede constituirse en el pretexto para que el juzgador se subrogue en el lugar de las partes, y las haga decir lo que ellas no quisieron decir. Dicho en términos más técnicos, el uso de *Iura Novit Curia* no puede ir contra la congruencia judicial, contra el deber del juzgador de emitir sentencias conformes a las peticiones de las partes. Es por ello que la aplicación del *Iura Novit Curia* no le permite al

68 Landa Arroyo, César. Op. Cit. Pág. 38.

juez alterar los hechos, variar el objeto de la pretensión o petición concreta que se le hace, o subsanar las imprecisiones en las cuales podría haberse incurrido para determinar el objeto de la pretensión. La labor de dirección e impulso del proceso que debe asumir un juez tiene límites, incluso si lo que se dice buscar es preservar la supremacía constitucional"[69].

El TC ha fijado los términos de aplicación del principio *iura novit curia* afirmando que en ningún caso el juez puede apartarse de la pretensión expuesta por las partes, pues de lo contrario atentaría contra otros principios básicos del proceso como el contradictorio y el principio de congruencia.[70]

El profesor Luis Castillo Córdova[71] explica *la suplencia de queja deficiente* de este modo: "institución de origen mexicano[72] muy estrechamente relacionada al principio iura novit curia. Aquel principio complementa a éste debido a que el iura novit curia se circunscribe al derecho no invocado o invocado erróneamente, mientras que la queja deficiente se amplía a otros supuestos como son la correcta precisión de los actos lesivos o del petitorio. (...). Los errores que pueden ser objeto de corrección a través del principio de queja deficiente son los relacionados con la identificación del derecho fundamental agredido, o con los actos lesivos o con los fundamentos de derecho de la pretensión.[73]

Para el profesor de la Universidad de Piura[74] el ***Principio de Interpretación conforme a las Normas internacionales sobre Derechos Humanos*** se encuentra recogido en el artículo V del TP del CPCo., concordante con el artículo 55 de la CP y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Carta Magna. En palabras del TC "el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar

69 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. Op. Cit. Pág. 37-38.

70 STC Exp. N° 2094-2005-AA/TC Fj. 2

71 Op. Cit. Págs. 64 y 65.

72 Carpio Marcos, Edgar. La suplencia de queja deficiente en el amparo: un análisis comparativo. En Castañeda Otsu, Susana. Coordinadora. Derecho procesal Constitucional. Tomo II Jurista editores. Lima, 2004. Pág. 697.

73 Cfr. Expedientes N°s 8078-2005 PA/TC Fj 2; 2397-2003-AA/TC Fj. 4 y 0509-2000-AC/TC Fj. 6.

74 Castillo Córdova, Luis. Op. Cit. Pág. 65 y 67.

obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de éstas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones".[75]

IV. NOTA CONCLUSIVA

En esta ponencia se han tratado los (i) fines de los procesos judiciales, artículo II; (ii) los principios procesales, artículo III; (iii) la interpretación de los derechos constitucionales desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados sobre la materia, artículo IV; (iv) la doctrina jurisprudencial y el control difuso, artículo VI; (v) el precedente vinculante, artículo VII;(vi) el *iura novit curia,* artículo VIII; y (vii) los códigos procesales complementarios, si fuere del caso, artículo IX. El artículo I sólo hace referencia a los siete procesos constitucionales regulados en el Código; y el artículo IV a que ellos son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional con arreglo a ley. En suma, ha sido tratado todo el Título Preliminar.

75 Exp. N° 01458-2007-PA/TC Fj. 3.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO COMO AGENTE DE CAMBIO[1]

Luis Andrés Roel Alva[2]

Resumen

La presente ponencia tiene como finalidad resaltar la labor del Tribunal Constitucional peruano como un agente de cambio en los diferentes ámbitos de la realidad peruana, tomando en cuenta los criterios expresados en su momento por el profesor argentino Néstor

1 Este artículo fue parte de la ponencia que se denominó "El Tribunal Constitucional peruano como agente de cambio", la misma que fue sustentada en las Jornadas Iberoamericanas de la I Edición del Título de Especialistas en "Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales" en la Universidad de Castilla - La Mancha (España), la cual fue realizada en el año 2016; y que ha servido al autor como base para la elaboración de la tesis a sustentar en el Master Oficial en Derecho Constitucional de la misma Universidad de Castilla - La Mancha (España) en el año 2017.

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE.UU) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Con Diploma de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla - La Mancha (España). Abogado del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional Profesor Universitario: Director Fundador de la Revista Estado Constitucional.

Pedro Sagües[3], respecto a la labor realizada por esta clase de tribunales en contextos como el peruano.

De este modo, en el presente trabajo haremos mención y analizaremos las decisiones jurisdiccionales más relevantes del Tribunal Constitucional peruano durante los últimos años, las mismas que han generado cambios en el contexto nacional, a través de la interpretación de las disposiciones contenidas en la Constitución Política de 1993, tanto en su aspecto orgánico como dogmático.

Introducción

La importancia de la labor de los Tribunales Constitucionales ha variado con el devenir de los años. En este sentido, desde la posición inicial kelseniana[4], la labor de estos se limitaba exclusivamente a la de ser garante de la supremacía constitucional, erradicando del ordenamiento jurídico las normas jurídicas que contravenían las disposiciones constitucionales, función que en su momento se denominó como "legislador negativo"; en cambio, en la actualidad[5], la importancia de la actividad de éste órgano radica en ser un agente activo de la protección de los derechos constitucionales[6], sin

3 Su primera publicación fue en: SAGÜES, Néstor Pedro. *Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales*. En: *Diálogo Político*, Año XXVII, N.° 4, Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ra. Edición, Madrid: Civitas, 1985, páginas 55-61.

5 Respecto de este tema, el profesor César Landa Arroyo explica que: *"En tanto órgano jurisdiccional, por tanto, el Tribunal asume un activo control de constitucionalidad, no solo ya como legislador negativo, sino también como un auténtico promotor del respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo sus límites a través de la interpretación jurídica de la Constitución y de la teoría de la argumentación. En consecuencia, es muy difícil, ahora, sostener, frente a una eventual inactividad del legislador, aquel modelo kelseniano puro y simple, en la medida que en la Constitución no solo existen derechos fundamentales sino también principios constitucionales y valores superiores"*. En: LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional". En: *Revista IUS ET VERITAS*, N.° 32, Lima: IUS ET VERITAS, 2006, página 252.

6 A efectos de la presente publicación, precisamos que los términos "derechos fundamentales" y "derechos constitucionales" se utilizaran como conceptos equivalentes, no siendo relevante su distinción para la misma. Ver: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de

dejar de lado su labor de legislador negativo del ordenamiento jurídico, como lo plantea el profesor argentino Néstor Pedro Sagües; pues, desde su aparición y a través de sus decisiones, estos órganos jurisdiccionales han generado cambios sustanciales en las realidades jurídicas, políticas, sociales y económicas de los países en los que han sido constituidos[7], y fundamentalmente, en los países latinoamericanos.

En el caso peruano, luego de instaurarse nuevamente la democracia, tras la dictadura civil que impero en los años noventa, el Tribunal Constitucional peruano (TC) ha tenido una labor intensamente activa[8], siendo la misma de gran importancia e impacto en la realidad nacional, ello pese a su corta vida institucional y a la perturbación temporal en su funcionamiento. Más aún, si tomamos en cuenta que, en ese breve lapso temporal, sus decisiones jurisdiccionales han traspasado el ámbito litigioso del caso en concreto, y han irradiado sus efectos jurídicos a todo el sistema estatal, tanto en el ámbito público como privado[9].

A través de la presente investigación pretendemos exponer la importancia e impacto de las decisiones jurisdiccionales del TC, por las cuales se ha erigido como uno de los agentes más importantes de cambio de la realidad política, económica, social y jurídica peruana.

1. Planteamiento de los Tribunales Constitucionales como agentes de cambio

Debemos empezar afirmando que los Tribunales Constitucionales son un elemento esencial y constitutivo dentro de los Estados que pretenden denominarse como "Estado Constitucional de Derecho"[10]; y ello es así en

Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1999, páginas 37 y 38; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2007, página 81.

7 SAGÜES, Néstor Pedro. "*Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales*". En: *Gaceta Constitucional*, N.° 43, julio. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, páginas 301 y 302.

8 ALVA ORLANDINI, Javier. "*Proceso de Amparo en el Perú*". En: *Revista Estado Constitucional*, Año 1, N.° 5, Arequipa: Editorial ADRUS, 2012, página 7.

9 STC. N.° 01124-2001-AA/TC, fundamentos jurídicos 6 y 7.

10 Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "*El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una*

tanto que el principio fundamental, entre otros, que sustenta este tipo de modelo de Estados es el de la supremacía constitucional, para lo cual requiere de un órgano jurisdiccional especializado responsable de garantizar dicho principio y este es el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, la concepción primigenia del jurista austriaco Hans Kelsen respecto de los Tribunales Constitucionales ha variado tras el paso de los años; efectivamente, la labor de éstos órganos, cuya única atribución era, en ese momento, la de ser un legislador negativo, ha pasado a ser un ente que se encargado de desarrollar y garantizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales.

Siguiendo este planteamiento, debemos destacar que el TC fue un actor importante dentro de la reconstrucción democrática y constitucional del país, tras la dictadura de Alberto Fujimori Fujimori; pues mediante su labor de interpretación constitucional, perfeccionó y dilucidó las deficiencias de las disposiciones contenidas en la Carta Constitucional de 1993, tanto en su parte orgánica como dogmática[11].

norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto". En: STC. N.° 05854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 3.

11 Sobre este tema, resulta importante traer a colación lo expuesto por el profesor Luis Sáenz Dávalos, el cual explicando esta división doctrinaria (orgánica y dogmática) de las Constituciones modernas concluye que: "*Si de lo que se trata es de conceptualizar el Derecho Procesal Constitucional, en cuanto parcela o sector del saber jurídico, un razonamiento elemental apuntaría a considerarla como aquella disciplina jurídica cuyo objeto fundamental de estudio es el tratamiento de los instrumentos de naturaleza procesal establecidos con el objeto de proteger o tutelar la Constitución en cuanto norma Suprema del Estado, sea desde la perspectiva de los atributos esenciales que reconoce sobre el ser humano (y que normalmente se encuentran contenidos en su parte dogmática), sea desde aquella otra que postula la regularidad funcional del Estado y de los órganos entre los cuales se distribuye el poder estatal (lo que, como es tradicional, se encuentra normado en la llamada parte orgánica)*" (subrayado nuestro). En: SÁENZ DÁVALOS, Luis Raúl. "Breves reflexiones sobre el derecho procesal constitucional". En: *Revista VOX JURIS*, N.° 31, Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, 2016, página 147.

A partir de sus pronunciamientos, este órgano jurisdiccional se transformó en un agente de cambio activo y constante de la realidad nacional, y ello debido a que sus decisiones jurisdiccionales han permitido perfeccionar la labor del constituyente, modificando los diferentes ámbitos del contexto político, económico, social y jurídico de nuestro país, y ello ha sido así tanto en el ámbito de la Administración Pública como en el privado.

Debemos precisar que este planteamiento no es nuevo en la doctrina constitucional[12], en especial, en países de Latinoamérica que han compartido episodios políticos dictatoriales contrarios a los principios y valores que importan en un Estado y que han impedido que se reconozca y entienda como constitucional y democrático, como ha sucedido en diferentes momentos de la historia republicana del Perú. Es así que uno de los primeros juristas latinoamericanos en avocarse al estudio de este tema fue el profesor argentino Néstor Pedro Sagües, quien, reflexionando acerca de la función transformadora de la magistratura constitucional, ha planteado que:

> *"El desempeño de la magistratura constitucional como agente convalidante o promotor de cambios sociales es un fenómeno cada vez más frecuente en la realidad contemporánea, auspiciado por posturas doctrinarias como por exigentes reclamos de la comunidad, que hoy*

12 De igual forma, Juan Carlos Henao destaca la labor del juez constitucional colombiano como un actor de las políticas públicas en su país, en relación a las significativas y valiosas decisiones que ha emitido la Corte Constitucional de Colombia en diferentes materias en dicho país. En sus propias palabras: *"Es indudable que el juez constitucional es un actor en las políticas públicas, ya que –en razón del ejercicio de acciones judiciales– evidencia situaciones socialmente relevantes, formula posibles soluciones, ordena su implementación y evalúa todo el proceso. Se ha pronunciado en diversos campos: por ejemplo, en política carcelaria, desplazamiento forzado, vivienda, salud, regulación salarial y género. En la primera, su participación, además de realzar el debate sobre la situación de derechos humanos que padecía la población reclusa, dio lugar a asignaciones presupuestales y a erogaciones para mejorar la infraestructura penitenciaria y carcelaria del país. En el caso del desplazamiento forzado, sus decisiones incidieron en el monto del presupuesto general de la nación asignado para superar el estado de cosas inconstitucional, y en la elaboración de planes preventivos y de reparación a las víctimas"*. En: HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *"El Juez Constitucional: un actor de las políticas públicas"*. En: *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, N.° 29, segundo semestre, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, página 98.

impetra ante los tribunales reclamos desoídos en el ámbito de los otros poderes del Estado"[13](subrayado nuestro).

Lo citado no resulta ajeno a la historia política y jurídica del Estado peruano, el cual ha tenido que transitar por diversas dictaduras militares y civiles para encontrar, en estos últimos años, una realidad armonizada con lo que se concibe como un Estado Constitucional de Derecho[14], el cual, como es indiscutible, exige, entre otras cosas, la protección de los derechos constitucionales de forma efectiva y concreta, así como los principios y valores constitucionales contenidos en la Constitución y que son imprescindibles dentro de dicho modelo de Estado.

De esta forma, el actual contexto nacional exige que el TC asuma una posición jurisdiccional más activa frente a la realidad política, económica, social y jurídica del país, la cual, como es innegable, le corresponde ocupar como órgano encargado de hacer valer la supremacía constitucional y el contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales; y lo señalado no resulta ser una mera conjetura teórica, puesto que el mismo TC, en relación a estos nuevos retos del sistema y de la jurisdicción constitucional, ha declarado que:

"(...) *en sociedades como la nuestra, donde los postulados del Estado Social y Democrático, están, en muchos casos, pendientes de realizar, corresponde a este Tribunal, en gran medida, coadyuvar para concretarlos.* (...) *En este sentido, este Colegiado es también un agente de cambio para la plasmación de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, labor que realiza a partir de los mensajes y del poder ordenador de su jurisprudencia*"[15](subrayado nuestro).

Ciertamente, en muchos casos, nuestro TC se ha convertido en el único órgano del Estado capaz de resolver temas que han generado conflictos sociales y controversias dentro del mismo ordenamiento jurídico, tarea que va más allá de su mera labor como Supremo Interprete

13 SAGÜES, Néstor Pedro. "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales". *Op. Cit.*, página 301.

14 STC. N.° 05854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 3; RTC. N.° 03741-2004-AA/TC (Aclaración), fundamento jurídico 3.

15 STC. N.° 03149-2004-AC/TC, fundamento jurídico 14.

de la Constitución[16]. De ahí que este Tribunal, en diversas ocasiones, ha funcionado como un ente activo y garantista[17], así como un actor que ha limitado diversos derechos constitucionales en otras oportunidades[18].

En el contexto nacional, y como hemos hecho mención previamente, luego de instaurarse nuevamente la democracia -tras de la caída de la dictadura civil del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori-, nuestro TC ha tenido una labor jurisdiccional muy activa, siendo la misma de enorme trascendencia y repercusión en la realidad nacional, pese a su breve existencia en nuestro ordenamiento constitucional -esta figura jurídica aparece por vez primera con la Constitución de 1979 bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales- y a la interrupción temporal en su funcionamiento.

16 En este extremo el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: *"El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social. No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales. (...) El Tribunal Constitucional participa como un auténtico órgano con sentido social, estableciendo, a través de su jurisprudencia, las pautas por las que ha de recorrer la sociedad plural, advirtiendo los peligros de determinadas opciones del legislador democrático, a través de sus sentencias exhortativas, o, simplemente, llevando el mensaje de la Constitución a los lugares más alejados del país, a través de sus audiencias descentralizadas. En un país que busca desterrar el trauma de las dictaduras y las opciones autoritarias que aún rondan cercanas, la labor del Tribunal, en cada caso, supone la convicción y la esperanza de que es posible construir una sociedad justa y libre con garantía para las diferencias y la pluralidad de opciones"*. En: STC. N.° 00048-2004-PI/TC, fundamentos jurídicos 2 y 7.

17 Sobre este punto, citamos lo expuesto por el profesor Néstor Pedro Sagües, quien expone que: *"El detraimiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables; la intensa motorización de la Constitución mediante una gimnasia procesal constitucional cada vez más intensa; el derrumbe de la doctrina distintoria entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas; y el decidido ataque a la inconstitucionalidad legislativa por omisión, explican que los jueces constitucionales incursionen hoy en las políticas gubernativas, casi siempre para tutelar derechos constitucionales expresos y no enumerados"*. En: SAGÜES, Néstor Pedro. "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales". *Óp. Cit.*, página 301.

18 ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. 4ta. Edición, Lima: Palestra Editores, 2010, páginas 80-92.

Este antecedente temporal es relevante, si tomamos en cuenta que su jurisprudencia vinculante ha logrado traspasar la esfera de lo litigioso y ha dispersado sus efectos jurídicos a toda la Administración Pública y a los justiciables durante los años que ha ejercido plenamente sus competencias y atribuciones constitucionales, logrando posicionarse dentro del Estado peruano como un faro guía en las cuestiones concernientes a la interpretación de las disposiciones contenidas en la Constitución y a la jurisdicción constitucional.

Ciertamente, las funciones que han asumido los Tribunales Constitucionales en contextos como el latinoamericano y el peruano, han superado al modelo primigenio planteado por Hans Kelsen, lo que ha influido en la estructura de jurisdicción constitucional y de Tribunales Constitucionales (u órgano jurisdiccional que realiza sus funciones) que en estos países se han instaurado, cada uno con sus características básicas y particulares.

Aunando en lo anteriormente señalado, consideramos pertinente advertir que conforme a lo expuesto por el profesor Domingo García Belaunde, modelos constitucionales adoptados en cada Estado son difíciles de clasificar, en tanto no se siguen los modelos clásicamente conocidos, como el europeo kelseniano o americano en sentido estricto; y ello es así, por cuanto, si bien se fundamentan en éstos, no siguen rigurosamente todas sus particularidades, sino que se sustentan de ellas para crear sus propios modelos de jurisdicción y control constitucional, según sus propios contextos y necesidades estatales[19].

Es bajo este tenor que planteamos que las decisiones jurisdiccionales dictadas por el TC han generado cambios no solo en el ámbito jurídico, sino que, además, en lo político, económico y social; siendo esto posible, a partir de la interpretación constitucional que este órgano

19 Sobre este mismo punto, Domingo García Belaunde opina diciendo que: *"Por estas consideraciones, es quizá oportuno señalar que el continente latinoamericano, y con esto incluyo a las antiguas colonias españolas y portuguesas, (no así a los pueblos angloparlantes del Caribe), han tenido un desarrollo peculiar, que los hace difícil de clasificar dentro de los modelos europeo o americano, si bien es cierto que parten de ellos, más del segundo que del primero, y que además se alimentan de la doctrina de tales países"*. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. 4ta. Edición, Lima: Editora Jurídica Grijley / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2003, página 38.

jurisdiccional ha realizado sobre las disposiciones de la Carta Magna peruana, superando de esta forma el modelo clásico kelseniano de jurisdicción constitucional.

En efecto, el TC ha alcanzado con el tiempo una gran importancia y protagonismo, como bien señala el ex presidente del TC, Javier Alva Orlandini, quien reconociendo la trascendencia de la labor de esta institución, ha referido que: "*El amparo -y los otros procesos constitucionales- adquirieron relevancia desde que el Tribunal Constitucional se emancipó de la dictadura y ejerció sus atribuciones con autonomía e independencia*"[20]. Ciertamente, los procesos constitucionales solo serían medios procesales como cualquier otro dentro de nuestro ordenamiento jurídico, si estos no cumplieran con los fines primordiales que el constituyente les han encomendado como son la defensa de la supremacía constitucional y los derechos constitucionales, y gracias al dinamismo del TC y a su jurisprudencia vinculante en estos años, estos han podido cumplir con dicho encargo en los diferentes ámbitos de la jurisdicción constitucional y de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

De este modo, podemos concluir este apartado señalando que, si bien este activismo inicial del TC ha decrecido con el tiempo y por causa de la continuidad de los gobiernos democráticos y del activismo a favor de la promoción y protección de los derechos constitucionales por parte de otros entes de la Administración Pública y de organizaciones privadas; no se puede negar que sus decisiones e interpretaciones constitucionales, fundadas en la esencia del producto del constituyente -la propia Constitución-, han y siguen cambiando la realidad peruana en sus diferentes ámbitos[21], como sostendremos en el desarrollo de la

20 ALVA ORLANDINI, Javier. "Proceso de Amparo en el Perú". *Óp. Cit.*, página 7.

21 Sobre este punto, citamos lo expuesto por el jurista español Francisco Rubio Llórente, quien expone, a partir de la experiencia de los Tribunales Constitucionales europeos, que: "*Se ha dicho que los Tribunales Constitucionales europeos son órganos indispensables en los momentos de transición política, pero prescindibles cuando la democracia se hace estable y es generalmente aceptada. Si esto fuera así, la pervivencia del nuestro sería un simple resultado de la inercia. Esa idea ignora, sin embargo, el hecho, de otra parte bien sabido, que en sistemas jurídicos basados en los Derechos, y en la actualidad todos los europeos, incluso el francés, pertenecen a este género, es indispensable un órgano que asegure la unidad de doctrina en la interpretación de esos derechos y que esta función sólo puede ser desempeñada por un Tribunal cuya jurisdicción no esté circunscrita a sectores determinados del ordenamiento, que no sea Tribunal de «orden jurisdiccional»*

presente investigación, a partir de la elección y análisis de algunas de las resoluciones que más impacto han generado en dicho contexto, las cuales confirmaran nuestro planteamiento en relación a que el TC es un agente de cambio de la realidad nacional.

2. Tribunal Constitucional peruano

2.1. Breve desarrollo histórico del Tribunal Constitucional

El TC, conforme al mandato constitucional establecido en la Constitución Política del Perú de 1993, tiene un papel gravitante en la protección de los derechos constitucionales y se le ha encargado ser garante de la supremacía constitucional. Cabe precisar que esta es una institución joven en comparación con otras semejantes en otras realidades; basta tomar en cuenta que en el año 2016 recién ha cumplido dos décadas en el ejercicio de sus funciones. Decimos esto porque si bien fue creado en la Constitución de 1993, su funcionamiento le configura hacia el año 1996 con la elección de sus siete Magistrados por parte del Congreso de la República; siendo su antecesor el Tribunal de Garantías Constitucionales creado bajo la Constitución Política de 1979[22], el cual tuvo un breve periodo de actividades funcionales, desde 1982 a 1992[23].

Asimismo, debemos señalar que esta institución tampoco ha tenido una labor ininterrumpida, puesto que recordemos que en el año 1997, tres de sus integrantes fueron separados de sus cargos por orden de un Congreso de la República controlado por la dictadura civil de quien fuera presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori; situación que fue de conocimiento, y pronunciamiento, de diversas instancias

---

alguno, sino situado por encima de todos los órdenes. La necesidad de esta función, que evidentemente no pueden asumir los «Tribunales Supremos» tradicionales, que cuando mucho son la denominación colectiva de un conjunto de Tribunales sectoriales distintos, es la que hace indispensable la existencia de un Tribunal Constitucional" (subrayado nuestro). En: RUBIO LLÓRENTE Francisco. *"El Tribunal Constitucional"*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, N.° 7, mayo-agosto, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, página 32.

22 GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. "Repensar la estructura orgánica del Tribunal Constitucional". En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 5, N.° 1, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, página 81.

23 LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 3era. Edición, Lima: Palestra Editores, 2007, páginas 115 y 116.

internacionales, entre ellas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; situación que fue resuelta por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), quienes, en un acto de justicia, ordenaron la reposición de estos magistrados[24].

Con el retorno a la democracia, el TC, conformado por los tres magistrados repuestos por la Corte IDH, sumados a otros elegidos por un nuevo Congreso de la República, esta vez electo en un contexto más democrático, empezó una labor activa y fundamental para la realidad en que se requería su actuar; ello conllevó a que se produzca una transición democrática más fluida y el restablecimiento de la noción de Estado Constitucional de Derecho, que fuera transgredido por el autoritarismo de los años noventa[25].

Es a partir de estas consideraciones que, durante las más de dos décadas de funcionamiento de nuestro TC, podemos afirmar –sin temor a equivocarnos– que este órgano jurisdiccional no solo es un ente encargado de la tutela de los derechos constitucionales y de garantizar la supremacía constitucional; sino que también, es un órgano que tiene funciones políticas, en el sentido más teórico del término[26].

Esto último no solo por la forma en que se eligen a sus miembros, mediante la elección por votación por parte del Congreso de la República –el órgano y poder político del Estado por excelencia–, sino además, porque sus resoluciones tienden a cambiar el devenir político-jurídico nacional[27]; lo cual, sin lugar a dudas, implica que estas

24 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 56.

25 ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. *Óp. Cit.*, páginas 20 y 21.

26 En tal sentido, compartimos la importancia que otorga Eduardo García de Enterría a los Tribunales Constitucionales dentro de los Estados Constitucionales, pues este autor señala que: "*Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene*". En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. *Óp. Cit.*, página 186.

27 LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. *Óp. Cit.*, páginas 390-396.

decisiones tengan un análisis político previo de sus posibles efectos en el contexto nacional[28].

Podemos concluir el presente acápite, afirmando que el TC en su breve existencia institucional se ha convertido en un ente relevante e imprescindible dentro del Estado peruano, no solo por las atribuciones y competencias que el constituyente le ha conferido -que desarrollaremos a continuación- sino por las decisiones jurisdiccionales emitidas en ese lapso, las mismas que han repercutido en los diferentes ámbitos de la realidad nacional.

2.2. Atribuciones y competencias del Tribunal Constitucional

De acuerdo al modelo de jurisdicción constitucional del Estado peruano, el TC es el órgano encargado de garantizar la vigencia y supremacía de la Constitución, así como de la defensa -en última instancia- de los derechos constitucionales a través de los mecanismos procesales determinados por el constituyente y desarrollados por el legislador peruano. En efecto, los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tienen dos finalidades: "*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales*" (subrayado nuestro).

Al respecto, el jurista nacional, Carlos Hakansson Nieto, comparando la regulación constitucional actual con la determinada en la Constitución de 1979, ha declarado que:

> "*Las competencias del Tribunal Constitucional son más amplias que su antecesor de 1979. El artículo 202 de la Constitución establece que*

28 Sobre este punto, creemos necesario citar al jurista Manuel García Pelayo, quien expone que: "*(...) el Tribunal Constitucional incide en la dirección política del Estado ya que su función es interpretar y aplicar con carácter supremo el Derecho constitucional, es decir, un Derecho de contenido político al menos en el sentido de que establece los principios configuradores de la unidad política nacional, normativiza los valores en que ésta se sustenta, establece límites y directrices para la acción estatal y, a través de la institución de órganos, de la determinación de sus competencias y del sistema de las relaciones entre ellos, regula la estructura y las funciones políticas del Estado*". En: GARCÍA PELAYO, Manuel. "El status del Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, N.º 1, Enero-Abril, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, página 24.

le corresponde conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad, las resoluciones denegatorias de las acciones de garantía constitucional, así como resolver los conflictos de competencia entre órganos del Estado"[29].

Conforme se aprecia, las competencias jurisdiccionales del TC, en relación con su antecesor -el Tribunal de Garantías Constitucionales-, se han ampliado de modo tal que le permitan a este órgano alcanzar las funciones tuitivas y controladoras contenidas en la Constitución de 1993. Cabe señalar que el constituyente peruano, a efectos de garantizar tanto el aspecto orgánico como dogmático de la Constitución peruana, ha establecido en la misma los denominados procesos constitucionales, los cuales están dirigidos a garantizar la supremacía constitucional y los derechos fundamentales.

En relación a las competencias constitucionales encomendadas al TC[30], es necesario precisar que las mismas se agrupan en procesos constitucionales orgánicos (proceso de inconstitucionalidad y proceso de conflicto de competencia), que pretenden garantizar la supremacía y eficacia de la Constitución[31]; y dogmáticos (proceso de hábeas corpus, proceso de

29 HAKANSSON NIETO, Carlos. *"Una visión panorámica a la Constitución peruana de 1993. Veinte años después"*. En: *Revista Pensamiento Constitucional*, N.° 18, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, página 31.

30 La única excepción dentro de estos procesos, es el proceso constitucional de acción popular, cuyo trámite se realiza exclusivamente en el fuero del Poder Judicial -ambas instancias procesales- conforme lo determina el artículo 85 del Código Procesal Constitucional.

31 Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que estos procesos: *"(...), sólo tienen por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tienen una finalidad eminentemente restitutoria. (...), a través de estos procesos no se puede solicitar la declaración de un derecho o, quizá, que se constituya uno. El artículo 1° del Código Procesal Constitucional prescribe que la finalidad de los procesos constitucionales es la de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, lo que significa que el recurrente sea o haya sido, hasta antes de la lesión, titular del derecho, pues de otro modo no se podrían restablecer las cosas al estado anterior"* (subrayado nuestro). En: RTC. N.° 00265-2012-PA/TC, fundamento jurídico12.

amparo y proceso de hábeas data[32]), los cuales están dirigidos a tutelar los derechos constitucionales[33].

En esta misma línea, hacemos nuestras las palabras del ex presidente del TC, Javier Alva Orlandini, quien ha expresado que: *"El Tribunal tiene que resolver los problemas que llegan a su conocimiento haciendo prevalecer la*

32 Sobre este extremo, es necesario precisar que no hemos considerado en el presente estudio al proceso de cumplimiento dentro de estos procesos constitucionales, porque coincidiendo con lo expresado por el profesor Samuel Abad: *"(...), en rigor, no es un proceso constitucional, pues no garantiza de modo inmediato y directo la tutela de los derechos fundamentales o del principio de supremacía constitucional"*. En: ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales. Óp. Cit.*, página 68. En esta misma línea de argumentación, los miembros de la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Código Procesal Constitucional, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.° 09371, señalaron que: *"La Comisión estima que la denominada acción de cumplimiento no es un proceso constitucional en sentido estricto, toda vez que no cautela derechos fundamentales o valores constitucionales, como puede ser el de la jerarquía normativa. Sin embargo, por estar presente en el texto constitucional, y tanto siga vigente, ha optado por considerarla en su Anteproyecto. Y lo hace en los mismos términos que la Constitución indica. No obstante, consideramos que esta institución debería ser eliminada, pues no sólo no es clara, sino que en puridad no es un proceso constitucional"*. En: AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. 3era. Edición, Lima: Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2008, página 159.

33 Cabe señalar que respecto de este último tipo de procesos, el TC es el último garante de los derechos constitucionales frente a la denegatoria de tutela efectiva por parte de las instancias jurisdiccionales del Poder Judicial que previamente han sido de su conocimiento. Sobre este mismo punto, el profesor César Landa Arroyo opina diciendo que: *"El hecho que el Tribunal Constitucional, en la Constitución peruana, no esté comprendido como un órgano del Poder Judicial, no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional, donde se desarrollan actos procesales (jurisdicción, acción y proceso). En efecto, la Constitución (artículo 201) establece que el Tribunal "es el órgano de control de la Constitución". En ese sentido, asume no solo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 del Código Procesal Constitucional). Esta función de administrar justicia constitucional le viene atribuido al Tribunal en la medida que la Constitución (artículo 202) le reconoce la competencia para conocer -en instancia única los procesos de inconstitucionalidad; conocer -en última y definitiva instancia- las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y la acción de cumplimiento; y, finalmente, conocer los conflictos de competencia"*. En: LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional". *Óp. Cit.*, páginas 251 y 252.

Constitución sobre las leyes y eso es algo que no se puede esquivar", agregando luego, al referirse específicamente a sus competencias constitucionales, que:

> *"El Tribunal está creado precisamente para defender la primacía de la Constitución y para defender los derechos humanos; si eso no ocurriera, no tendría razón de ser su existencia. Este órgano constitucional no pretende ser poder del Estado, no intenta estar dentro de consejo de gobierno del país, pero que tiene que dictar las resoluciones que dimanan de su razón de ser"*[34].

Sobre este mismo punto, el propio TC ha señalado que:

> *"(...) el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas (artículo 2° del CPCo)"*[35].

De la misma forma, creemos conveniente citar al profesor Ernesto Blume Fortini, quien define este importante mecanismo procesal señalando que:

> *"(...) el proceso constitucional, que es aquel conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas, que instrumentaliza a través de órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, la solución de un conflicto de naturaleza constitucional, surgidos sea por la amenaza o violación de los derechos humanos o fundamentales, sea por el ejercicio indebido de la facultad normativa del Estado, sea por la afectación en forma activa o pasiva de las competencias o atribuciones asignadas a los órganos de rango constitucional, sea, en general, por la violación de la normativa constitucional en sentido estricto"*[36].

---

34 ALVA ORLANDINI, Javier. *"Discurso del Dr. Javier Alva Orlandini durante la ceremonia del V Aniversario Institucional del Tribunal Constitucional"*. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Javier Alva Orlandini 2005*, Lima: Tribunal Constitucional, 2005, página 81.

35 STC. N.° 02877-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 5.

36 BLUME FORTINI, Ernesto. "Paradigmas del Derecho Procesal Constitucional". En: *Revista Estado Constitucional*, Año 1, N.° 4, Arequipa: Editorial ADRUS, 2011, página 228.

A partir de lo antes referido, podemos aseverar que en el ordenamiento jurídico peruano los procesos constitucionales tienen como objetivos asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia de los derechos constitucionales, los cuales pueden ser de conocimiento del fuero del Tribunal Constitucional, dependiendo de cada proceso y caso en concreto.

Asimismo, corresponde precisar, respecto de la doble dimensión de los procesos constitucionales, que tanto la doctrina nacional como el propio TC, han concluido que estos procesos tienen como finalidad garantizar tanto la supremacía constitucional como los derechos constitucionales, sin que esto último comprometa el fin primigenio para el cual se empleó inicialmente ante el órgano jurisdiccional, esto es, la defensa de la supremacía de la Constitución o la protección de los derechos contenidos en ella[37].

Bajo este contexto, podemos concluir que, en nuestro contexto jurídico, el constituyente peruano ha encargado al TC la responsabilidad de ser garante de la supremacía constitucional a través de los procesos de inconstitucionalidad y competencial, así como ser el último defensor de los derechos fundamentales frente a las actuaciones arbitrarias producidas en el ámbito público y privado, dependiendo del resultado de las decisiones de las instancias jurisdiccionales resueltas previamente en el Poder Judicial, reconociendo así su jerarquía y preeminencia como órgano jurisdiccional de cierre de la jurisdicción constitucional peruana.

3. Decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional que han cambiado la realidad nacional peruana

Al inicio de esta ponencia hemos afirmado que los Tribunales Constitucionales, y en específico nuestro TC, son agentes de cambio; y afirmamos que esto es así porque sus decisiones, sin duda alguna, han ido cambiando y moldeando los diferentes ámbitos de nuestra realidad nacional, pues los efectos vinculantes de éstas alcanzan tanto a los ámbitos públicos como privados[38]; es bajo este contexto que el profesor Sagües explica que: "(...)

37 STC. N.° 00023-2005-PI/TC, fundamentos jurídicos 10, 4) y 11.

38 STC. N.° 05854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 35; STC. N.° 04053-2007-PHC/TC, fundamentos jurídicos 14-19.

cuando hablamos de "cambios sociales", aludimos no solamente a los de naturaleza económica, sino también a otros, de tipo cultural, religioso, educativo, etc"[39].

Sin embargo, lo cierto es que estas decisiones pueden generar cambios positivos o negativos, pero en cualquiera de los casos inciden en los diferentes ámbitos del contexto nacional. Efectivamente, existen decisiones del TC que han tenido una fuerte influencia en el contenido de los derechos que nuestra Constitución reconoce, ampliando, en ese sentido, los alcances de protección de los mismos[40]; empero, también se han emitido sentencias que han limitado dichos contenidos. Lo cierto es que esto no es óbice para negar su estatus de agente de cambio, sino, por el contrario, para confirmar esta idea, en tanto que reconocemos que los efectos de estas decisiones repercuten directamente en la sociedad peruana y en los diferentes ámbitos de la estructura del Estado.

Esta situación no solo se puede apreciar en el Estado peruano, pues en el derecho comparado tenemos como ejemplo al Tribunal Constitucional español que ha demostrado que las Altas Cortes Constitucionales son agentes importantes de cambio; basta recordar, en estos últimos años, sus decisiones respecto de la inconstitucionalidad relacionada con la decisión de realizar un referéndum para decidir sobre la separación e independencia de la comunidad autónoma de Cataluña de la jurisdicción española, en cuyo caso, nadie podría negar la importancia y repercusión del actuar del TC español en esta compleja situación[41].

---

39 SAGÜES, Néstor Pedro. "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales". *Óp. Cit.*, página 292.

40 Sobre este punto, citamos lo expuesto por el profesor Néstor Pedro Sagües, quien expone que: "*El comportamiento de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social es muy explicable cuando se trata de efectivizar directrices constitucionales claras, o reglas provenientes, igualmente claras, cuando las hay, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tiene que cubrir más exigencias si se trata de ejecutar derechos no emergentes directamente del texto constitucional, sino producto del desarrollo constitucional realizado por la misma jurisdicción constitucional (caso, v.gr., de los derechos constitucionales no enumerados), donde ejercita, en verdad, papeles constituyentes por encomienda de la propia Constitución*". En: SAGÜES, Néstor Pedro. "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales". *Óp. Cit.*, páginas 301 y 302.

41 Ver: STC. N.° 0042/2014, de fecha 25 de marzo de 2014; STC. N.° 0031/2015, de fecha 25 de febrero de 2015; STC. N.° 0051/2017, de fecha 10 de mayo de 2017, entre otras.

Del mismo modo, el TC peruano se ha pronunciado en distintas sentencias que han influido en el cambio de los diferentes ámbitos del contexto nacional, las cuales pasaremos a exponer y analizar a continuación.

3.1. Convalidación y reinterpretación de la Constitución Política de 1993

Como se sabe, la Constitución Política de 1993 nació tras un referéndum con vicios de transparencia y presunción de fraude electoral[42], y fue producto de un Congreso Constituyente Democrático, cuya gran mayoría de integrantes pertenecía a las filas del partido político golpista; lo que conllevó a que muchos juristas, políticos y miembros de la sociedad civil exigieran el cambio de la citada Carta Política por la anterior Constitución de 1979 o por una nueva, concertada previamente a través de una asamblea constituyente.

Así, en aquel entonces, se presentaron diversas demandas de inconstitucionalidad en contra de la Carta Política de 1993, las cuales fueron resueltas por el TC, quien resolvió que, si bien la Constitución carecía de legitimidad de origen[43], poseía validez jurídica[44]; es decir, si bien nació sin cumplir con el presupuesto de tener la aprobación social mayoritaria exigida, lo cierto es que las relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas, la han revestido de validez. Consecuentemente, en base a dichas reflexiones, nuestro TC concluyó el debate y la incertidumbre respecto a la validez y suerte de la Constitución de 1993, estableciendo que ésta se encuentra vigente y surte plenos efectos jurídicos en el territorio nacional, lo que ha permitido su vigencia ininterrumpida hasta ahora, aunque a la fecha se mantienen algunas críticas en parte del foro académico[45].

42 STC. N.° 00014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 53.

43 STC. N.° 00014-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 52-56; STC. N.° 00014-2003-AI/TC, fundamentos jurídicos 4-10.

44 STC. N.° 00014-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 2-11; STC. N.° 00014-2003-AI/TC, fundamentos jurídicos 11-19.

45 Ver: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *"¿Puede ser inconstitucional la Constitución?"* En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, N.° 1, Año I, Lima: Palestra Editores, 2005; LANDA ARROYO, César. *"La reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*. En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, N.° 1, Año I, Lima: Palestra Editores, 2005.

Por otro lado, a través de diferentes pronunciamientos; nuestro TC ha podido subsanar los errores de coherencia y concordancia entre las disposiciones de la Constitución de 1993, salvando, de esta forma, la constitucionalidad de estas disposiciones, aparentemente contradictorias, a través de su interpretación[46]; y ello ha sido posible a partir del uso de la metodología y herramienta jurídica denominada como el "Bloque de Constitucionalidad"[47], al cual contiene dentro de ella, entre otras normas de jerarquía constitucional, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH), la jurisprudencia de la Corte IDH, las leyes orgánicas y las leyes de desarrollo constitucional.

Asimismo, es pertinente señalar que estas interpretaciones de las diversas disposiciones de nuestra Constitución han permitido *"salvarla"* de una contradicción con los diversos TIDH suscritos y ratificados por el Estado peruano, puesto que la misma Constitución fue concebida como un instrumento para los fines del gobierno autoritativo de turno, y no dirigida a representar los intereses de la sociedad peruana[48].

De esta manera, podemos afirmar que el TC a través de estas decisiones ha pacificado el ordenamiento constitucional, brindando seguridad jurídica a las relaciones que se han formado en torno del marco normativo de la Carta Política de 1993, y al mismo tiempo, ha podido otorgarle a ésta un sentido afín con los TIDH y con los principios y valores propios de un Estado Constitucional de Derecho.

3.2. Interpretación y rango de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Conforme hemos señalado, la Constitución Política de 1993 posee muchos defectos, pero uno de los que resalta por sí solo es la falta de una disposición expresa que determine el rango de los TIDH, a diferencia de

46 STC. N.° 05854-2005-PA/TC, fundamentos jurídicos 13-16.

47 STC. N.° 00007-2002-AI/TC; fundamento jurídico 5; STC. N.° 00023-2007-AI/TC, fundamentos jurídicos 26-32.

48 ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales. Óp. Cit.*, páginas 11-16; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *"Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró improcedente la demanda contra la Constitución de 1993"*. En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, N.° 1, Año I, Lima: Palestra Editores, 2005, página 107.

lo que sucedía con su antecesora de 1979, que establecía en su artículo 105° que: *"Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución"* (subrayado nuestro).

Así, nuestro TC, a través de las sentencias emitidas en los Expedientes N.° 00047-2004-AI/TC[49], N.° 00025-2005-PI/TC y N.° 00026-2005-PI/TC[50](entre otras) determinó que los TIDH ostentan rango constitucional, a diferencia de otros Tratados Internacionales, denominados ordinarios, que tienen rango legal; ello, sin duda alguna, ha conllevado a que todos los operadores jurisdiccionales y los funcionarios de la Administración Pública respeten los contenidos que se encuentren dentro de los TIDH[51], y que las interpretaciones que realicen los órganos jurisdiccionales internacionales (entiéndase como uno de estos a la Corte IDH)[52], son de eficacia inmediata y de obligatorio cumplimiento[53].

De esta forma, consideramos que estos pronunciamientos del TC han permitido que muchos derechos contenidos en los TIDH, a partir del desarrollo jurisprudencial de sus órganos jurisdiccionales, puedan ser exigidos de forma directa y sin requerimiento previo de un desarrollo legal o reglamentario, como usualmente se exige a la Administración Pública; y esto es así en tanto que el TC ha catalogado el contenido de los TIDH como disposiciones con rango constitucional y efectivo cumplimiento, para la realización de cualquier acto público o privado.

49 STC. N.° 00047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 22.

50 STC. N.° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC (Acumulados), fundamentos jurídicos 25-34.

51 STC. N.° 00217-2002-HC/TC, fundamentos jurídicos 1 y 2; STC. N.° 02798-2004-HC/TC, fundamentos jurídicos 5-10.

52 STC. N.° 02730-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos 9-14; STC. N.° 00007-2007-PI/TC, fundamentos jurídicos 12-37.

53 Sobre este extremo, es necesario precisar que el Estado peruano suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 27 de julio de 1977, ratificándolo el 12 de julio de 1978 y realizando el depósito del instrumento internacional el 28 de julio de 1978. Luego, el 21 enero de 1981, el Estado peruano aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en Internet: https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos3.htm

3.3. Reestructuración del programa económico del Estado

El TC ha tenido un papel preponderante y sustancial en la reestructuración de la economía peruana. Como es sabido, la concepción de la Constitución Política de 1993 y el régimen de la dictadura civil de los noventa cambiaron el paradigma económico, evitando cualquier participación del Estado en la economía nacional[54]. En dicha situación, el TC, a partir de sus nuevas funciones constitucionales, interpretó el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, desarrollando el contenido del principio de subsidiariedad, determinando las situaciones excepcionales en las que el Estado peruano puede ingresar como actor en el mercado económico[55].

Por otro lado, el TC estableció los límites a la actividad empresarial, puesto que, si bien la Constitución Política peruana reconoce un derecho constitucional a la libertad de empresa[56], este se encuentra limitado por otros derechos fundamentales de carácter personal y por la noción de Economía Social de Mercado que impera en nuestro Estado. Esto se puede evidenciar en la sentencia recaida en el Expediente N.° 03343-2007-PA/TC, donde el TC señaló categóricamente que:

> *"En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares"*[57].

Así entonces, a partir de la interpretación realizada por el TC ha determinado que el programa económico del Estado peruano es una economía social de mercado, la misma que exige tanto del mismo Estado como de los particulares deberes específicos, y dicha interpretación y criterio constitucional ha coadyuvado en el intento de salvaguardar los

54 ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales. Óp. Cit.*, páginas 38-41.

55 STC. N.° 07339-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos 7-11.

56 STC. N.° 01405-2010-PA/TC, fundamentos jurídicos 12-17.

57 STC. N.° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 22.

derechos de las personas naturales frente a los intereses económicos de las grandes empresas[58].

3.4. Derecho al libre desarrollo de la sexualidad

En el año 2006, el TC estableció, a partir de la sentencia recaída en el Expediente N.° 07435-2006-PC/TC, que la pastilla de Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) o "píldora del día siguiente" era un método anticonceptivo que no atentaba contra la vida del no concebido, y que, por lo tanto, el Ministerio de Salud debía asegurar la provisión de la misma para el público de forma gratuita[59]. Lo cierto es que dicha medida, a pesar de la intención tuitiva por parte de éste Colegiado, duró poco, por cuanto a través de una decisión posterior, la misma fue revocada.

En efecto, tres años después (2009), el mismo Colegiado, mediante la sentencia recaida en el Expediente N.° 02005-2009-PA/TC, declaró que el medicamento en cuestión era un método abortivo y que, por tal razón, estaba prohibido que el Estado peruano, a través del Ministerio de Salud, promoviera como política pública el uso y la distribución gratuita de las mismas en hospitales y centros de atención de salud pública[60].

Conforme se puede apreciar, el devenir decisorio del TC, por lo menos en este campo, no ha sido el más uniforme ni el menos discutible. Las decisiones del TC en esta materia no solo se han limitado a prohibir la distribución gratuita por parte del Estado de medicamentos anticonceptivos, sino que ha permitido su venta en el sector privado (otorgando previamente toda la información necesaria respecto de este medicamento al consumidor), generando así una clara desigualdad entre quienes pueden pagar el precio la mencionada píldora y quienes no lo pueden hacer, limitando de este modo el derecho al libre desarrollo de la sexualidad al privatizar un método de planificación familiar.

A partir de lo señalado, resulta notorio que las decisiones del TC han provocado, en este campo, una diferenciación injustificada al acceso de este tipo de medicamentos, la misma que se ha concretizado a través

58 STC. N.° 03343-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 21-25; STC. N.° 00316-2011-PA/TC, fundamento jurídico 7.

59 STC. N.° 07435-2006-PC/TC, fundamentos jurídicos 21 y 22.

60 STC. N.° 02005-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 53 y 55-62.

de una barrera económica, la cual resulta ser manifiestamente arbitraria y discriminatoria para un sector mayoritario de la población de escasos recursos económicos.

3.5. Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

Respecto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, el TC peruano ha tenido un rol muy activo, desarrollando sus contenidos y ampliando sus alcances de protección por parte del Estado. Ahora bien, así como el TC ha emitido decisiones que mejoran la tutela de estos derechos, también ha emitido otras que los limitan, las cuales mencionaremos a continuación.

Empecemos señalando que el TC, a través de sus pronunciamientos, ha fijado una cuestión bastante clara en el aspecto previsional, respecto a que toda persona debe tener una pensión mínima vital de jubilación a partir de la interpretación conjunta de la normativa que regula esta materia (Decretos Leyes N.° 19990 y N.° 20530) y de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Constitución; en ese sentido, el TC ha concluido, a partir del citado análisis constitucional, que ésta forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión y que el Estado debe garantizar la misma.

De igual forma, a través de su jurisprudencia ha determinado los medios probatorios necesarios y pertinentes que se requieren para obtener los beneficios pensionarios y generar la obligatoriedad de su entrega, tanto por la entidad pública (Oficina de Normalización Previsional-ONP) como privada (Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP), dependiendo de cada caso[61].

Asimismo, en materia de los derechos laborales, el TC peruano ha tenido una vasta jurisprudencia que ha desarrollado el contenido de dichos derechos, entre los que resalta la garantía de la reincorporación laboral por causas de despido arbitrario, estableciéndose su tipología en: i) despido nulo, ii) despido incausado y iii) despido fraudulento, supuestos

61 STC. N.° 00050-2004-AI/TC, STC. N.° 00051-2004-AI/TC, STC. N.° 00004-2005-AI/TC, STC. N.° 00007-2005-AI/TC, STC. N.° 00009-2005-AI/TC (Acumulados).

que no se encontraban en la legislación peruana[62], y que gracias a estos pronunciamientos fueron incorporados en la nueva normativa laboral[63].

Como bien hemos mencionado, el TC peruano no solo puede ser considerado como un agente de cambio por las decisiones que han mejorado o ampliado la tutela de los derechos constitucionales, sino también porque mediante estas pueden limitarlos, como es el caso del reciente precedente constitucional denominado "precedente Huatuco", donde -entre otras cosas- se ha imposibilitado la reincorporación laboral de los trabajadores del sector público que han sido despedidos y cuya selección laboral no haya sido objeto de un concurso público[64], siendo esta decisión un retroceso en el ámbito de protección de los derechos laborales para los trabajadores y servidores estatales[65] que previamente habíamos distinguido.

También, en esta materia, el TC declaró la constitucionalidad de la Ley del Servicio Civil[66], ley que determina el acceso a la carrera del servicio público dentro de las entidades del Estado, y al mismo tiempo incluyó al resto de entidades públicas a su regulación normativa, con la finalidad de unificar el régimen jurídico de contratación laboral de los servidores púbicos[67].

De otro lado, el TC reconoció el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco como un TIDH, lo cual obliga al Estado peruano a establecer políticas públicas y normativa conforme al rango normativo del citado Tratado Internacional; entre las disposiciones tomadas por parte del Estado destacaron las normas que sancionaron el consumo de tabaco en ambientes públicos y en centros de educación; así como la obligatoriedad en la publicidad disuasiva en esta clase de productos[68]. De esta forma, no solo se mejoró la política sanitaria

62 STC. N.° 00206-2005-AA/TC; STC. N.° 00976-2001-AA/TC; STC. N.° 01124-2001-AA/TC.

63 Ley N.° 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo.

64 STC. N.° 05057-2013-PA/TC, fundamentos jurídicos 21-27.

65 En este extremo, hacemos nuestros los argumentos esgrimidos en el Voto del Magistrado Dr. Ernesto Blume Fortini en la STC. N.° 05057-2013-PA/TC.

66 Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil.

67 STC. N.° 00025-2013-PI/TC; STC. N.° 00003-2014-PI/TC, STC. N.° 00008-2014-PI/TC, STC. N.° 00017-2014-PI/TC (Acumulados), fundamentos jurídicos 69-70.

68 STC. N.° 00032-2010-PI/TC, fundamentos jurídicos 142-148.

en esta materia, sino que el Estado peruano se convirtió en uno de los pocos países que le han dado rango constitucional a dicho Tratado Internacional[69].

En esta misma labor tuitiva, el TC ha emitido diversos pronunciamientos que han permitido no solo colmar de contenido el derecho a la salud[70], sino también ampliar los alcances de su protección, llegando a establecer políticas públicas dirigidas a colectivos humanos que, hasta ese entonces, se encontraban desprotegidos por parte del Estado, como fue en su momento el caso de las personas portadoras del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH). Así, el TC, a través de su jurisprudencia, obligó al Estado peruano a que cumpla con prestar el servicio de retrovirales a este colectivo humano y que dicha práctica forme parte integrante del programa de salud a cargo del Estado[71].

De la misma forma, debemos señalar la importancia de los pronunciamientos del TC en relación con el derecho al medio ambiente, en los cuales ha desarrollado su contenido, centrándose en que este derecho exige una garantía para el desarrollo de la persona en un medio ambiente sano y equilibrado, esto significa que el entorno en que se desarrolla e interactúa la persona no debe afectar su salud ni amenazar o afectar su vida[72].

Por otra parte, en otra oportunidad, estableció los principios que deben ser aplicados por el Estado para fiscalizar las actividades económicas y su impacto en el medio ambiente, con especial relevancia para las actividades de exploración y explotación de recursos naturales[73], permitiendo una mejor protección de este derecho, puesto que, posteriormente a estos pronunciamientos, el Estado ha podido establecer una normativa basada en estos, con la finalidad de mitigar los daños ocasionados al medio ambiente[74].

69 STC. N.° 00032-2010-PI/TC, fundamentos jurídicos 82 y 143.

70 STC. N.° 02016-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 25-32; STC. N.° 06534-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos 7-9.

71 STC. N.° 02016-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 45-49.

72 STC. N.° 03343-2007-AA/TC; STC. N.° 00018-2001-AI/TC; STC. N.° 00964-2002-AA/TC; STC. N.° 00048-2004-PI/TC; STC. N.° 01206-2005-AA/TC.

73 STC. N.° 05387-2008-PA/TC, fundamento jurídico 12; STC. N.° 03343-2007-AA/TC, fundamentos jurídicos 21-25.

74 Ley N.° 28611, Ley General del Ambiente.

En conclusión, a partir de lo expuesto, debemos señalar que, por un lado, la mayoría de estos pronunciamientos han tenido un efecto positivo en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, los cuales, gracias a la interpretación del TC, se han ampliado y enriquecido en su contenido, alcances, límites, y demás aspectos; sin embargo, no es menos cierto que en otras oportunidades el TC ha optado por limitar el acceso a la jurisdicción constitucional para la protección de estos derechos, siendo un cambio en relación a la posición jurisdiccional inicial de este órgano constitucional.

3.6. Derechos de los Pueblos Indígenas y Originarios del Perú

Respecto a los derechos de los pueblos indígenas y originarios del país, el TC ha tenido una labor bastante activa e interesante, pues ha desarrollado el contenido del derecho a la consulta previa en diferentes pronunciamientos, reconociendo el rango constitucional de dicho derecho y la condición de TIDH al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[75].

En este tenor, el TC ha desarrollado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa a partir de la interpretación conjunta del citado Convenio de la OIT, los pronunciamientos de la Corte IDH en materia de derechos de los pueblos indígenas y la doctrina especializada en el tema; conllevando a que este Colegiado refiera que:

> *"(...) el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.° 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. (...)El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas"*[76].

Mediante esta línea jurisprudencial del TC, el Congreso de la República tuvo el marco jurídico necesario para emitir la Ley del Derecho a la

75 STC. N.° 00022-2009-PI/TC; STC. N.° 03343-2007-PA/TC; STC. N.° 06316-2008-PA/TC; STC. N.° 05427-2009-PA/TC; STC. N.° 00023-2009-PI/TC.

76 STC. N.° 00022-2009-PI/TC, fundamentos jurídicos 15 y 17.

Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, la cual recoge lo establecido en los pronunciamientos del Tribunal, en lo relativo al contenido del citado derecho, los principios que guían el proceso de consulta previa, sus límites (como que este derecho no genera un derecho a veto), entre otros[77].

Esto ha conllevado a que exista una mejora en la protección de este derecho y los derechos de los pueblos indígenas y originarios que se relacionan con este, frente a la actuación de la Administración Pública, así como la de los privados, puesto que previamente a que se efectúe cualquier acto administrativo o legislativo que pueda incidir en los derechos de los miembros de las comunidades consideradas como pueblos indígenas y originarias del país, se debe realizar el proceso de consulta previa respectivo. Tanto es así que el Ministerio de Cultura tiene, en la actualidad, una dirección encargada de garantizar y efectivizar este derecho en cumplimiento de la citada Ley y la jurisprudencia del TC relacionada a este derecho[78].

Conclusiones

Conforme se puede apreciar a través del presente trabajo de investigación, hemos pretendido demostrar cómo es que las decisiones jurisdiccionales emitidas por el TC han generado un impacto relevante en el contexto peruano, motivando cambios tanto normativos como programáticos en el Estado, permitiendo mediante la elección y análisis de estas decisiones, sustentar nuestra tesis de que el Tribunal Constitucional peruano es un agente de cambio de la realidad nacional.

De esta forma, la presente investigación inició resaltando que la labor de los Tribunales Constitucionales ha variado desde la posición clásica kelseniana, la cual se encontraba dirigida a ser únicamente un garante de la supremacía constitucional o un legislador negativo del ordenamiento

77 Ley N.° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

78 Efectivamente, el órgano del Estado responsable de cumplir con la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la Dirección de Consulta Previa de la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. Disponible en Internet: http://www.cultura.gob.pe/es/interculturalidad/consultaprevia

jurídico, hasta la postura actual, que ha evolucionado a un rol activo de la protección de los derechos constitucionales y generar cambios en favor de estos en el Estado.

De este modo, se ha señalado que gracias a la jurisprudencia del TC peruano, se ha podido "preservar" la Constitución Política del Perú de 1993, puesto que si bien tuvo vicios de legitimidad en sus orígenes, el TC declaró su validez, no pudiendo objetarse la misma, y que los errores en su redacción y coherencia normativa constitucional han sido subsanados a través de la interpretación constitucional de la literalidad de la misma, conjuntamente con las normas constitucionales que conforman el denominado "Bloque de Constitucionalidad".

Asimismo, creemos que sus decisiones han sido y son trascendentes porque justamente han traspasado los casos concretos materia de litigio y han irradiado sus efectos jurídicos a toda la nación; siendo el caso que estos cambios han permitido, por un lado, ampliar el desarrollo y alcance de protección de los derechos constitucionales, así como, en otros casos, ha limitado estos; sin embargo, sea como fuere, las decisiones del TC han permitido realizar reformas normativas y programáticas sustanciales dentro del Estado peruano.

De la misma forma, estos pronunciamientos han tenido en su mayoría un efecto positivo en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, los cuales tienen un desarrollo muy escueto en la Constitución, pero que gracias a la interpretación de nuestro TC se han ampliado y enriquecido en su contenido, alcances, límites, entre otros aspectos de estos derechos.

Por otro lado, cabe precisar que no todas las decisiones jurisdiccionales emitidas por este Tribunal han sido dirigidas a mejorar el ámbito de protección de los derechos constitucionales, pues como hemos referido con algunos ejemplos, estas han reducido en algunos casos puntuales los contenidos y alcances de estos derechos, significando un retroceso en este activismo inicial de este órgano jurisdiccional.

Por estas razones, en el presente trabajo, ya sea por un activismo en favor de la protección de los derechos constitucionales, la limitación de estos, o garantizar la supremacía constitucional a través de su labor interpretativa, afirmamos que la labor jurisdiccional del TC ha generado

cambios en la realidad nacional, en sus diferentes ámbitos, siendo a partir de ello correcto catalogarlo como un verdadero agente de cambio.

Bibliografía

- AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. 3era. Edición, Lima: Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2008
- ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. 4ta. Edición, Lima: Palestra Editores, 2010.
- ALVA ORLANDINI, Javier. "Discurso del Dr. Javier Alva Orlandini durante la ceremonia del V Aniversario Institucional del Tribunal Constitucional". En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Javier Alva Orlandini 2005*, Lima: Tribunal Constitucional, 2005.
- ALVA ORLANDINI, Javier. "Proceso de Amparo en el Perú". En: *Revista Estado Constitucional*, Año 1, N.° 5, Arequipa: Editorial ADRUS, 2012.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró improcedente la demanda contra la Constitución de 1993". En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, N.° 1, Año I, Lima: Palestra Editores, 2005.
- BLUME FORTINI, Ernesto. "Paradigmas del Derecho Procesal Constitucional". En: *Revista Estado Constitucional*, Año 1, N.° 4, Arequipa: Editorial ADRUS, 2011.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier "¿Puede ser inconstitucional la Constitución?" En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, N.° 1, Año I, Lima: Palestra Editores, 2005.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. 4ta. Edición, Lima: Editora Jurídica Grijley / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2003.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ra. Edición, Madrid: Civitas, 1985.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. "El status del Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, N.° 1, Enero - Abril, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. "Repensar la estructura orgánica del Tribunal Constitucional". En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 5, N.° 1, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
- HAKANSSON NIETO, Carlos. "*Una visión panorámica a la Constitución peruana de 1993. Veinte años después*". En: *Revista Pensamiento Constitucional*, N.° 18, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. "El Juez Constitucional: un actor de las políticas públicas". En: *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, N.° 29, segundo semestre, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- LANDA ARROYO, César. "La reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, N.° 1, Año I, Lima: Palestra Editores, 2005.
- LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional". En: *Revista IUS ET VERITAS*, N.° 32, Lima: IUS ET VERITAS, 2006.
- LANDA ARROYO, César. *Cosa Juzgada Constitucional Fraudulenta y el Caso Panamericana TV*. Disponible en Internet: http://www.ius360.com/jornadas/i-jornada-constitucional/cosa-juzgada-constitucional-fraudulenta-y-el-caso-panamericana-tv-2/
- LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 3era. Edición, Lima: Palestra Editores, 2007.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1999.
- ROEL ALVA, Luis Andrés y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007 - 2012*. Consorcio Justicia Viva/ Instituto de Defensa Legal. Disponible en Internet: http://

www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

- ROEL ALVA, Luis Andrés y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Balance del Tribunal Constitucional 2009 - 2010*. Lima: Consorcio Justicia Viva/ Instituto de Defensa Legal. Disponible en Internet: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo16062011-185904.pdf
- ROEL ALVA, Luis Andrés y SÁENZ DÁVALOS, Luis Raúl. "El Tribunal Constitucional peruano durante los años 2014 y 2015: balance jurisprudencial". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.° 20, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- ROEL ALVA, Luis Andrés. "Derecho a la consulta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 32, agosto, Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- ROEL ALVA, Luis Andrés. "El amparo directo ante el Tribunal Constitucional". En: *Revista Pensamiento Constitucional*, N.° 21, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.
- ROEL ALVA, Luis Andrés. "El Tribunal Constitucional peruano como agente de cambio" (Ponencia). En: *Jornadas Iberoamericanas de la I Edición del Título de Especialista en "Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales"*, Toledo: Universidad de Castilla - La Mancha, 2016.
- ROEL ALVA, Luis Andrés. "Propuesta de reforma del amparo electoral: una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige". En: CARPIO MARCOS, Edgar y SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinadores). *El amparo en la actualidad. Posibilidades y límites*. Lima: Colegio de Abogados de Lima/Centro de Estudios Constitucionales, 2017.
- RUBIO LLÓRENTE Francisco. "El Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, N.° 7, mayo-agosto, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004
- SÁENZ DÁVALOS, Luis Raúl. "Breves reflexiones sobre el derecho procesal constitucional". En: *Revista VOX JURIS*, N.° 31, Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, 2016.

- SAGÜES, Néstor Pedro. "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales". En: *Diálogo Político*, Año XXVII, N.° 4, Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.
- SAGÜES, Néstor Pedro. "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales". En: *Gaceta Constitucional*, N.° 43, julio, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- CARPIZO, Jorge. El Tribunal Constitucional y sus límites: Lima: Editorial Gryley, 2009.

LOS LÍMITES DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES: ENTRE LA NECESIDAD DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Aldo Blume Rocha[1]

Introducción

Dentro del conjunto de procesos constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, es el proceso constitucional de amparo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el que tiene por finalidad específica la tutela de los derechos fundamentales, con excepción de los derechos de libertad individual, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, cuya protección se garantiza a través de los procesos de hábeas corpus y hábeas data, respectivamente. En otras palabras, el proceso de amparo es el mecanismo específico a través del cual se ejerce control constitucional sobre aquellos actos que amenazan o vulneran los derechos contenidos en la Constitución, permitiendo que toda aquella persona que se ha visto afectada es sus derechos fundamentales pueda retornar al estado de cosas anterior a dicho acto lesivo.

---

1 Abogado y magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente Universitario. Abogado del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones.

Dentro del universo de actos u omisiones que pueden ser objeto de cuestionamiento a través del proceso constitucional de amparo se encuentran, aunque resulte en cierta medida paradójico, las resoluciones judiciales. Si bien en cierto que son justamente los jueces los encargados de velar por el respeto y garantía de los derechos fundamentales, tanto frente a la actuación de las autoridades estatales como a la de los particulares, resulta posible también que estos, en un inadecuado o indebido ejercicio de la potestad jurisdiccional que les ha sido confiada, terminen vulnerando aquellos derechos fundamentales que están llamados a proteger. Por consiguiente, puede afirmarse en principio que las resoluciones judiciales que vulneren derechos fundamentales pueden ser objeto de cuestionamiento mediante el proceso constitucional de amparo.

Sin embargo, consideramos que existen dos circunstancias que hacen que el amparo contra resoluciones judiciales presente especiales particularidades, las cuales se expresan finalmente en limitaciones que tiene este proceso como mecanismo de control constitucional de resoluciones judiciales. La primera viene dada por la naturaleza especial del proceso constitucional de amparo como proceso subsidiario y de tutela jurisdiccional de urgencia, la cual justamente viene dada y justificada por la finalidad que persigue. La segunda, en cambio, viene dada por la garantía de cosa juzgada que suele acompañar a determinadas resoluciones judiciales, en la medida en que a través de ellas se ha pretendido dar solución definitiva a un conflicto de intereses y preservar, en consecuencia, la seguridad jurídica. El propósito del presente trabajo es analizar en qué consisten tales particularidades y cómo es que éstas afectan el amparo contra resoluciones judiciales.

Para tales efectos, el presente trabajo se encuentra dividido en tres partes. La primera de ellas se encuentra dedicada a la revisión de aquellos argumentos que justifican la necesidad del control constitucional de las resoluciones judiciales y a exponer brevemente las diversas teorías que se han desarrollado a efectos de explicar los alcances de dicho control, como es el caso de la fórmula de la cuarta instancia o de la fórmula Heck, con especial énfasis en el tratamiento que ha tenido esta materia en el ordenamiento jurídico peruano, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Una segunda parte se encuentra orientada al análisis de la naturaleza especial del proceso constitucional de amparo, tanto en lo que respecta a la

tutela de urgencia para la cual está diseñado como a su carácter subsidiario en relación a los procesos judiciales ordinarios. Observaremos cómo es que el amparo contra resoluciones judiciales plantea una superposición de dos procesos judiciales de naturaleza y características distintas, el proceso que sirve de fundamento a la resolución judicial cuestionada, también denominado proceso subyacente, y el proceso constitucional de amparo.

Finalmente, en la tercera parte, teniendo en cuenta lo expuesto en los acápites anteriores, expondremos cuáles son a nuestro criterio los especiales criterios de procedencia que presenta el amparo contra resoluciones judiciales. Veremos que este tipo de proceso es uno en el cual hay ínsito un ejercicio de ponderación entre dos valores fundamentales: de un lado, la necesidad de garantizar la seguridad jurídica lograda en virtud de la resolución judicial cuestionada; y, de otra parte, la necesidad de tutelar el derecho fundamental que se ha visto amenazado o vulnerado por dicha resolución judicial. Asimismo, plantearemos la necesidad de lograr criterios de procedencia en esta materia que permitan la adecuación entre la naturaleza del amparo como proceso constitucional y la necesidad de control constitucional de las resoluciones judiciales.

1. Las resoluciones judiciales como objeto de control constitucional

1.1 Criterios generales

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual la Constitución es entendida como la norma jurídica suprema cuyos principios y valores irradian todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, no puede aceptarse la existencia de zonas exentas de control constitucional pues tanto las autoridades estatales como los ciudadanos se encuentran vinculados por los mandatos constitucionales. En ese sentido, si bien es cierto que son los jueces los primeros llamados a velar por el cumplimiento de tales mandatos en el ejercicio de sus funciones, constituyéndose en la primera línea de defensa de los derechos fundamentales, ello no implica que las resoluciones judiciales no puedan tener incidencia negativa en tales derechos, ya sea como amenaza o vulneración, ni que no puedan ser objeto, en consecuencia, de control constitucional. Para tal efecto, debemos recordar, conforme se encuentra establecido en el artículo 45° de la Constitución, que el poder del Estado emana del pueblo y que quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitu-

ción y las leyes establecen. La función que los jueces desempeñan, como todo poder estatal y con mayor razón, dada su incidencia en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, es una función que demanda alta responsabilidad y, como tal, debe estar sometida a control constitucional.

El control constitucional de las resoluciones judiciales se revela entonces como una garantía propia del modelo del Estado Constitucional de Derecho, la cual encuentra su justificación material en la naturaleza normativa de la Constitución o principio de normatividad de la Constitución[2].

Coincidimos entonces con el profesor Luis Sáenz cuando afirma que "desde que se asume que la Constitución puede verse afectada por actos provenientes del Poder Judicial o de las resoluciones que éste o sus autoridades expiden, a su vez se acepta la posibilidad de uno o más controles reparadores. En torno de los alcances y límites, así como de las conveniencias o desventajas de cada uno de estos controles, naturalmente puede discutirse en aras de mejorar las cosas, pero es un hecho que su sola presencia, representa una verdadera garantía de eficaz funcionamiento del Estado de Derecho"[3].

De hecho, teniendo presente la importancia y necesidad del control constitucional de las resoluciones judiciales, lo que resulta materia de discusión es cuáles son los mecanismos a través de los cuales se debe ejercer dicho control y cuáles son los alcances de tales mecanismos. Así, se han suscitado diversas posturas respecto a la procedencia de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, especialmente del proceso constitucional de amparo, como mecanismos para el ejercicio de dicho control, las cuales podemos resumir en las siguientes teorías[4]:

a) Teoría restrictiva.- Se propugna la improcedencia de plano de los procesos constitucionales como mecanismos de control constitucional de las resoluciones judiciales por cuanto se considera que se estaría afectando una de las garantías inherentes del debido proceso,

2 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El control constitucional sobre las interpretaciones que realizan los jueces". En: Gaceta Constitucional. Tomo 58 - Octubre 2012. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 187.

3 SÁENZ DÁVALOS, Luis. "Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias". En: Castañeda Otsu, Susana. Derecho Procesal Constitucional. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 137.

4 SÁENZ DÁVALOS, Luis, Op. Cit., pp. 142-145.

la cosa juzgada. Además, resulta incongruente permitir que en un proceso breve y sumario, como es el caso del proceso constitucional de amparo, se pretenda revisar lo resuelto en proceso mucho más extenso y con estación probatoria, atentando asimismo contra las jerarquías propias de la carrera judicial, por cuanto los magistrados de primera instancia terminarían revisando lo decidido en última instancia por sus superiores jerárquicos. Con esta teoría se propugna que toda anomalía en la que pudiera haber incurrido una resolución judicial sea resuelta al interior del proceso en el cual dicha resolución fue emitida.

b) Teoría permisiva amplia.- Se acepta la procedencia de los procesos constitucionales como mecanismo de control constitucional de las resoluciones judiciales, especialmente la del proceso constitucional de amparo, de modo tal que este resulta procedente contra todo tipo de resolución judicial que transgreda o amenace algún derecho constitucional, cualquiera que sea la naturaleza o contenido de este.

c) Teoría permisiva moderada.- Se acepta la procedencia de los procesos constitucionales como mecanismo de control constitucional de las resoluciones judiciales, especialmente la del proceso constitucional de amparo, aunque dicha procedencia se circunscribe a la tutela de determinados derechos constitucionales, aquellos derechos de naturaleza eminentemente procesal, como es el caso de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

En lo que respecta propiamente a los alcances del control constitucional de las resoluciones judiciales a través de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, específicamente a través del proceso constitucional de amparo, observamos que se trata de una materia de difícil delimitación en tanto que a la actuación de los jueces ordinarios o de la jurisdicción ordinaria, a cargo de los cuales se ha llevado a cabo la tramitación del proceso subyacente, se superpone la actuación de los jueces constitucionales o de la jurisdicción constitucional, a cargo de los cuales se lleva a cabo la tramitación del proceso constitucional de amparo. Ello puede suscitar un conflicto de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, especialmente en los máximos representantes de ambas instancias, es decir, entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, fenómeno al que se le suele deno-

minar como "guerra de las cortes" (como es el caso de España e Italia) o "choque de trenes" (como es el caso de Colombia).

En efecto, según lo explica el profesor Pérez Tremps, la confluencia de estos dos órdenes jurisdiccionales no supone la presencia de criterios de delimitación de competencia perfectos. Más aún cuando, en un contexto de Estado Constitucional de Derecho como el actual, todo juez o tribunal es un juez constitucional. Ello conduce a que no exista una claridad absoluta en la distinción de competencias entre Tribunal Constitucional (TC) y Poder Judicial. Esa propia dualidad, además de suponer conflictos, conduce a constatar la existencia de una doble fuente de interpretación constitucional con los riesgos que ello implica para la seguridad jurídica y para la certeza del Derecho[5].

No constituye el objeto del presente trabajo dar una respuesta definitiva a esta difícil problemática. Tan solo pretendemos dejar expuestos sus principales matices y aportar algunas ideas que pueden contribuir a su mejor comprensión y posterior solución. En ese sentido, realizaremos una breve reseña de algunas de las principales teorías que se han planteado respecto a los criterios de delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en lo que se refiere al control constitucional de las resoluciones judiciales. Tales teorías, trabajadas principalmente en el contexto del ordenamiento jurídico alemán, son las siguientes[6]:

a) La fórmula de la cuarta instancia.- De acuerdo a esta doctrina, la justicia constitucional no puede convertirse en una suerte de instancia de casación o nueva instancia del proceso ordinario. En ese sentido, deben ser desestimadas todas aquellas demandas de amparo a través de las cuales se pretende llevar a cabo una nueva discusión de la controversia resuelta en el marco del proceso ordinario. El juez constitucional no se encuentra autorizado entonces para intervenir en la interpretación del derecho ordinario.

5 PÉREZ TREMPS, Pablo. "Tribunal Constitucional y Poder Judicial". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 276.

6 LEÓN VÁSQUEZ, Jorge; y WEIL VON DER AHE, Nicolaus. "Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania". En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Número 3, Nueva Época, julio-diciembre 2010, pp. 321-335.

b) La fórmula del derecho constitucional específico.- Según esta doctrina, también denominada "fórmula Heck", el control constitucional únicamente se encuentra habilitado cuando la resolución judicial vulnera uno o más derechos fundamentales. Como puede observarse, no se trata de una nueva revisión de lo resuelto en el marco del proceso ordinario sino de verificar que en el trámite de dicho proceso no haya tenido lugar alguna afectación de los derechos garantizados por la Constitución.

c) La fórmula de la pendiente inclinada o del "tanto más, cuánto más".- Esta doctrina, en la línea de lo planteado por la doctrina anterior, propugna un sistema de intensidades, en virtud del cual la intensidad del control constitucional de la resolución judicial cuestionada es directamente proporcional a la intensidad de la afectación del derecho fundamental invocado.

d) El modelo de los déficits de Hans Peter Schneider.- Esta doctrina se centra en el control de la ponderación de derechos fundamentales efectuada por los jueces ordinarios. Para tales efectos, su aplicación requiere de la verificación de los siguientes elementos. i) Presencia de déficit en la consideración de derechos fundamentales (se omite considerar en absoluto determinado derecho fundamental al momento de emitir sentencia); ii) Presencia de déficit en la interpretación de los derechos (no hay una adecuada interpretación del derecho fundamental en el caso concreto, el cual puede ser redefinido o redimensionado por parte del TC); iii) Presencia de déficit en la ponderación entre derechos (si el control incide en el procedimiento, corresponde defender los fueros del tribunal ordinario; si el control incide en el resultado, se justifica la intervención del TC); y iv) Presencia de déficit de procedimiento (alguna afectación del debido proceso).

Como puede observarse, en líneas generales el proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales tiene por objeto verificar que con la expedición de las mismas no se haya amenazado o vulnerado algún derecho fundamental. Dentro de esta línea de pensamiento, podemos destacar también los seis supuestos de procedencia para un examen mate-

rial de resoluciones judiciales planteados por el doctor Mijail Mendoza, los cuales describimos a continuación[7]:

- Primer supuesto: Omisión en la aplicación de un derecho fundamental, exigido por la naturaleza de la controversia (error de exclusión).
- Segundo supuesto: Error en la delimitación del ámbito de protección del derecho fundamental (error por exceso -determinación excesivamente amplia del ámbito de protección- o error por defecto -determinación restrictiva del ámbito de protección del derecho fundamental-).
- Error en la resolución del conflicto (error en la aplicación del principio de proporcionalidad).
- Aplicación de una norma incompatible con la Constitución, relevante en la resolución de la controversia (omisión de control difuso).
- Aplicación errónea del control difuso.

1.2 En el ordenamiento jurídico peruano

El debate acerca de la posibilidad de cuestionar por la vía constitucional aquellas resoluciones judiciales que vulneren derechos fundamentales también tiene presencia en el debate constituyente de 1993. En este caso, sí se llegará a un pronunciamiento expreso en la Constitución respecto a esta materia. La propuesta original con relación a este asunto, Proyecto N.° 70/93-CCD, que fue tratada en el seno de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático era la siguiente[8]:

> "Son garantías constitucionales:
>
> (...)
>
> 2. La Acción de Amparo, que procede contra la acción u omisión de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o

7 MENDOZA ESCALANTE, Mijail. "Tribunal Constitucional y control material de resoluciones judiciales". En:
http://ciec-de.com/articulospdf/ii/control.material.resoluciones.judiciales.pdf (Consultada el 3 de junio de 2014)

8 Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático. "Debate Constitucional - 1993". Tomo III Lima, 1993, p. 1732.

amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales.

(...)

6. El Recurso de Casación, que procede contra las sentencias con autoridad de cosa juzgada de la Corte Suprema que han sido dictadas vulnerando preceptos constitucionales o legales. Este recurso se interpone ante la Sala Constitucional de dicha Corte."

Como puede observarse, se planteaba una fórmula restrictiva en virtud de la cual las resoluciones judiciales ya no podrían ser objeto de impugnación a través de los procesos constitucionales de amparo o hábeas corpus, dependiendo del derecho afectado. El objeto del control constitucional, bajo esta lógica sería circunscrito a las resoluciones de la Corte Suprema con autoridad de cosa juzgada, lo cual iba en la línea de la labor desempeñada por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Esta forma de regular el control constitucional de las resoluciones judiciales se encontraba dirigida, conforme a lo explicado por el señor Chirinos Soto, a combatir la mala praxis de los abogados en el uso indiscriminado de la acción de amparo. A su juicio, si bien es cierto que podían existir resoluciones judiciales que afectan derechos fundamentales, correspondía establecer la prohibición sin distinción a nivel constitucional y dejar que la ley y la jurisprudencia regulen posteriormente con mayor detalle este tema[9]. Por su parte, los señores Ferrero Costa y Fernández Arce propusieron como fórmula intermedia admitir el amparo contra resoluciones judiciales que no emanen de procedimiento regular en aras de proporcionar una alternativa de tutela para aquellos ciudadanos que pudiesen resultar perjudicados en sus derechos constitucionales por medio de resoluciones judiciales y evitar que un uso abusivo del amparo derive en una instancia adicional del proceso ordinario[10].

Otros parlamentarios fueron más radicales en sus apreciaciones, tanto para negar la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales en la vía constitucional como para sustentar la posición contraria, proporcionar no una sino varias alternativas de control constitucional de resoluciones

9 Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático; Op. Cit., p. 1735.

10 Ibíd.

judiciales. Así, mientras que el señor Cáceres Velásquez sostenía que admitir el amparo contra resoluciones judiciales era abrir las puertas del abuso, el señor Olivera Vega afirmaba que lo importante era proteger al ciudadano del abuso, por lo que debía permitirse el cuestionamiento de las resoluciones judiciales que vulneran derechos fundamentales ya sea a través del recurso de casación o del amparo[11].

Finalmente fue la postura intermedia la que terminó plasmada en el texto constitucional. La alternativa del recurso de casación fue desechada por cuanto este no podía ser considerado propiamente como una garantía constitucional como el amparo o el hábeas corpus y podía suponer además una afectación de la cosa juzgada[12]. Así, el artículo 200° inciso 2 de nuestra actual Constitución quedó redactado de la siguiente manera:

> "Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:
>
> (...)
>
> 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.
>
> No proceden contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular".

En síntesis, la Constitución de 1993 circunscribe el control constitucional de las resoluciones judiciales a aquellas que no emanen de un procedimiento regular. No obstante, la norma constitucional no especifica qué es lo que debe entenderse por procedimiento regular, con lo cual ha quedado entonces en manos del legislador la delimitación de los supuestos a través de los cuales las resoluciones judiciales son susceptibles de ser revisadas en la vía constitucional. En efecto, este tema ha sido abordado posteriormente en el Código Procesal Constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La Constitución de 1993 amplió tanto el abanico de garantías constitucionales, incluyendo los procesos de cumplimiento y de hábeas data,

11 Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático; Op. Cit., p. 1737.

12 Ibíd.

como las competencias del Tribunal Constitucional, al cual reafirmó como instancia última de los procesos constitucionales y asignó competencia para dirimir los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución. Se requería entonces un nuevo marco legal acorde con el nuevo marco constitucional. Así, el 31 de mayo de 2004, fue publicada la Ley N.° 28237, el Código Procesal Constitucional, en el cual encontramos regulados de manera sistemática e integral todos los procesos constitucionales establecidos en la Constitución.

Dicho marco normativo tiene un artículo particularmente dedicado a señalar los requisitos de procedencia para iniciar procesos constitucionales en contra de resoluciones judiciales. En efecto, el artículo 4° señala expresamente lo siguiente:

> "Artículo 4°.- El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.
>
> El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.
>
> Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal".

Como puede observarse, el Código Procesal Constitucional asocia la referencia al procedimiento regular que se encuentra en la Constitución a las garantías del debido proceso, a las cuales añade la exigencia de firmeza de la resolución cuestionada, es decir, que contra la misma se hayan agotado todos los medios impugnatorios disponibles en el marco del proceso ordinario. Con este último requisito se busca que la eventual

vulneración de un derecho fundamental que haya podido tener lugar en el marco de un proceso ordinario pueda ser corregida en el ámbito del propio proceso, a fin de evitar la superposición de la justicia ordinaria con la justicia constitucional.

Dicho requisito es aplicable tanto para el caso del amparo como para el hábeas corpus. Esta última precisión es importante en la medida en que a nivel constitucional no se hace referencia a que la interposición de demandas de hábeas corpus solamente sea viable respecto de resoluciones no emanadas de procedimiento regular. De este modo, con esta regulación se llena el vacío dejado por la Constitución.

Bajo el marco constitucional y legal descrito en los párrafos anteriores, el Tribunal Constitucional ha establecido importantes líneas jurisprudenciales que han profundizado y desarrollado la regulación referente al control constitucional de las resoluciones judiciales, específicamente en lo que respecta al amparo contra resoluciones judiciales. Dentro de dicho desarrollo jurisprudencial, destacan principalmente los siguientes temas:

a) Ampliación de los derechos fundamentales objeto de tutela en el marco del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, el cual ya no solamente procede contra aquellas resoluciones judiciales que afectan el debido proceso sino contra cualquier afectación de un derecho constitucional (STC N.° 3179-2004-PA/TC, fundamento 20).

b) Establecimiento de un canon de control constitucional de resoluciones judiciales conformado por los exámenes de razonabilidad (determinación del ámbito de control, es decir, si se revisa solamente la resolución en particular o el proceso subyacente en su conjunto), coherencia (verificar la legitimidad del control, es decir, que este incida únicamente en aquellas resoluciones o actos vinculados con la afectación de derechos), y suficiencia (determinación de la intensidad del control) (STC N.° 3179-2004-PA/TC, fundamento 23). Este canon ha sido posteriormente invocado en la STC N.° 3179-2004-PA/TC (Caso Giuliana Llamoja Hilares), oportunidad en la cual se delimitó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

c) Admisión del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales emitidas en el marco de otro proceso constitucional de amparo, es decir, admisión del amparo contra amparo como especie dentro del género del amparo contra resoluciones judiciales (STC N.° 04853-2004-PA, fundamentos 6 al 21).

d) Formulación de la doctrina de la cosa juzgada constitucional, según la cual únicamente adquieren el carácter de cosa juzgada aquellas resoluciones judiciales que, además de haber sido emitidas después de la interposición de todos los medios impugnatorios disponibles, respetan los principios y valores constitucionales, de acuerdo a la interpretación que haya realizado de ellos el Tribunal Constitucional, ya sea por medio de precedentes vinculantes o de doctrina jurisprudencial (STC N.° 0006-2006-CC).

Es justamente el primero de tales temas el que más nos interesa a efectos del presente trabajo por cuanto creemos que tal ampliación de los criterios de procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, al permitir su interposición en defensa de todos los derechos fundamentales, requiere ser matizada en atención a la naturaleza jurídica del proceso constitucional de amparo como proceso diseñado para brindar tutela de urgencia, conforme será analizado en los acápites siguientes.

2. El proceso constitucional de amparo como tutela de urgencia

A efectos de evaluar los alcances del proceso constitucional de amparo como mecanismo de control constitucional de resoluciones judiciales, resulta imprescindible entender y tener en cuenta la especial naturaleza jurídica de este proceso constitucional, la cual se manifiesta en el tipo de tutela que este brinda. Conforme lo explicaremos a continuación, el proceso constitucional de amparo se encuentra diseñado a efectos de brindar una tutela de urgencia a los derechos fundamentales.

En efecto, de acuerdo a la teoría general del proceso, atendiendo a una clasificación de los procesos según la función que cumplen, es decir, según el propósito o la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con su uso, estos pueden ser categorizados en las siguientes tres clases: procesos declarativos, es decir, aquellos a través de los cuales se busca la certeza jurídica respecto a determinado derecho o relación jurídica, ya sea para reconocer su existencia (proceso declarativo puro),

para ordenar determinada conducta en relación a un derecho o relación jurídica existente (proceso declarativo de condena), o para modificar un estado jurídico preexistente (proceso de declaración constitutiva); procesos ejecutivos, es decir, aquellos a través de los cuales se busca asegurar o hacer efectivo determinado derecho o relación jurídica, mejor dicho, llevar a la realidad lo declarado por el Derecho; y procesos cautelares, es decir, aquellos por medio de los cuales se busca prevenir situaciones que pueden poner en peligro determinado derecho o relación jurídica que se encuentra en controversia[13].

De acuerdo a dicha clasificación, coincidimos con el profesor Samuel Abad en que el proceso constitucional de amparo puede ser categorizado como un proceso declarativo o de conocimiento, pues tiene como presupuesto la inseguridad o incertidumbre respecto a la violación de un derecho constitucional por parte de una autoridad, funcionario o persona, que debe ser aclarada por la respectiva sentencia[14]. Asimismo, la pretensión manifestada a través del amparo es una declarativa de condena, es decir, persigue una declaración judicial que debe ponerse en práctica obligando al emplazado a que haga, deshaga, no haga o entregue algo al afectado[15].

Sin embargo, la naturaleza jurídica del proceso constitucional de amparo no se circunscribe a dicha categoría pues no se trata de un proceso ordinario sino de un proceso con una finalidad muy específica, la tutela urgente de derechos fundamentales. En efecto, este proceso está diseñado como "tutela de urgencia constitucional"[16], es decir, como mecanismo de protección efectiva e inmediata de aquellos derechos constitucionales que se vean amenazados o vulnerados.

Entendemos por tutela urgente, en coincidencia con Hurtado Reyes, como aquella a través de cual se pretende dar solución a problemas que se someten al órgano jurisdiccional y que no pueden soportar el transcurso

13 MONROY CABRA, Marco Gerardo. "Procesos declarativos, ejecutivos y cautelares". En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen I, número 2. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1984, pp. 50-56.

14 ABAD YUPANQUI, Samuel. "El proceso constitucional de amparo: Aproximaciones desde la Teoría General del Proceso". En: Castañeda Otsu, Susana. Derecho Procesal Constitucional. Lima: Jurista Editores, 2003, pp. 325-326.

15 Ibíd.

16 Ibíd.

del tiempo, pues de hacerlo se podrían ver perjudicadas las expectativas de las partes en conflicto, sobre todo de quien acudió al órgano jurisdiccional en busca de una tutela realmente efectiva. Es decir, se trata de una forma de tutela específica que busca dar respuesta al peligro en la demora[17].

En la misma línea de pensamiento, Sergio Ferrer sostiene que el instituto del proceso urgente constituye una herramienta de naturaleza excepcional, destinada a ser empleada sólo en supuestos también excepcionales, en los que la pretensión del justiciable requiere de una respuesta jurisdiccional inmediata, sin la cual el derecho del justiciable se tornaría ilusorio y el proceso un burocrático encadenamiento de fórmulas vacuas e inútiles[18].

En ese sentido, en el caso del amparo, estamos hablando de la tutela de derechos fundamentales, es decir, de la tutela de los bienes más preciados del ordenamiento constitucional, cuya afectación resulta intolerable y no puede permitirse, en consecuencia, que el paso del tiempo haga aún más grave la afectación denunciada. Así, coincidimos nuevamente con Hurtado Reyes cuando afirma que: "Si tomamos en cuenta que el proceso de amparo se utiliza para la protección de derechos constitucionales, cuando éstos se ven vulnerados o amenazados, se entiende entonces que la respuesta del órgano jurisdiccional con este mecanismo, tiene que ser no solo rápida sino eficaz, con la capacidad de reponer las cosas al estado anterior a la citada vulneración o amenaza en el tiempo más inmediato posible, es decir, que el otorgamiento de tutela tiene que responder de forma real al pedido de la misma"[19].

Dada la importancia de los derechos objeto de tutela en el proceso constitucional de amparo, se requiere que este los provea de una protección inmediata a efectos de que no sufran daños irreparables. Por ello, Omar Cairo expresa que la función procesal del amparo es la prestación de una

17 HURTADO REYES, Martín. "Tutela jurisdiccional diferenciada". Lima: Palestra, 2006, p. 168.

18 FERRER, Sergio. "Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material". En: *Sentencia Anticipada, despachos interinos de fondo*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal - Culzoni, 2000, pp. 347 y 349.

19 HURTADO REYES, Martín. Op. Cit., p. 435.

justicia de probabilidades con la finalidad de brindar protección urgente a los derechos constitucionales[20].

A efectos de brindar dicha tutela urgente, el proceso constitucional de amparo abandona la pretensión por la certeza jurídica, propia de la tutela ordinaria, y se conforma con la verificación de la verosimilitud de la pretensión, en la medida en que la cantidad de tiempo requerida para constatar con absoluta certeza la fundabilidad de la pretensión podría implicar que la afectación del derecho invocado devenga en irreparable. Es así que una de las características del amparo es la sumarización cognitiva, la cual consiste en la restricción de las posibilidades probatorias de las partes en el proceso[21]. Dicha sumarización puede ser manifestada tanto en forma vertical como en forma horizontal[22]. Bajo la primera de tales expresiones, el juez escucha a ambas partes sin agotar todo el material probatorio. Ese es el caso del artículo 9° del Código Procesal Constitucional, el cual estipula que no hay estación probatoria en el proceso de amparo, de modo tal que solamente resultan procedentes aquellos medios probatorios que no requieren actuación. Bajo la segunda de tales expresiones, el juez toma la decisión que corresponde después de haber escuchado solamente a una de las partes. Tal es el caso, por ejemplo, del régimen general de medidas cautelares para el proceso de amparo regulado en el artículo 15° del Código Procesal Constitucional, según el cual la medida cautelar puede ser expedida a pesar de que lo solicitado no haya sido conocido por la contraparte.

Es necesaria además la sumarización procedimental, la cual se expresa en la abreviación de plazos y en la concentración de actos procesales, y la flexibilización de las exigencias formales del proceso[23]. Por ello, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional consagra los principios de elasticidad y *pro actione*, en virtud de los cuales se propugna una interpretación antiformalista de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, donde en caso de duda debe optarse por continuar con el trámite del proceso. Asimismo, los plazos establecidos en el Código Procesal Constitucional para el desarrollo del proceso de amparo

20 CAIRO ROLDÁN, Omar. "El amparo: Proceso constitucional de urgencia". Lima: Communitas, 2009.

21 CAIRO ROLDÁN, Omar. Op. Cit., pp. 17-20.

22 Ibíd.

23 Ibíd.

se caracterizan por ser cortos, como es el caso concretamente del plazo para contestar la demanda, cinco días según el artículo 53° del Código Procesal Constitucional, pues la idea es que se obtenga la sentencia de manera rápida para hacer frente a la situación urgente que se denuncia, pudiendo inclusive ser ejecutada de manera anticipada, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

La prestación de esta tutela de urgencia es la que hace también que se conceptualice el proceso constitucional de amparo como un proceso de naturaleza subsidiaria o residual, el cual, conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, es empleado solamente cuando no existe una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria que permita tutelar el derecho invocado. En otras palabras, dado que la finalidad del proceso de amparo es esencialmente la tutela urgente de los derechos fundamentales, lo que lo hace un proceso de naturaleza excepcional, su uso queda en consecuencia circunscrito para aquellas situaciones que demanden efectivamente una respuesta urgente por parte de la autoridad jurisdiccional. Por ello, cuando se interpone una demanda de amparo, no es suficiente tomar en cuenta como presupuesto de procedencia el hecho de que se haya configurado un acto lesivo de derechos fundamentales sino que debe verificarse además que tal situación no sea susceptible de ser atendida a través de los mecanismos de tutela ordinaria, ya sea que ello sea porque tales mecanismos son inexistentes o porque resultan insuficientes.

3. Los criterios de procedencia del proceso constitucional de amparo como mecanismo de control constitucional de resoluciones judiciales

Teniendo en cuenta el marco constitucional que sirve de referencia para evaluar la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, expresado en el artículo 200° inciso 2 de la Constitución y descrito con mayor detenimiento en la primera parte de este trabajo, y la caracterización del proceso de amparo como proceso que brinda tutela urgente, idea que ha sido explicada en el acápite anterior, corresponde ahora analizar en detalle cuáles son los matices o limitaciones que presenta el proceso constitucional de amparo como mecanismo de control constitucional de resoluciones judiciales.

El artículo 4° del Código Procesal Constitucional establece como criterio de procedencia para el amparo contra resoluciones judiciales el

que las resoluciones cuestionadas por medio de este proceso constitucional sean resoluciones firmes que impliquen un agravio manifiesto a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Asimismo, de conformidad con una interpretación a contrario sensu del artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el cual establece que el proceso de amparo no procede contra aquellas resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular, se entiende que el proceso constitucional de amparo es la vía idónea para ejercer el control constitucional de aquellas resoluciones que devienen en irregulares como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales. Para tal efecto, conforme ha sido referido líneas arriba, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 3179-2004-PA/TC (Caso Apolonia Ccollcca, fundamento 20), ha precisado que el ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales no se circunscribe únicamente al derecho al debido proceso sino que incluye todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema, sin que ello implique que el proceso de amparo devenga en un medio impugnatorio más, a modo de una suprainstancia de revisión de los conflictos resueltos por la jurisdicción ordinaria.

Como puede observarse, de conformidad con el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que una resolución judicial pueda ser cuestionada por la vía del amparo debe tratarse de una resolución que cumpla esencialmente con dos requisitos: i) Que se trate de una resolución judicial firme; y ii) Que se trate de una resolución judicial que suponga una afectación manifiesta de algún derecho fundamental, ya sea el derecho al debido proceso o algún otro derecho reconocido en la Constitución de manera expresa o implícita.

Respecto al primero de tales requisitos, la condición de firmeza de la resolución cuestionada, el Tribunal Constitucional ha precisado, en la sentencia recaída en el Exp. N° 2494-2005-PA/TC[24], que este puede ser entendido en dos sentidos, uno formal y otro material. Conforme al primero de ellos (formal), la firmeza de una resolución se adquiere simplemente con el agotamiento de todos los recursos que la ley prevé para el cuestionamiento del acto con el cual se está en desacuerdo; mientras que,

24 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.° 2495-2205-PA/TC, fundamento 16.

conforme al segundo de ellos (material), para que una resolución sea firme basta únicamente el agotamiento de aquellos medios impugnatorios legalmente previstos que tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se cuestiona. Es la segunda de tales acepciones la que debe tomarse como referencia a efectos de evaluar la procedencia de una demanda de amparo interpuesta contra una resolución judicial.

Cabe resaltar, además, que esta exigencia de firmeza no quiere decir que únicamente pueden ser cuestionadas aquellas resoluciones judiciales a través de las cuales se pone fin a un proceso judicial, es decir, aquellas resoluciones judiciales con carácter definitivo. En efecto, como lo recuerda Katherine Onofre[25], el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 1209-2006-PA/TC, distingue ambos conceptos, de modo tal que resolución firme no siempre equivale a resolución definitiva. La primera de dichas condiciones se encuentra referida al hecho de haber agotado los recursos procesales disponibles en contra de la resolución cuestionada; mientras que, la segunda de tales condiciones da cuenta del carácter inalterable de lo dispuesto en la resolución cuestionada. La importancia de dicha distinción radica en que permite aclarar que el amparo se erige como mecanismo de control constitucional no solamente de aquellas resoluciones con las cuales se pone fin al proceso, como es el caso de las sentencias, sino también contra resoluciones referidas a determinadas incidencias del proceso, como es el caso de los autos y, especialmente, de las medidas cautelares. A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que, de acuerdo al examen de razonabilidad al que se refiere el canon de control constitucional enunciado por el Tribunal Constitucional en la STC N.° 3179-2004-PA/TC, la intervención del juez constitucional en el proceso subyacente podría no encontrarse circunscrita a revisar determinada resolución judicial sino el proceso en su conjunto si la verificación del acto lesivo del derecho fundamental invocado así lo amerita.

Respecto al segundo de los requisitos mencionados, afectación manifiesta de cualquiera de los derechos fundamentales, no circunscritos únicamente al debido proceso de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es que particularmente consideramos necesario plantear algunos problemas o limitaciones, los cuales se encuentran

25 ONOFRE ENERO, KATHERINE. "Los presupuestos procesales para la procedencia del control constitucional de resoluciones judiciales". En: En: Gaceta Constitucional. Tomo 58 - Octubre 2012. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 207.

en estrecha relación con la naturaleza jurídica del amparo como proceso que brinda tutela de urgencia y con la incidencia que la interposición de dicha demanda de amparo puede tener en los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso subyacente, especialmente en el derecho de defensa y en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Para efectos de dar a entender mejor tales problemas y limitaciones, debemos dejar sentado como premisa dos ideas que muchas veces no son tomadas en cuenta cuando hablamos del amparo contra resoluciones judiciales, cuyo análisis se suele circunscribir al cuestionamiento de un ciudadano respecto a determinada actuación judicial por la supuesta afectación de un derecho fundamental. La primera de ellas tiene que ver con el hecho de que la resolución judicial cuestionada es emitida en el marco de un proceso, al cual denominaremos proceso subyacente o proceso ordinario, en el cual ha intervenido no solamente el juez cuya actuación se denuncia sino una contraparte que también puede verse afectada por la decisión que se adopte en el marco del proceso constitucional de amparo. La segunda de ellas está relacionada con la pretensión de seguridad jurídica que lleva implícita toda resolución judicial, en la medida en que a través de ella se pretende dar solución a una controversia de relevancia jurídica, sobre todo cuando hablamos de resoluciones con las cuales se pone fin a un proceso. Tales aspectos adquieren mucha más relevancia, conforme lo explicaremos a continuación, en el supuesto en que los derechos que resultan objeto de discusión en el proceso subyacente resulten ser también derechos constitucionales.

Teniendo en cuenta tales ideas como premisa, creemos que el criterio planteado por el Tribunal Constitucional, según el cual el amparo contra resoluciones judiciales debe proceder por la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales, presenta los siguientes problemas:

a) Superposición entre tutela urgente y tutela ordinaria respecto a un mismo derecho constitucional

Si resulta posible la invocación de la afectación de cualquier derecho fundamental a efectos de cuestionar una resolución judicial por la vía del proceso constitucional de amparo, podría entenderse en principio que, en aquellos casos en los cuales la pretensión sobre la cual se ha emitido pronunciamiento en el marco del proceso subyacente u ordinario tiene que ver con un derecho constitucional, resulta

posible lograr una nueva discusión de lo resuelto en dicho proceso alegando la afectación del mismo derecho constitucional discutido por no haber sido este debidamente tutelado en sede ordinaria. Es decir, se estaría permitiendo una doble tutela de dicho derecho constitucional, una en la vía ordinaria y otra en la vía constitucional.

Ese sería el caso, por ejemplo, de un trabajador que cuestiona vía amparo una sentencia dictada en el marco de un proceso laboral ordinario a través de la cual se declaró infundada su demanda sobre indemnización por despido arbitrario, alegando que dicha sentencia supone una afectación a su derecho constitucional al trabajo. Otro ejemplo similar podría darse en el caso del dueño de una fábrica textil que cuestiona vía amparo una sentencia dictada en el marco de un proceso contencioso administrativo a través del cual se declaró infundada su demanda sobre la nulidad de una resolución administrativa que deniega el otorgamiento de una licencia de funcionamiento, alegando que dicha sentencia supone una afectación tanto a su libertad de trabajo como a su libertad de empresa.

Como puede observarse, dicha superposición entre tutela ordinaria y tutela de urgencia respecto a un derecho constitucional supone en última instancia un desconocimiento de uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso, como lo es la cosa juzgada, reconocida en los incisos 2 y 13 del artículo 139° de la Constitución en la medida en que se está reabriendo la discusión sobre una materia ya decidida con carácter definitivo e inmutable. En efecto, en este caso se cumplirían los tres elementos que, siguiendo al destacado procesalista Hernando Devis Echandía[26], permiten identificar los alcances de la cosa juzgada: i) Identidad de cosa u objeto o de hecho punible, es decir, que no se puede tramitar un nuevo proceso con el objeto de la pretensión materia del proceso anterior. En otras palabras, no debe existir identidad de petitorios entre ambos procesos. En este caso, se está solicitando nuevamente la tutela de un derecho constitucional que ya ha sido objeto de discusión en el marco de otro proceso judicial; ii) Identidad de causa pretendi, es decir, que no se puede tramitar un nuevo proceso en base a los mismos fundamentos, tanto

26 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Compendio de Derecho Procesal". Tomo I: Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1976, pp. 460-465.

de hecho como de derecho, que sirvieron de sustento a la pretensión planteada en el proceso anterior. En este caso, ambos procesos están siendo sustentados en base al mismo derecho constitucional; y iii) Identidad de partes, es decir, que no se puede tramitar un nuevo proceso entre las partes que fueron vinculadas por el fallo emitido en el proceso anterior. En este caso, lo decidido en el proceso de amparo termina afectando también a las partes del proceso subyacente.

Además, no resulta razonable que, ante el doble debate respecto a un mismo derecho constitucional, tanto en el marco del proceso subyacente u ordinario como en el marco del proceso constitucional de amparo, termine prevaleciendo lo resuelto en este último ámbito, habida cuenta de que dicha decisión es tomada con menos elementos de juicio que en el caso del proceso subyacente u ordinario, debido a elementos como la sumariedad cognitiva y procedimental, a los que ya hemos hecho referencia anteriormente.

b) Incidencia en los derechos fundamentales de la otra parte interviniente en el proceso subyacente

El otro problema que presenta el criterio de admisión del amparo contra resolución judicial por afectación de cualquier derecho fundamental es la incidencia que ello puede tener en los derechos de defensa y a la tutela jurisdiccional efectiva de quienes han sido parte en el proceso subyacente, sobre todo cuando el debate de dicho proceso ha estado centrado en un derecho constitucional cuya tutela se vuelve a invocar para iniciar el proceso de amparo.

En el caso del derecho de defensa, consagrado en el artículo 139° inciso 14 de la Constitución, según el cual a ningún ciudadano se le puede privar de participar en un debate judicial en el que se va a tomar una decisión que puede afectar sus derechos e intereses, observamos que este puede verse restringido con relación a quien ha ostentado la posición vencedora en el marco del proceso subyacente y constituido en beneficiario directo de la resolución judicial cuestionada. En efecto, si quien inicia el proceso constitucional de amparo es la parte vencida en dicho proceso, estaría llevando a su contraparte a un nuevo debate judicial en el que, dado el diseño del proceso de amparo como proceso destinado a brindar tutela de urgencia, estaría viendo restringidas sus posibilidades de defensa, al

no poder ya emplear todos los medios probatorios que estime convenientes en apoyo de su posición, ya que el proceso de amparo no cuenta con estación probatoria, y contar con plazos más cortos para intervenir en el proceso y presentar los alegatos que estime pertinentes. Es más, se vería comprometido también el derecho de igualdad procesal o igualdad de armas, derivado de una interpretación sistemática del artículo 2° inciso 2 de la Constitución (principio-derecho de igualdad) y del artículo 139° inciso 3 de la Constitución (derecho al debido proceso), según el cual debe garantizarse que en todo proceso las partes detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto de la otra[27]. En el caso del amparo contra resoluciones judiciales, tal incidencia en dicho derecho radicaría en que la parte vencida en el proceso subyacente estaría sometiendo a su contraparte a un nuevo proceso en el que sus armas de defensa han sido restringidas o disminuidas en modo sustancial.

La afectación al derecho de defensa podría verse agravada en caso la contraparte del proceso subyacente no resulte emplazada con la demanda de amparo ni se le permita intervenir en el marco del proceso constitucional. Ello puede y, de hecho, suele ocurrir con frecuencia en el amparo contra resoluciones judiciales, toda vez que las demandas son interpuestas contra los jueces que emitieron la resolución judicial cuestionada, sin que necesariamente se haga referencia expresa de las partes que intervinieron en el proceso subyacente. Es más, no hay una disposición en el Código Procesal Constitucional que obligue a quien interpone una demanda de amparo contra resolución judicial a señalar expresamente a la parte del proceso subyacente que podría verse afectada con lo que se vaya a resolver en el proceso de amparo. Es cierto que ha habido ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha anulado lo actuado en el marco de un proceso de esta naturaleza a efectos de que los potencialmente afectados por el resultado del proceso puedan intervenir, como es el caso de la RTC N.° 04381-2012-PA/TC. No obstante, dicho criterio no ha sido asentado de manera clara y categórica por el supremo intérprete de la Constitución.

27 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.° 06135-2006-PA/TC, fundamento 5.

En lo que respecta al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución, debemos tener presente que dicho derecho implica que quien ha resultado vencedor en un proceso judicial vea cumplido efectivamente lo que se ha resuelto a su favor. Así, el Tribunal Constitucional, respecto a este derecho, señalado que "el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido"[28]. En ese sentido, cuando se interpone un amparo contra una resolución judicial, se incide sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de quien ha resultado beneficiado con dicha resolución judicial, quien ve supeditada la concretización de la tutela de sus derechos a la realización de un nuevo proceso judicial.

Cabe resaltar, de otro lado, que la interposición de demandas de amparo contra resoluciones judiciales también se encuentra restringida por las causales de improcedencia establecidas en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional. Merecen especial atención las causales a las que hacen referencia los incisos 1 y 2 de dicho artículo.

El inciso 1 hace referencia a que no resultan procedentes aquellos procesos constitucionales que no se encuentren referidos directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. En el caso del cuestionamiento constitucional de las resoluciones judiciales, ello implica que dicho cuestionamiento solo procede en la medida en que se acredite que la resolución judicial impugnada afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Conviene hacer hincapié, como ya ha sido mencionado líneas arriba, en que toda resolución judicial, especialmente aquella con la cual se pone fin a un proceso, lleva implícita una pretensión de seguridad jurídica pues por medio de

28 Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el Exp. N° 0015-2001-AI/TC, en el Exp. N.° 0016-2001-AI/TC, y en el Exp. N° 004-2002-AI/TC, fundamento 11.

ella se pretende resolver una controversia de relevancia jurídica. En ese sentido, la incidencia en el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado debe ser de tal magnitud que sea capaz de vencer en el test de ponderación a la seguridad jurídica pretendida con la resolución judicial cuestionada.

El inciso 2 hace referencia a que no resulta procedente iniciar un proceso constitucional cuando exista otra vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado. Este inciso no resulta aplicable para el proceso de hábeas corpus. El establecimiento de este inciso supuso un giro trascendental en la manera de entender el amparo, en la medida en que este proceso constitucional pasa a tener un carácter residual o subsidiario en aras de preservar la tutela de urgencia que lo caracteriza, a diferencia de lo acontecido en el marco de la Ley N.° 23506, en cuyo contexto se dio una ordinarización del proceso de amparo debido en gran medida a que este era concebido como un proceso de carácter alternativo. Es decir, el acto lesivo de los derechos fundamentales invocados podía ser cuestionado tanto por la vía constitucional como por la vía ordinaria. En el caso de las resoluciones judiciales, esta regla va de la mano con el artículo 4° en la medida en que no resultará procedente el amparo contra resoluciones judiciales si es que es posible impugnar la resolución judicial que afecta derechos fundamentales a través de otras vías procedimentales o a través de los propios recursos o remedios procesales establecidos al interior del proceso ordinario.

Conclusiones

- La función que los jueces desempeñan, como todo poder estatal y con mayor razón, dada su incidencia en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, es una función que demanda alta responsabilidad y, como tal, debe estar sometida a control constitucional. En ese sentido, el control constitucional de las resoluciones judiciales es una necesidad que se deriva de la propia condición de la Constitución como norma jurídica suprema y como garantía de la fuerza normativa de la Carta Magna.
- En lo que respecta al caso peruano, a través de un breve repaso histórico del tratamiento de la materia, tanto bajo la Constitución de 1979 como bajo la actual Constitución de 1993, observamos que en líneas generales se ha optado por la tesis permisiva moderada,

es decir, se ha admitido de manera excepcional la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales en tutela del derecho al debido proceso. No obstante, el Tribunal Constitucional ha venido planteando la ampliación de este criterio a fin de que el control constitucional de las resoluciones judiciales no se encuentre circunscrito meramente al derecho al debido proceso sino a todos los derechos fundamentales, dando paso a una teoría permisiva amplia.

- Dada la importancia de los derechos objeto de tutela en el proceso constitucional de amparo, se requiere que este los provea de una protección inmediata a efectos de que no sufran daños irreparables. En ese sentido, el proceso constitucional de amparo está diseñado para brindar tutela de urgencia a los derechos fundamentales. Para ello, cuenta con herramientas tales como la sumarización cognitiva y procedimental, las cuales limitan la actividad probatoria y los plazos de los actos procesales en pos de la rápida expedición del pronunciamiento judicial sobre la demanda planteada, el mismo que es susceptible de ser ejecutado de manera inmediata.

- La ampliación de la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales por afectación a cualquiera de los derechos fundamentales, planteada por el Tribunal Constitucional, presenta problemas relacionados con el diseño del proceso constitucional de amparo como tutela de urgencia, dada la posibilidad de superposición de tutela de urgencia y tutela ordinaria respecto a un mismo derecho constitucional, y la posible incidencia negativa en los derechos fundamentales de las partes que intervinieron el proceso subyacente, especialmente en los derechos de defensa y a la tutela jurisdiccional efectiva.

- Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, estimamos que el criterio de procedencia planteado por el TC para el amparo contra resoluciones judiciales, concretamente en lo que respecta a su admisión para la tutela de cualquier derecho fundamental, debe ser adecuadamente matizado, a efectos de no desnaturalizar el diseño del proceso de amparo como proceso destinado a brindar tutela de urgencia ni incidir negativamente en los derechos fundamentales de quienes han intervenido como parte en el proceso subyacente. En ese sentido, creemos que una interpretación razonable de lo propuesto por el TC al admitir el amparo contra resoluciones judiciales por la afectación de cualquier derecho fundamental sería circunscribir tal posibilidad

a aquellos derechos constitucionales inherentes al debido proceso y aquellos que se ven amenazados o vulnerados por la resolución judicial cuestionada pero que no han sido invocados en el marco del proceso subyacente, excluyendo a aquellos derechos constitucionales que han sido objeto de discusión en el marco de tal proceso. Por ejemplo, en el supuesto ya mencionado de aquel trabajador que cuestiona una sentencia expedida en el marco de un proceso laboral ordinario que le resulta desfavorable, consideramos que, a efectos de lograr la procedencia de dicha demanda, el trabajador no podría invocar como derecho vulnerado el derecho al trabajo sino alguna afectación al derecho al debido proceso, como podría serlo la falta de competencia del juez que dictó la resolución cuestionada, u otro derecho fundamental que no ha sido objeto de discusión en el proceso subyacente, como podría ser el caso del derecho a la igualdad, si logra acreditar que el mismo juez emplazado ha fallado de manera distinta en un caso idéntico al suyo. En síntesis, creemos que se debe evitar un doble debate jurisdiccional, tanto en vía ordinaria como en vía constitucional, sobre el derecho constitucional que ha servido de base para la demanda planteada en el proceso subyacente.

- Como otra recomendación para superar los problemas que hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo respecto a los criterios de procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, planteamos que debe tomarse en cuenta, de conformidad con lo señalado en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que, a efectos de que proceda el amparo contra resoluciones judiciales, la vulneración debe ser manifiesta, es decir, debe tratarse de una afectación cuya magnitud sea tal que sea capaz de hacer frente en un test de ponderación a la seguridad jurídica pretendida por la resolución judicial cuestionada. En conclusión, el amparo contra resoluciones judiciales, en tanto mecanismo de control constitucional del accionar de los jueces, se en encuentra en un punto intermedio entre la necesidad de ejercer dicho control y la seguridad jurídica que con toda resolución jurídica se pretende.

LA EJECUCIÓN EN EL PROCESO DE AMPARO: EL RETO DEL CUMPLIMIENTO CABAL Y OPORTUNO DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Alfredo Orlando Curaca Kong[1]

I. Introducción

La presente ponencia, en la que se escriben algunas líneas sobre la ejecución en el proceso constitucional de amparo, regulado primigeniamente en nuestro país por la Constitución de 1979 y, actualmente, por la Constitución de 1993 y el Código Procesal Constitucional; realiza un breve recorrido sobre las etapas del proceso de amparo, con especial énfasis en su etapa de ejecución; identifica algunos problemas que se presentan en torno al cumplimiento de las sentencias constitucionales; aborda las herramientas normativas y jurisprudenciales concebidas para el cumplimiento cabal de tales sentencias; y propone algunos cambios destinados al cumplimiento pleno y oportuno de las mismas, como medios de garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales.

Tratar sobre la ejecución de la sentencia en el amparo obliga previamente a reconocer una problemática que no es nueva ni exclusiva de los

1 Abogado por la Universidad de Lima. Con estudios de Maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Lomas de Zamora de la República Argentina. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Asesor del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional.

procesos constitucionales, pero que también los afectan sobremanera: la referida al incumplimiento, al cumplimiento aparente o defectuoso, al cumplimiento parcial y a la desnaturalización de las sentencias constitucionales en etapa de ejecución. Es decir, obliga a tocar la problemática relacionada con la denominada inejecución de las sentencias constitucionales, que ha sido tratada anteriormente por algunos autores nacionales, como Ruiz Molleda[2], Roel Alva y García Eyzaguirre[3], en cuyos trabajos ponen de manifiesto la preocupante situación de incumplimiento de las sentencias dictadas en el ámbito de la justicia constitucional. Esta situación se agrava si consideramos que se encuentra de por medio la urgente protección y el pleno restablecimiento de uno o más derechos fundamentales y que, en muchos de los casos, la parte que no cumple con los mandatos es el propio Estado a través de alguna de sus dependencias[4]. Vale decir, por parte de aquel que tiene como fines supremos la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, conforme dispone el primer artículo de nuestra Constitución, que apuesta desde el principio por una postura humanista cimentadora de un Estado Constitucional.

En las causas constitucionales concretas, bien por una conducta obstruccionista de la parte vencida en el proceso, que busca dilatar o entorpecer el cumplimiento de la sentencia; bien por un mal manejo por parte del juez de ejecución de los institutos procesales constitucionales y de los mecanismos coercitivos diseñados para el cumplimiento de lo decidido; bien por una excesiva carga procesal que sigue en aumento y que dificulta dar prioridad al trámite de los expedientes; bien por inercia de los jueces, que dejan que el tiempo transcurra sin impulsar los casos; o bien por motivos que, de un modo u otro, retardan el cumplimiento de la

2 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. "Apuntes sobre la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional.". En: Derechovirtual.com, Segunda Época, N° 2, Junio-Julio 2009, Lima: Asociación Civil Impulso Legal Peruano.

3 ROEL ALVA, Luis Andrés y GARCÍA EYZAGUIRRE, José. "La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional por los poderes públicos". En: "Balance al 2008 del Tribunal Constitucional peruano. El TC que se nos fue y el TC que se nos viene". Bellido Ediciones EIRL. Lima, 2009.

4 La mayoría de veces es el Estado el comprobado agresor y el renuente a acatar el mandato o los mandatos concretos contenidos en la sentencia. Véase al respecto: ROEL ALVA, Luis Andrés y GARCÍA EYZAGUIRRE, José. "La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional por los poderes públicos" Op. Cit. pp. 90-100.

sentencia, lo cierto es que rara vez las sentencias constitucionales dictadas en los procesos constitucionales como el amparo son cumplidas en sus propios términos dentro de los plazos legales establecidos por el contrario, la experiencia nos indica que lo usual es que la etapa de ejecución sea de largo aliento, en la que finalmente subyace una situación de permanente insatisfacción de las pretensiones de la parte vencedora del proceso.

Frente a esta realidad, en la que los hechos superaron la previsión normativa del legislador, las herramientas que nos otorga el Código Procesal Constitucional para el cumplimiento pleno y oportuno de las sentencias constitucionales, si bien son sumamente útiles, resultaron insuficientes o mal aplicadas en la práctica. Por ello, el Tribunal Constitucional, en procura de que se cumplan las sentencias aludidas, ha ponderado en diversos pronunciamientos el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, como uno de los más importantes que integra la tutela procesal efectiva, y desarrollado, desde hace un tiempo, mecanismos tendientes a verificar el acatamiento de lo resuelto en forma estimatoria, sea que el fallo provenga del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial. Estos mecanismos no son otros que los recursos de agravio constitucional atípicos, que, por contraposición al RAC típico, previsto legalmente en el artículo 18 del código adjetivo citado, han sido creados jurisprudencialmente en virtud de la autonomía procesal que detenta nuestro supremo intérprete de la Constitución.

Con tal finalidad, hemos considerado esquematizar este trabajo con un primer apartado referido a las etapas del proceso constitucional de amparo, como preludio de un estudio propio de los problemas suscitados en etapa de ejecución. Uno relativo a las vicisitudes que propiamente se suscitan en su etapa de ejecución, como los supuestos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o aparente, cumplimiento parcial y desnaturalización de la sentencia. Uno relativo al derecho fundamental a la ejecución de la sentencia y su tratamiento jurisprudencial. Uno relativo a las herramientas normativas y jurisprudenciales establecidas para el cumplimiento de la sentencia. Y, finalmente, uno que consigna las respectivas apreciaciones finales, que, acorde con los objetivos trazados, analiza el estado actual de la problemática y plantea alternativas de solución.

II. Las etapas del proceso constitucional de amparo

El maestro Couture definía al proceso judicial "...como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión."[5] En el caso particular de los procesos constitucionales que cautelan los derechos, podría considerarse que: 1) la secuencia o serie de actos y los plazos en que estos se realizan se reduce considerablemente, pues se corresponden con una tutela de urgencia y se informan por principios como el de economía, inmediación, elasticidad y celeridad procesal; y 2) el conflicto sometido a la decisión de los jueces constitucionales está circunscrito sobre todo a determinar si existe amenaza cierta e inminente o si se ha cometido vulneración del derecho fundamental.

En ese sentido, quien alegue la afectación de un derecho fundamental protegido por el amparo está habilitado para promover el proceso constitucional, solicitar que se emplace a quien considere el agresor del derecho o quien lo amenaza, ofrecer las pruebas de la agresión y solicitar al juez que, por mandato judicial, ordene restituir el pleno goce del mismo o el cese de la amenaza. Sin embargo, la tutela de urgencia[6] que informa al amparo y que lo convierte (o debería convertirlo) en un proceso breve y expeditivo, no implica que este carezca completamente de las etapas del proceso que reconoce la doctrina clásica del Derecho Procesal. Es decir, que carezca de las etapas postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y de ejecución. De modo tal, el esquema clásico de los procesos es aplicable también a los procesos constitucionales con matices propios que los caracterizan, como se describe a continuación.

5 COUTURE, Eduardo. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1985, pp. 121 y 122.

6 En relación al amparo y la tutela de urgencia que lo caracteriza, el profesor Omar Cairo Roldán ha señalado al respecto: "El proceso de Amparo es una expresión de la Tutela de Urgencia Satisfactiva, pues su objetivo es proteger derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser suprimidos con suma rapidez." CAIRO ROLDAN, Omar. "La tutela de urgencia y el proceso de amparo". En: Themis Nº 43. Lima, 2001, p. 122.

II.1 Etapa postulatoria

Como sabemos, el amparo tiene una etapa postulatoria en la que, al ejercer su derecho de acción, los justiciables formulan sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional, destinadas al restablecimiento de un derecho constitucional protegido por tal proceso o al cese de su amenaza. En esta etapa se establece también la relación jurídica procesal, que implica un sometimiento de las partes a una autoridad jurisdiccional con potestades coercitivas, como una forma de materialización de la heterocomposición que orienta a las sociedades modernas[7], y abarca, por ende, hasta el saneamiento del proceso; situación jurídica en la que se despeja toda duda acerca de las partes que integran la relación, no existiendo vicios, errores u otros defectos que pudieran afectarla.

Dentro de esta etapa están comprendidos, por ejemplo, los presupuestos procesales para la procedencia de la demanda de amparo y sus requisitos de admisibilidad, el juez competente, el plazo y los requisitos de la contestación de demanda, las excepciones y defensas previas, entre otros actos procesales. Y son aplicables, por consiguiente, los siguientes artículos del Código Procesal Constitucional: el artículo 2, sobre supuestos de procedencia de los procesos constitucionales; el artículo 3, sobre procedencia frente a actos basados en normas; el artículo 4, sobre procedencia respecto de resoluciones judiciales; el artículo 5, sobre causales de improcedencia; el artículo 7, sobre representación procesal del Estado; el artículo 10, sobre excepciones y defensas previas; el artículo 12, sobre turnos de los jueces; el artículo 23, sobre procedencia durante regímenes de excepción; el artículo 37, sobre derechos protegidos por el amparo; el artículo 38, sobre derechos no protegidos por el amparo; el artículo 39, sobre legitimación procesal; el artículo 40, sobre representación procesal; el artículo 41, sobre procuración oficiosa; el artículo 42, sobre requisitos de la demanda; el artículo 43, sobre acumulación subjetiva; el artículo 44, sobre

7 La heterocomposición es un concepto perteneciente al Derecho Procesal que hace referencia a la voluntad de los individuos de someter su controversia ante un órgano al que han provisto de potestad jurisdiccional y coercitiva. Por contraposición, otras formas de terminar los conflictos son la autotutela y la autocomposición. En la primera, llamada también autodefensa, se impone la decisión propia en perjuicio de un interés ajeno, muchas veces de forma violenta. En la segunda, uno de los individuos renuncia voluntariamente a la pretensión propia o se somete y acepta la pretensión ajena.

plazo de interposición de la demanda; el artículo 46, sobre excepciones al agotamiento de las vías previas; el artículo 47, sobre improcedencia liminar de la demanda; el artículo 48, sobre inadmisibilidad de la demanda; el artículo 49, sobre reconvención, abandono y desistimiento; el artículo 50, sobre acumulación de procesos; el artículo 51, sobre juez competente; el artículo 52, sobre impedimentos del juez; el artículo 54, sobre intervención litisconsorcial; y el artículo 53, sobre tramitación del proceso.[8]

Después de la etapa postulatoria sigue la etapa probatoria del proceso de amparo, cuya existencia en los procesos como el amparo ha sido cuestionada.

II.2 Etapa probatoria

En la etapa probatoria, las partes tienen la oportunidad de acreditar sus alegaciones mediante los medios de prueba que al efecto ofrezcan. En esta, se concentra la actividad probatoria, destinada a causar convicción en quien administra justicia respecto de los hechos que han sido descritos en la etapa postulatoria, debiéndose acotar que, de acuerdo al artículo 9 del Código Procesal Constitucional, comprendido dentro del Título denominado "Disposiciones generales de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento", no existe etapa probatoria en los procesos constitucionales, siendo solo procedentes los medios probatorios que no requieren actuación.

Al respecto, es lógico pensar que, atendiendo a la tutela de urgencia que lo caracteriza, no exista en el amparo una audiencia de pruebas a la manera de los procesos civiles, en la que se actúan, por ejemplo, peritajes, declaraciones de parte, de testigos o se exhiban documentos. En el amparo, la mayoría de pruebas son documentales y estas deben ser acompañadas principalmente a los escritos de demanda y de contestación. No obstante, el mismo artículo 9 citado dispone que la ausencia de etapa probatoria en estos procesos "...no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.".[9]

8 En particular, la parte que regula la admisión de la demanda, el plazo de contestación, el traslado de las excepciones, defensas previas y pedidos de nulidad del auto admisorio, así como el auto de saneamiento procesal.

9 Cabe mencionar que el artículo 21 del Código Procesal Constitucional permite la incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso, que ocurrie-

Y, en concordancia con este dispositivo, el artículo 53, ubicado dentro del capítulo referido específicamente al amparo, agrega que el juez realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes e, inclusive, puede citar a estas y a sus abogados a audiencia única para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.

En tal sentido, de una interpretación sistemática de los dispositivos aludidos, se infiere que no es completamente cierto que el amparo carezca de etapa probatoria como tan rotundamente prescribe la primera parte del artículo 9 del Código Procesal Constitucional. Pareciera más bien que la etapa probatoria de este proceso está muy restringida y dispersa. Ciertamente no está concentrada y se limita al ofrecimiento y valoración de medios de prueba instrumentales[10] y, excepcionalmente, a aquellas actuaciones que el juez considere indispensables para esclarecer si se ha violado o no un derecho fundamental o si la amenaza contra este es cierta e inminente.[11] Pero ello no implica que haya una total ausencia de esta etapa, que es fundamental para cualquier proceso.

Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, que, en relación a la falta de estación probatoria, ha señalado lo siguiente "...respecto a la falta de estación probatoria del proceso de amparo (...) resulta imperativo para este Colegiado poner de manifiesto el aparente error cometido en la interpretación y aplicación del artículo 9. Y es que si bien la citada disposición prescribe literalmente que no existe etapa probatoria en los procesos constitucionales, ello no implica que no puedan aceptarse demandas en las que se adjunten medios probatorios de actuación inmediata."[12] Es más,

---

ron con posterioridad a la interposición de la demanda, los que pueden ser admitidos siempre que no requieran actuación.

10 Debe precisarse que las pruebas instrumentales no se agotan en copias documentales, pues es costumbre de los jueces constitucionales, aceptar soportes informáticos que contengan, por ejemplo, documentos escaneados, audios o videos.

11 Ello es así, porque en el amparo la prueba tiene por objeto únicamente acreditar las afectaciones producidas en el derecho fundamental, pues como lo sostiene el Tribunal Constitucional: "...en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable." Cfr. STC 4762-2007-AA/TC.

12 Cfr. RTC 3042-2011-PA/TC.

en tal resolución el supremo intérprete de la Constitución ha impuesto la obligación a jueces constitucionales de fundamentar el porqué la demanda de amparo debe ser rechazada por falta de estación probatoria. A saber, ha dicho el Colegiado: "No basta con indicar que resulta aplicable el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, sino que es necesario precisar porqué los hechos de la demanda merecen de una etapa probatoria más lata." [13]

En suma, la tutela de urgencia que caracteriza a los procesos constitucionales, restringe su etapa probatoria, pero no la suprime completamente, pues no es comprensible la existencia de un proceso, sea el que fuere, en el que no se valoren pruebas para resolver. En ese orden, la interpretación del artículo 9° del Código Procesal Constitucional ha sido flexibilizada, en el sentido de entender que hay ausencia de audiencia de pruebas y de ofrecimiento de medios de prueba que requieran actuación, salvo disposición contraria del juez, mas no así una carencia total de etapa probatoria, indispensable para la siguiente etapa procesal.

II.3 Etapa decisoria

En la etapa decisoria subsiguiente, se resuelve la controversia por medio de la sentencia. Específicamente en el amparo, se define en esta si hay o no afectación o amenaza cierta del derecho fundamental y, dependiendo de esto, estimará o no las pretensiones contenidas en la demanda. A este respecto, el artículo 6 del Código Procesal Constitucional nos señala que en los procesos constitucionales solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión que se pronuncie sobre el fondo [14]. Se realiza tal precisión en atención a que existen otras formas de conclusión del proceso sin que, en puridad, haya un pronunciamiento de fondo, tales como el

13 Cfr. RTC 3042-2011-PA/TC.

14 Cabe precisar, que el Tribunal Constitucional ha diferenciado en la STC 006-2006-CC/TC la cosa juzgada de la cosa juzgada constitucional al señalar que "...lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139°, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente."

desistimiento, el rechazo liminar mediante auto por alguna de las causales de improcedencia, o, por ejemplo, la sentencia que declara improcedente la demanda en aplicación de alguna de las causales de improcedencia previstas normativa o jurisprudencialmente.[15]

Esta etapa, entonces, es una de las más importantes del proceso de amparo, por cuando, luego de conocer las alegaciones de las partes, evaluar las pruebas ofrecidas por estas y formarse convicción sobre la causa, el juez constitucional emite su decisión a través de la sentencia constitucional, como un acto jurídico axiológico que, por ser tal, concretiza y reafirma los valores supremos protegidos en un Estado Constitucional, y que trasciende a la mera resolución del caso en concreto. Esto es, al interés particular de las partes en litigio, ya que, no lo olvidemos, el proceso constitucional tiene también una dimensión objetiva que "...determina que para resolver se hace necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula el derecho o categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales."[16]

En relación a los aspectos formales de la sentencia el artículo 17 del Código Procesal Constitucional señala que esta deberá contener, según sea el caso, la identificación del demandante; la identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; la determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la

15 En relación a este tema, debe mencionarse que mediante el precedente Vásquez Romero, contenido en la STC 987-2014-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha creado la figura de la sentencia interlocutoria denegatoria, que permite declarar "improcedente el recurso de agravio constitucional" cuando advierte que se cumplen las siguientes causales: 1) cuando la vulneración que se invoque carezca de fundamentación; 2) la cuestión de derecho contenida en el recurso de agravio constitucional no sea de especial trascendencia constitucional; 3) la cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; y 4) se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

16 STC 023-2005-PI/TC.

obligación incumplida; la fundamentación que conduce a la decisión adoptada; y la decisión adoptada, señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto. Este artículo debe concordarse con el artículo 55 del mismo código procesal, comprendido en el capítulo que regula el amparo, que al establecer el contenido de la sentencia fundada dispone que esta contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: 1) identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado; 2) declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; 3) restitución o restablecimiento del agravio en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación; 4) orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia; y 5) los demás efectos de la sentencia para el caso concreto[17].

No debemos olvidar el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que regula los supuestos de irreparabilidad del daño o el cese de la agresión o amenaza con posterioridad a la interposición de la demanda, el cual establece que el juez, atendiendo al agravio producido (es decir, no en todos los casos), declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda y que, si procediere de modo contrario, se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, aquí cabe puntualizar que, la doctrina procesal mayoritaria, en función al contenido de su parte dispositiva, divide a las sentencias en declarativas, constitutivas y de condena, entendiendo por las primeras, aquellas que declaran un derecho o una situación jurídica preexistente a la sentencia; por las segundas, aquellas que constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o situación; y, por las terceras, aquellas que ordenan compulsivamente la realización de determinados

17 Asimismo, el artículo 56 que nos ocupa establece que si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuese desestimado por el juez, este podrá condenar al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. Añade este artículo que en los procesos constitucionales el Estado solo puede ser condenado al pago de costos.

actos establecidos en el proceso, tras verificarse la transgresión del orden legal y constitucional.[18]

De tal modo, *a priori* podría pensarse que las sentencias constitucionales que se emiten en los procesos que cautelan los derechos fundamentales como el amparo, son en esencia sentencias de condena que, ante la comprobación de la amenaza cierta e inminente o la violación de un derecho fundamental, ordenan el cumplimiento de uno o varios mandatos concretos dispuestos para el cese de la amenaza o el reparo de la agresión. No obstante, compartimos la posición de los doctores García Belaunde y Eto Cruz, en el sentido que las sentencias constitucionales dictadas en estos procesos no solo son de condena, pues "...existe todo un mar de fondo en esta compleja problemática, por cuanto el juez constitucional no sólo 'ejecuta' los mandatos de la Constitución referidos a los derecho fundamentales, sino que esta tarea es, a menudo, una ardua actividad de valoración interpretativa, de ponderaciones, en síntesis de 'creación' y por tanto, en algún sentido, se trata de sentencias constitutivas."[19]

En efecto, en los procesos constitucionales de la libertad es labor del juez constitucional desentrañar el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional invocado, para lo cual debe realizar una tarea hermenéutica y creativa en orden a la resolución del caso en concreto. Tal

18 Cfr. STC 4119-2005-PA/TC. Sentencia referida en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ETO CRUZ, Gerardo. "Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú". En AAVV. "La sentencia constitucional en el Perú." Editorial Adrus. Arequipa. 2010, p. 48.

19 GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ETO CRUZ, Gerardo. "Efectos de las sentencias constitucionales dictadas en el Perú". Loc. Cit. Los autores se apoyan en la STC 4119-2005-PA/TC. En el mismo sentido de considerar a las sentencias dictadas en estos procesos no únicamente como de condena, Pedro Grandez señala: "...la consideración preliminar en sentido de identificar las sentencia de tutela de derecho fundamentales como sentencias de 'condena', ello sólo anuncia los problemas que se presentan respecto de la caracterización de las sentencias constitucionales y su ejecución. (...) las sentencias del Tribunal Constitucional no son solo retóricas o argumentativas en torno a la Constitución o a la ley, sino también constituyen en buena parte, actos de auténtico poder jurisdiccional. Las sentencias constitucionales son de este modo, piezas del derecho y de los derechos, que a partir de los casos concretos permiten el desarrollo de los derechos frente a situaciones muchas veces no previstas en el propio ordenamiento constitucional." GRANDEZ CASTRO, Pedro. "La ejecución de la sentencia constitucional". En AAVV. "La sentencia constitucional en el Perú." Op. Cit. pp. 94 y 95.

labor interpretativa y creadora es consustancial a la aplicación de la justicia constitucional, al punto que si no se realiza no sería posible resolver la controversia. Los jueces constitucionales, entonces, efectúan una toma de posición en las causas específicas, a los efectos de determinar, a la luz de las pruebas presentadas y de la interpretación de la Constitución y de las leyes, si se ha afectado el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional que invoca el justiciable. Como bien señala Robert Alexy, citado por Pedro Grandez, "Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación"[20], por lo que clasificar a las sentencias constitucionales dictadas en los procesos constitucionales de la libertad, como meras sentencias de condena, resulta de suyo insuficiente.

De otro lado, interesa destacar que el articulado del Código Procesal Constitucional otorga al juez constitucional un amplio margen de decisión que responde a los casos puntuales, de modo tal que así pueda ordenar aquello que sea necesario para reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, ordenar el cese de la amenaza o disponer que no se vuelva a incurrir en los mismos actos que motivaron la interposición de la demanda. Con este fin, puede declarar la nulidad de la decisión, del acto o de la resolución que afecta el derecho fundamental; restituir o restablecer el pleno goce del derecho constitucional vulnerado; definir de forma precisa la conducta que debe cumplir el emplazado con el fin de hacer efectiva la sentencia; o, establecer los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Todo se resume, como apunta el segundo párrafo del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, a uno o más mandatos concretos de dar, hacer o no hacer que debe cumplir el emplazado -obligado una vez vencido en el proceso-, con el fin de corregir el agravio producido a uno o más derechos protegidos por el amparo, lo que se materializa, por ejemplo, en la nulidad de la resolución judicial dictada al interior de un proceso ordinario que afectó el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y la orden de emitir una nueva resolución en armonía con tal derecho; en dejar sin efecto un acto administrativo que denegó la pensión al administrado y ordenar al organismo pensionario para que emita un

20 ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático." En Neoconstitucionalismo (s). Traducción de Alfonso García Figueroa. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2003. Citado en GRANDEZ CASTRO, Pedro. Op. Cit. p. 95.

nuevo acto sin afectar tal derecho; en ordenar el pleno goce del derecho de propiedad de aquel que ha sido despojado indebidamente de ella; en ordenar la restitución de aquel que ha sido despedido arbitrariamente de una empresa; entre otros.

La decisión del juez constitucional responde a lo pretendido, pero también a las características del caso en particular, pues como bien afirma Ignacio Burgoa en su obra clásica sobre el juicio de amparo, "...el alcance de la protección (...) impartida al quejoso en una sentencia de amparo se demarca o delimita por las consideraciones que el órgano de control formule en la propia resolución constitucional, éstas, a su vez, deben adecuarse a los conceptos de violación expuestos por el agraviado en su demanda de garantías. (...) el órgano de control, por un acto propio de voluntad, se solidariza con la ponderación de inconstitucionalidad sustentada por el quejoso sobre el acto o los actos reclamados, lo que origina la invalidación de los mismos y de sus consecuencias jurídicas o fácticas."[21] Solidarizarse en los términos expresados conlleva a una adecuación del juez constitucional de lo expuesto por el accionante en la demanda de amparo, pues es finalmente este y no aquel el que conoce el Derecho y, por tanto, el andamiaje normativo y jurisprudencial que le otorga el ordenamiento jurídico para brindar una mejor y mayor tutela del derecho fundamental afectado o amenazado.

II.4 Etapa impugnatoria

En esta etapa los justiciables pueden interponer los recursos respectivos que, debidamente presentados, habilitan el pronunciamiento del superior jerárquico. Como es bien sabido, en el amparo, contra la sentencia o auto que pone fin a la primera instancia procede el recurso de apelación previsto en el artículo 57 del Código Procesal Constitucional. Asimismo, contra la resolución denegatoria de segunda instancia, procede el recurso de agravio constitucional contemplado en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo. Cabe acotar, que ante la negativa de concederse el recurso respectivo, procede el recurso de queja directamente ante el superior en grado.

21 BURGOA, Ignacio. "El juicio de amparo". Vigésimo Tercera Edición. Editorial Porrúa. México, 1983, p. 554.

II.5 Etapa de ejecución

En esta etapa se da como consecuencia lógica la ejecución de lo resuelto en la sentencia. Se busca el cumplimiento de lo decidido en procura de restablecer el goce del derecho constitucional vulnerado o el cese de la amenaza, para lo cual son necesarios la intervención judicial y los apremios de ley dada la usual renuencia de cumplir con el o los mandatos concretos dispuestos. De no existir esta etapa, lo más seguro es que la sentencia del amparo solo sea un cúmulo de buenas intenciones sin eficacia alguna, lo que serviría de poco o nada. De ahí que resulta vital importancia para un Estado Constitucional el real, cabal y oportuno cumplimiento de lo resuelto, pues en este se busca la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Lo curioso es que usualmente en las clases universitarias se hable mucho del trámite del proceso constitucional hasta la expedición de la sentencia final y se toque muy poco lo que sucede luego, a pesar de que podemos afirmar, con total propiedad, que el proceso no culmina con la expedición de la sentencia sino que continúa hasta el efectivo cumplimiento de lo decidido y el expediente solo será (o solo debería ser) archivado cuando se hayan cumplido todos los mandatos que la sentencia contiene. Ocurren muchas cosas en la etapa de ejecución, la que, valgan verdades, tarda en tramitarse en muchos casos más de lo que tarda el proceso hasta la expedición de la sentencia final. Se presentan en esta no pocos problemas en relación al cumplimiento de lo resuelto, los que son tratados a continuación.

III. Los problemas de la etapa de ejecución

Por mandato del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, la sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de ejecución[22]. Tal sentencia

22 Con cargo a profundizar, el artículo 22 del Código Procesal Constitucional también señala que "La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata", de lo que se desprende que no tiene que esperarse que se resuelva la apelación, menos aún el recurso de agravio constitucional, para que se ejecute lo resuelto mediante sentencia estimatoria de primera instancia. Sin embargo, sucede pocas veces en los hechos, por cuanto los jueces prefieren esperar que la decisión se torne definitiva para recién ejecutarla, lo que desnaturaliza completamente el mandato legal y mantiene al litigante en una situación de desamparo. En otros términos, existe la actuación inmediata

puede contener, entonces, la orden de realización de una prestación de dar, hacer o no hacer, lo que no impide que, atendiendo a las peculiaridades del caso en concreto y en orden a la necesidad de tutelar de mejor forma el derecho vulnerado (lo que no necesariamente se condice con lo exactamente pretendido), se puedan disponer varias prestaciones a la vez. Así, alcanzar una tutela procesal real y efectiva importa verificar el estricto cumplimiento de lo ordenado en la sentencia. De todos y cada uno de los mandatos concretos que esta contenga.

Sin embargo, esta etapa presenta no pocos problemas, originados, en su mayor parte, por una actitud obstruccionista de la parte obligada y/o una falta de claridad y precisión de lo ordenado en la sentencia, que precipita el incumplimiento de lo dispuesto. Para nadie es un secreto que, en el terreno de lo fáctico, la tramitación de los procesos de amparo demora mucho más de lo previsto legalmente y esto se debe también en gran medida a la abrumadora sobrecarga de expedientes que soportan las entidades encargadas de impartir justicia constitucional, que redunda en una desatención de las causas constitucionales.

Las causas son diversas, pero, entre otras, podríamos identificar las siguientes:

III.1 La falta de claridad de la sentencia constitucional firme.

Desde la dación del Código Procesal Constitucional, como una de las normativas más innovadoras en materia de Derecho Procesal Constitucional a nivel latinoamericano, se pensó que los jueces constitucionales contarían con mayores y mejores herramientas para el cumplimiento de las sentencias constitucionales. Y así fue: el Código Procesal Constitucional

---

de la sentencia (o ejecución provisional, como la llaman algunos autores), pero no se aplica como debiera. De esta problemática se ha encargado la STC 0609-2009-PA/TC, además de varios autores, entre otros, los siguientes: ETO CRUZ, Gerardo. ¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano? En: AAVV. "La sentencia constitucional en el Perú." Editorial Adrus. Arequipa. 2010, pp. 153-184. CANALES CAMA, Carolina. "Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional" En: AAVV. "La sentencia constitucional en el Perú." Editorial Adrus. Arequipa. 2010, pp. 123-151. ROJAS BERNAL, José Miguel. "Actuación inmediata de la sentencia en el proceso de amparo: fundamento, objetivos y presupuestos procesales". En: AAVV. "La sentencia constitucional en el Perú." Editorial Adrus. Arequipa. 2010, pp. 185-208.

regula en sus artículos 22 y 59 diversos "mecanismos de presión" para el cumplimiento efectivo de las sentencias dictadas en los procesos que protegen los derechos fundamentales.

A pesar de esto, se observa que en no pocas ocasiones tales mecanismos no son utilizados de una forma debida por parte de los jueces en la etapa de ejecución, debido a la falta de falta de claridad de la sentencia de fondo emitida en última instancia, que provoca incertidumbre acerca del o de los mandatos concretos dispuestos, y que ocasionan que, en etapa de ejecución, se genere una nueva controversia entre las partes, relativa a determinar hasta donde alcanzan o qué comprenden las obligaciones que debe cumplir la parte vencida del proceso, la que, como es lógico, tratará siempre de cumplir con el mandato lo menos posible.

La falta de claridad de la sentencia ocasiona que el juez de ejecución no utilice, *prima facie*, los apremios que le brinda el Código Procesal Constitucional hasta que no se determine a ciencia cierta qué comprenden y qué no los mandatos del pronunciamiento definitivo, lo que conlleva a una dilación de la etapa de ejecución, pues hasta que no se realice tal determinación no se puede cumplir la sentencia en sus propios términos.

En los amparos pensionarios, por ejemplo, es común que la sentencia estimatoria definitiva ordene en su parte resolutiva el pago de la pensión, de las pensiones devengadas y de los intereses respectivos, pero que no establezca desde cuándo deben ser pagados tales devengados ni en función a que tasa deben ser abonados los intereses, lo que obliga al juez de ejecución a solicitar peritajes judiciales, que usualmente son objeto de observación por parte de los litigantes. Esto, como es lógico, retarda el cumplimiento de lo decidido, más aún cuando la resolución que aprueba la liquidación es apelada por la parte que se siente perjudicada y debe esperarse el pronunciamiento de la instancia superior.

Ejemplos de casos en los que ha habido controversia en la etapa de ejecución, relacionados a la fecha pago de los devengados y/o la forma de pago de los intereses, pueden observarse, entre otras, en las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional: RTC 1398-2011-PA/TC, RTC 1762-2011-PA/TC, entre muchas otras.

Se trata, entonces, de ser claros en relación con lo ordenado en la sentencia y, en todo caso, de que sea el propio juez de ejecución quien resuelva la falta de claridad utilizando su sentido común y buen criterio.

Y, en caso, impugnen sus decisiones, de priorizar el incidente a efectos de continuar en el plazo más breve con la ejecución de lo decidido.

III.2 La falta de especialización de los jueces de ejecución.

La falta de especialización, conocimiento de los jueces de los mecanismos de presión previstos en el Código Procesal Constitucional para el cumplimiento de la sentencia constitucional, ocasiona también la demora en el cumplimiento de la sentencia.

De acuerdo al artículo 51 del Código Procesal Constitucional es competente para conocer el proceso de amparo, de *habeas data* y de cumplimiento el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. Es decir, son jueces civiles o mixtos aquellos a los que el citado código les otorga la competencia primigenia para conocer este tipo de procesos. No así expertos en la materia constitucional o procesal constitucional, que cuenten con estudios especializados y que, por tanto, tengan cabal conocimiento de las características, los principios y postulados propios que informan los procesos constitucionales, que son distintos a los de los procesos ordinarios que conocen día a día. De tal modo, estos jueces están muy acostumbrados a utilizar el Código Procesal Civil, como cuerpo normativo aplicable en la mayoría de procesos que conocen, y muy poco habituados a utilizar el Código Procesal Constitucional, como texto que rige a los procesos constitucionales. Evidentemente, con excepciones.

Si bien el Poder Judicial creó juzgados constitucionales en el año 2009, a fin de conocer en primera instancia los procesos constitucionales de la libertad, la creación de tales órganos no ha estado exenta de críticas debido a las razones utilizadas para seleccionar a los jueces que los integran, pues se aduce que no hubo concurso de méritos ni se convocó a los profesionales más destacados sobre la materia.

Así las cosas, si no contamos con profesionales especializados en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal Constitucional, es dable que la etapa de ejecución de los procesos constitucionales tarde más de lo debido, pues, o no utilizan las herramientas establecidas para el cumplimiento de la sentencia, o consideran erróneamente que la sentencia ya ha sido cumplida a cabalidad y archivan el proceso, por lo que es necesario que los órganos encargados de seleccionar los jueces pongan más

atención a este problema, tanto en el plano de la elección de los futuros jueces constitucionales como en el plano de la permanente capacitación de aquellos que ya se encuentran en la magistratura constitucional. Para tal fin, consideramos que deben establecerse mayores exigencias legales que permitan brindar finalmente una mejor justicia constitucional, en armonía con la postura humanista que inspira a nuestra Carta Constitucional.

III.3 La excesiva carga procesal y la "cultura del litigio" en el Perú

El activismo del Tribunal Constitucional provocó que abogados y justiciables vieran con buenos ojos la interposición de demandas de amparo para la protección de sus derechos. Veían en el amparo un proceso rápido y expeditivo, que contaba y cuenta incluso con tres instancias a las cuales recurrir para la satisfacción de sus pretensiones. Vale decir, un proceso que les otorgaba más opciones de ganar.

Esto trajo consigo un fenómeno de "amparización" de las causas que no necesariamente debían ser ventiladas ante la jurisdicción constitucional, pues no respondían a una tutela de urgencia satisfactiva o, simplemente, porque debido a la naturaleza de las pretensiones, correspondía que fueran conocidas por la justicia ordinaria. La sobreabundancia de amparos, que algunos autores calificaban como "amparitis" en el sistema judicial peruano, provocó más lentitud en la resolución de causas y que se desatendieran casos que sí requerían de una tutela urgente. Es decir, casos en los que realmente se había violado el derecho.

Este fenómeno, que más que jurídico es de tipo sociológico, afecta también la etapa de ejecución del amparo, toda vez que debido a la excesiva carga procesal, no se priorizan como debieran los casos que ya cuentan con una sentencia estimatoria firme. Pasan semanas y hasta meses para que el juez de ejecución requiera resolutivamente el cumplimiento de la sentencia, además de muchas otras atingencias procesales, causadas por litigantes, que retardan su cumplimiento.

A esto hay que sumarle que existe una "cultura de litigio" muy asentada en el Perú. En efecto, es frecuente que en nuestro país, ante el problema que surja entre las personas se digan entre ellas "¡Te voy a hacer juicio!" o "¡Voy a meterte juicio!"; expresiones comunes pero poco exactas jurídicamente hablando, que hacen alusión a la voluntad de realizar los

actos conducentes a judicializar su controversia. Muchas veces mediante el amparo.

La "cultura del litigio" se ve reflejada no solo en el desborde de causas constitucionales sino en la poca predisposición del litigante vencido en el proceso para acatar los mandatos de la sentencia. En efecto, es frecuente que ante el primer requerimiento presente un escrito poniendo reparos al mandato. También es común que formulé observaciones a los informes periciales que se dispongan y que impugne en etapa de ejecución las resoluciones que no le favorecen. Todo ello en perjuicio del cumplimiento pleno y oportuno de la sentencia.

Los problemas descritos ocasionan lo siguiente:

- Un incumplimiento del mandato o de los mandatos concretos contenidos en la sentencia, que se da en los casos en que hay una total renuencia del obligado en cumplir con todos y cada uno de los mandatos concretos dispuestos por la sentencia, que refleja una actitud rebelde que es contraria a la buena fe procesal y que, por tanto, afecta el derecho a la tutela procesal efectiva de la parte que ha vencido. En estos casos, la parte vencida demuestra una actitud a todas luces dilatoria, que provoca un permanente estado de insatisfacción de las pretensiones del accionante.
- Un cumplimiento defectuoso o aparente del mandato o de los mandatos, que se da en los casos en que existe un supuesto cumplimiento del mandato o de los mandatos concretos, como cuando se ordena la expedición de una nueva resolución en un amparo contra resolución judicial y tal resolución contiene los mismos vicios de motivación que determinaron su nulidad.
- Un cumplimiento parcial del mandato o de los mandatos, que se da en los casos en que no todos los mandatos concretos han sido satisfechos por la parte obligada. Ocurre, por ejemplo, cuando se ha cumplido con el mandato de emitir una resolución administrativa que otorgue el derecho a la pensión pero no se ha cumplido con la condena en costas y costos.
- Una desnaturalización de la sentencia, que se produce cuando el juez de ejecución tiene por cumplida la sentencia y ordena el archivamiento del expediente. Sin embargo, los actos realizados

por la parte vencida "en cumplimiento de la sentencia" distan de lo ordenado por la propia sentencia. Es decir, el juez acepta un cumplimiento por otro, desnaturalizando completamente lo decidido.

Estimamos que para determinar en qué supuesto estamos lo que importa es verificar el fiel cumplimiento de todos y cada uno de los mandatos concretos contenidos en la sentencia, para lo cual, como es lógico, debe realizarse un cotejo entre lo ordenado y lo cumplido por el emplazado. Cuando hay claridad en los mandatos contenidos en la sentencia, importa realizar un test que Berly López llama "test de verificación del cumplimiento de la sentencia constitucional"[23], en virtud al cual "...se deberá verificar la coincidencia material entre lo ordenado en la sentencia y la conducta cumplida por la parte vencida en el proceso constitucional."[24]De tal manera, solo comparando lo ordenado y lo cumplido es posible determinar si se ha cumplido totalmente lo decidido.

Distinto es el caso de la falta de claridad de la sentencia. En este supuesto que, atendiendo a que los procesos constitucionales deben adecuarse a sus propios fines, lo que implica que en función al principio de elasticidad se puedan moldear las normas procesales constitucionales, pueda habilitarse jurisprudencialmente un mecanismo de consulta, mediante el cual el juez de ejecución del amparo solicite al superior que dictó la sentencia firme, sea Sala del Poder Judicial o Tribunal Constitucional, que le aclare algunos puntos de su parte resolutiva para así contar con mejores herramientas a fin de lograr el cumplimiento de su sentencia.

Estas son algunas sentencias que realzan la figura de la ejecución o postura de las sentencias.

IV. Lo avanzado por el Tribunal Constitucional: el derecho a la ejecución de la sentencia como parte indispensable de la tutela procesal efectiva

Reconociendo los problemas suscitados en la etapa de ejecución del proceso de amparo, el Tribunal Constitucional, asumiendo el reto de la

23 LOPEZ FLORES, Berly Javier. "Ejecución de sentencias constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de agravio constitucional y del 'amparo contra amparo'". En: Gaceta Constitucional Nº 43. Gaceta Jurídica. Lima. 2011, p. 111.

24 Ibíd. p. 112.

sentencia constitucional se cumpla efectivamente, ha creado mecanismos jurisprudenciales de solución de estos problemas. Para llegar a estos ha reconocido, en primer orden, el lugar que ocupa el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales, como uno de los más importantes dentro de los que comprende la tutela procesal efectiva.

Dicho órgano colegiado, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución y de la Ley, ha considerado al derecho a la ejecución de resoluciones como una concreción de la tutela procesal efectiva.

Así, en su STC 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC (acumulados), ha dejado establecido que:

> *"...el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal. Este derecho garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido."*

En la misma línea, ha precisado en varias de sus sentencias el siguiente aforismo jurídico: "la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela", haciendo denotar la íntima relación existente entre tutela y ejecución al señalar que:

> *"...el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución"*[25]

Ponderando la actuación del juez constitucional en la etapa de ejecución, ha señalado también que:

> *"...la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el estado de derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas*

25 STC 4119-2005-AA/TC

acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos"[26].

V. La ejecución de la sentencia en el amparo: los mecanismos previstos para el cumplimiento de la sentencia constitucional.

En relación con la fase de ejecución debe señalarse como premisa, que hay normas claras que regulan la ejecución de la sentencia en el proceso de amparo y otras figuras que han sido creadas jurisprudencialmente con tal propósito. De tal forma, el presente capítulo debe ser dividido en dos subcapítulos. Uno referido a los mecanismos contemplados en el Código Procesal Constitucional para la ejecución de la sentencia en el amparo. El otro, relativo a las herramientas jurisprudenciales creadas por el Tribunal Constitucional para coadyuvar al cumplimiento pleno de la sentencia.

V.1 Los mecanismos contemplados en el Código Procesal Constitucional para la ejecución de la sentencia en el amparo

En cuanto a los mecanismos regulados para la ejecución de la sentencia dictada en el amparo, es de obligada revisión el artículo 59 del Código Procesal Constitucional, que debe ser tenida en cuenta por los operadores del Derecho y que a la letra preceptúa:

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancio-

26 STC 1042-2002-AA/TC

nar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo."

Conviene efectuar algunas precisiones sobre el dispositivo legal: el primer párrafo del artículo 59 del Código Procesal Constitucional señala que la sentencia de amparo que declara fundada la demanda debe ser cumplida en el plazo de dos días de notificada. Si la agresión proviene de una omisión el plazo puede duplicarse.

Si bien la norma es tributaria de la tutela de urgencia, a decir verdad, y como ya se ha adelantado, el mandato casi nunca es cumplido dentro de los plazos legales estipulados. La parte obligada espera usualmente que el expediente regrese a primera instancia y es finalmente ante el juez de ejecución que se inicia, por decirlo de alguna manera, una nueva controversia, centrada en determinar qué abarca y qué no el mandato o los mandatos concretos contenidos en la sentencia, o si estos han sido cumplidos plenamente o no por la parte vencida, introduciendo a la parte vencedora, en su búsqueda de la satisfacción total de lo amparado, a una nueva fase tediosa, extenuante y engorrosa.

La praxis demuestra que, dependiendo de lo pretendido, ante el juez de ejecución se realizan liquidaciones, observaciones, traslados, apelaciones, nulidades y un sinfín de actos procesales que retardan de forma contraproducente el cumplimiento de lo decidido, lo que reviste mayor

gravedad si tenemos en consideración que lo que finalmente está en el centro de la cuestión es uno o más derechos constitucionales comprobadamente vulnerados.

En teoría, y de tratarse el emplazado de un funcionario público, el segundo párrafo del artículo 59 señala que vencido el plazo de 2 o 4 días para el cumplimiento de la sentencia el juez de ejecución está habilitado para dirigirse al superior jerárquico y ordenar que este requiera al responsable que haga cumplir la sentencia, además de disponer la apertura del procedimiento administrativo disciplinario respectivo. En caso persista el incumplimiento, puede también disponer la apertura del procedimiento administrativo disciplinario contra el superior jerárquico y adoptar "todas las medidas para el cabal cumplimiento" del mandato. Estas medidas están previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, que debe concordarse con el artículo bajo comento y que otorga al juez de ejecución la posibilidad de hacer uso de multas fijas o acumulativas, e incluso disponer la destitución del responsable.

Por último, el segundo párrafo del artículo 59, señala que los apercibimientos no eliminan la responsabilidad penal de los responsables, lo que obliga a preguntarse ¿Qué delito comete el funcionario que incumple la sentencia? Podría pensarse que el de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 368 del Código Penal. Sin embargo, este delito se encuentra tipificado dentro del Capítulo I del Título XVIII de dicho cuerpo normativo, denominado "Delitos cometidos por particulares". Es decir, por privados y no por funcionarios públicos, por lo que resultaría aplicable el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, previsto en el artículo 377 del Código Penal, que, en su primer párrafo, dispone expresamente que: "El funcionario que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa."

El tercer párrafo del artículo 59 dispone que el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho. De esta manera, impone una obligación al juez de ejecución de mantener su competencia hasta restituir el pleno goce del derecho constitucional afectado. Es decir, el juez de ejecución mantiene la obligación de conocer el proceso hasta el cumplimiento total de la sentencia. La parte relativa a establecer "...los demás efectos del fallo" trae, en nuestra consideración, algunos problemas

producto de su imprecisión y falta de claridad, pues obliga a preguntarse si ¿El juez puede establecer efectos adicionales a la sentencia?

En resumen, el artículo 59 dota al juez de un abanico de medidas coercitivas destinadas al cumplimiento de la sentencia. A saber:

- Dirigirse al superior del responsable y requerirlo para que lo haga cumplir la sentencia.
- Disponer la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió.
- Disponer la apertura del procedimiento administrativo contra el superior del responsable.
- Imponer multas fijas.
- Imponer multas acumulativas.
- Destituir al responsable
- Formular denuncias al Ministerio Público para que, de considerarlo, formule denuncia penal contra el responsable.
- Establecer los demás efectos del fallo.
- Expedir sentencia ampliatoria.
- Conceder una ampliación de plazo en caso la sentencia contenga una prestación monetaria.

Lamentablemente, estos mecanismos, por los problemas descritos, muchas veces no logran su cometido. Toca afinar la normativa y cumplirla a cabalidad.

V.2 Los mecanismos creados jurisprudencialmente para el cumplimiento de la sentencia dictada en el amparo: el redimensionamiento de los recursos de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional, en avance significativo que bien podría ser plasmado normativamente, ha creado herramientas jurisprudenciales que tienen como base constitucional el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, el cual señala, entre otros aspectos, que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

Para corregir emitió las RRTC 168-2007, 201-2007-Q y la STC 00004-2009-PA/TC, que crearon recursos de agravios constitucionales denominados atípicos y excepcionales por contraposición al recurso de agravio típico regulado en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, que es el que procede contra el auto o sentencia que resuelve la causa en segunda instancia. A continuación, revisaremos brevemente dichos casos.

V.2.1 El recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del tribunal constitucional (RTC 168-2007-Q)

En el caso Banco Continental, resuelto mediante la STC 1020-2000-AC/TC, el Tribunal Constitucional dispuso expresamente en la parte resolutiva de tal sentencia: "*...ordena*(r) *al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado y al Ministerio de Economía que procedan a dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 2° del Decreto Supremo N.° 007-99-EF a favor del Banco Continental.*" Tal decreto estableció una obligación económica en favor del banco demandante.

En la etapa de ejecución de este proceso, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió la Resolución N° 3, de fecha 5 de octubre de 2006, que, al pronunciarse sobre el inicio del cómputo de los intereses, contradijo lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 3.f de su sentencia. Esto trajo como consecuencia que el Banco Continental interpusiera un recurso de agravio constitucional que, *prima facie*, fue denegado por las instancias inferiores sin embargo, al resolver mediante la RTC 168-2007-Q el recurso de queja interpuesto contra la denegatoria del recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional sostuvo, que si bien el artículo 19 del Código Procesal Constitucional, que regula el trámite del recurso de queja interpuesto contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional, establece de manera restrictiva el alcance de este medio impugnatorio "*... una interpretación literal de dicha disposición puede generar en el actual contexto de desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales que corresponden a la etapa de ejecución de sentencia, y que en última instancia, debe tutelar el Tribunal Constitucional...*"[27], reconociendo que "*(...) el problema de la ejecución no sólo comporta un debate doctrinal, sino también y sobre todo, un problema práctico;*

27 Cfr. RTC 168-2007-Q

esto es, la capacidad de este Tribunal para poder llevar al terreno de los hechos la decisión expuesta en términos concretos en su fallo."[28].

En la idea de dotar a la sentencia constitucional de nuevas herramientas que hagan efectivo su cumplimiento, en vista de su posición de primer orden entre los actos públicos, pues interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales[29], el Tribunal Constitucional reconoció que no podía "*...permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión...*"[30], y, en consecuencia, manifestó que resultaba oportuno realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional y reevaluar los criterios precedentes, a fin de optimizar la legislación sobre los procesos constitucionales y los fines que la informan. A partir de ello, tratándose de supuestos de incumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en los procesos de ejecución de sentencias, estableció, a modo de principios y con la calidad de jurisprudencia vinculante, las siguientes reglas[31]:

a) Procede el recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional, que tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional.

b) El Tribunal resolverá así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.

c) El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá al Tribunal Constitucional dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas

28 Ibidem.

29 Ibidem.

30 Ibidem.

31 Ibidem.

de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del Código Procesal Constitucional[32].

De este modo, atendiendo a la tutela de urgencia que caracteriza a los procesos constitucionales y en aras de restablecer el orden jurídico constitucional y de brindar a una justicia tuitiva, finalista, antiformalista y oportuna, el Tribunal Constitucional creó un recurso atípico, que procede ante el incumplimiento de lo resuelto por este Colegiado en última y definitiva instancia. En consecuencia, en etapa de ejecución, el justiciable que ha vencido en el amparo se encuentra habilitado jurisprudencialmente para volver al Tribunal Constitucional en caso que no se haya respetado en su cabal dimensión lo decidido por este, lo que ocurre en no pocas ocasiones.[33]

V.2.2 El recurso de agravio constitucional en favor de sentencias dictadas por el poder judicial (RTC 201-2007-Q)

En la RTC 201-2007-Q/TC, el Tribunal Constitucional, reconociendo que en la RTC 0168-2007-Q/TC, estableció nuevas reglas de interpretativas de carácter excepcional para la procedencia del RAC a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional, se preguntó *"...si el mismo razonamiento debe ser empleado ante los supuestos de ejecución defectuosa de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial, dictadas dentro de la tramitación de un proceso constitucional."*

Ante tal interrogante, concluyó que el no poder examinar la ejecución defectuosa de los fallos de segunda instancia podía producir *"...una nueva alteración del orden constitucional..."*, que era gravosa para el demandante, en su búsqueda de restitución de sus derechos vulnerados, por lo que se hacía necesaria una interpretación acorde con la protección de los derechos fundamentales, que garantice la correcta ejecución de las sentencias estimatorias recaídas dentro de los procesos constitucionales, expedidas por el Poder Judicial.

32 Cfr. RTC 168-2007-Q

33 Como dato cabe señalar que mediante RTC 2090-2008-AC/TC, en votación reñida de cuatro contra tres, se resolvió el recurso de agravio atípico en forma favorable al Banco Continental al considerar el Tribunal Constitucional que la Sexta Sala Civil había vulnerado y desvirtuado lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

En tal empeño, sostuvo lo siguiente:

"...sobre la base de lo desarrollado en la RTC 0168-2007-Q/TC, este Colegiado considera que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial."

A través de este nuevo RAC excepcional el Tribunal Constitucional valora el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias de segundo grado, disponiendo que los órganos jurisdiccionales respectivos admitan el recurso de agravio constitucional para el pronunciamiento final del Tribunal Constitucional. Ante la negativa, es procedente el recurso de queja previsto en el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

La presente causa fue finalmente resuelta mediante la RTC 02646-2009-PA/TC, de forma favorable a la parte demandante, pues el Tribunal Constitucional consideró que la sentencia constitucional no había sido ejecutada en sus propios términos por la parte emplazada. Este es otro mecanismo que el litigante debe conocer y que, por tanto, las autoridades competentes deben difundir.

V.2.3 El recurso de apelación por salto en favor de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 00004-2009-PA/TC)

En la STC 0004-2009-PA/TC, Caso Roberto Allcca Atachahua, el Tribunal Constitucional estableció nuevas precisiones en torno a los criterios desarrollados en la RTC 168-2007-Q/TC, creando el recurso de apelación por salto (o *per saltum*), que es una subespecie de RAC excepcional y atípico, que tiene la peculiaridad de habilitar directamente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional frente al incumplimiento, el incumplimiento defectuoso o parcial o la desnaturalización de la sentencia en fase de ejecución ante el juez de primera instancia, exonerando al litigante de la interposición del recurso de apelación.

En tal sentencia, el Tribunal advirtió que sus sentencias no venían siendo ejecutadas. En algunos casos, que cita en su pronunciamiento[34], habían transcurrido más de 3 años desde emitido el fallo sin que el mandato se haya cumplido, lo que ponía en evidencia que "*...que a nivel judicial la etapa de ejecución de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 01255-2003-AA/TC y otros se inició el 2 de diciembre de 2005 y concluyó el 23 de octubre 2009, es decir que duró más de 2 años y 9 meses, sin que haya sido posible que el mandato de la sentencia mencionada sea estrictamente cumplido en sus propios términos, pues finalmente el pedido de ejecución fue resuelto por este Tribunal.*"

Frente a este problema de dilaciones indebidas, señaló lo siguiente:

> "*La solución a los problemas de la falta de ejecución de sentencias constitucionales y al de su ejecución defectuosa o desnaturalización debe partir, a juicio de este Tribunal, por exonerar a las Salas Superiores del Poder Judicial de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de la sentencia de este Tribunal, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Ello se justifica en la optimización del derecho a la efectiva ejecución de lo resuelto, específicamente, por el Tribunal Constitucional, y porque el trámite en las salas superiores, en vez de contribuir con la realización efectiva del mandato de las sentencias de este Tribunal, genera dilaciones indebidas y resoluciones denegatorias que, en la mayoría de casos, terminan siendo controladas y corregidas por este Colegiado.*"

Por esta razón, teniendo presente los derechos fundamentales afectados por la inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional y atendiendo a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del CPConst., según el cual los órganos de justicia tienen el deber de adecuar la exigencia de las formalidades para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales, el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones del juez de ejecución sería conocido por el Tribunal Constitucional. En efecto, este recurso será conocido por salto, lo cual origina que la denominación propuesta en la RTC 00168-2007-Q/TC sea variada por la de "recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional". Igualmente, debe

34 Expedientes N°s 01255-2003-AA/TC, 04878-2008-PA/TC, 02579-2003-HD/TC y 02813-2007-PA/TC

precisarse que contra la resolución que deniega la concesión del recurso mencionado procede el recurso de queja previsto en el artículo 401° del Código Procesal Civil.

Finalmente, debe precisarse que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional no procede cuando:

a) El cumplimiento de la sentencia comporte un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos;

b) El mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y

c) Cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo. En estos casos el proceso de ejecución de la sentencia constitucional sigue su trámite en las dos instancias del Poder Judicial y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional previsto en la RTC 00168-2007-Q/TC, salvo en el supuesto b), *supra*.

Nótese que el camino recorrido por la justicia constitucional peruana ha sido largo pero positivo. Sin embargo, aún queda mucho por recorrer en procura de la vigencia efectiva de los derechos de la persona. En lo que toca al cumplimiento de las sentencias constitucionales dictadas en el proceso de amparo el camino seguido también ha sido bueno, tanto normativa como jurisprudencialmente, pero, como hemos advertido en las líneas que anteceden, existen todavía muchos problemas por solucionar al respecto. Este estudio preliminar de la problemática, trata de poner el tema a colación y no tiene otra intención que buscar que los mecanismos de tutela de urgencia de los derechos fundamentales, atiendan justamente esa urgencia y brinden tutela de forma cabal y oportuna, por el bien de la justicia constitucional peruana.

El reto está entonces en hacer que las sentencias constitucionales se cumplan oportunamente, para lo cual se propone clarificar los mandatos

contenidos en la sentencia constitucional, establecer mecanismos de consulta al órgano que expidió la sentencia final para que aclare su decisión, capacitar a los jueces en relación a los principios que informan a los procesos constitucionales y las herramientas previstas normativa y jurisprudencialmente para el cumplimiento de la decisión constitucional, eliminar el grave problema de la cultura del litigio que prepondera en nuestro país, regular normativamente los mecanismos creados jurisprudencialmente para el cumplimiento cabal de la sentencia constitucional y difundir el conocimiento de dichos mecanismos entre los litigantes. Estas propuestas preliminares tienen por finalidad promover el debate y el intercambio de ideas respecto de esta situación de incumplimiento, cumplimiento parcial o desnaturalización de las sentencias constitucionales, en aras de lograr que el Perú sea un verdadero Estado Constitucional en el que se garantice el pleno goce de los derechos fundamentales.

VI. CONCLUSIONES

- Debe reconocerse una problemática que no es nueva ni exclusiva de los procesos constitucionales, pero que también los afectan sobremanera: la referida al incumplimiento, al cumplimiento aparente o defectuoso, al cumplimiento parcial y a la desnaturalización de las sentencias en etapa de ejecución.

- El incumplimiento del mandato o de los mandatos concretos contenidos en la sentencia, se da en los casos en que hay una total renuencia del obligado en cumplir con todos y cada uno de los mandatos concretos dispuestos por la sentencia.

- El cumplimiento defectuoso o aparente del mandato o de los mandatos se da en los casos en que existe un supuesto cumplimiento del mandato o de los mandatos concretos, como cuando se ordena la expedición de una nueva resolución en un amparo contra resolución judicial y tal resolución contiene los mismos vicios de motivación que determinaron su nulidad.

- El cumplimiento parcial del mandato o de los mandatos se da en los casos en que no todos los mandatos concretos han sido satisfechos por la parte obligada. Ocurre, por ejemplo, cuando se ha cumplido con el mandato de emitir una resolución administrativa que otorgue

el derecho a la pensión pero no se ha cumplido con la condena en costas y costos.

- La desnaturalización de la sentencia se produce cuando el juez de ejecución tiene por cumplida la sentencia y ordena el archivamiento del expediente. Sin embargo, los actos realizados por la parte vencida "en cumplimiento de la sentencia" distan de lo ordenado por la propia sentencia. Es decir, el juez acepta un cumplimiento por otro, desnaturalizando completamente la sentencia.

- La Constitución Política de 1979 es una Carta paradigmática en lo que respecta al constitucionalismo peruano y que marcó el paso de un Estado Legal a un Estado Constitucional, pues contempló un paquete de procesos protectores de los valores persona humana y primacía normativa de la Constitución. Tal norma mantuvo el hábeas corpus y el proceso de acción popular, que venían de la Constitución de 1933, y reguló por primera vez el proceso de inconstitucionalidad, a cargo del entonces llamado Tribunal de Garantías Constitucionales.

- La Constitución de 1993, promulgada después del golpe de Estado del ex presidente Fujimori, que se encuentra actualmente vigente, mantuvo los procesos de *habeas corpus*, amparo, acción popular e inconstitucionalidad de la Carta de 1993, y agregó los procesos de *habeas data*, cumplimiento y competencial, creados para proteger los derechos de acceso a la información pública y autodeterminación informativa; para el cumplimiento de normas legales y actos administrativos; y para solucionar los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos constitucionales, respectivamente. De tal modo, su amplió el elenco de procesos constitucionales a siete, cada uno con su propia regulación infraconstitucional.

- El Código Procesal Constitucional regula en sus artículos 22 y 59 diversos "mecanismos de presión" para el cumplimiento efectivo de las sentencias dictadas en los procesos que protegen los derechos fundamentales. A pesar de esto, se observa que en no pocas ocasiones tales mecanismos no son utilizados de una forma debida por parte de los jueces en la etapa de ejecución, debido a la falta de falta de claridad de la sentencia de fondo emitida en última instancia, que provoca incertidumbre acerca del o de los mandatos concretos dispuestos, y que ocasionan que, en etapa de ejecución, se genere

una nueva controversia entre las partes, relativa a determinar hasta donde alcanzan o qué comprenden las obligaciones que debe cumplir la parte vencida del proceso.

- La falta de especialización, conocimiento de los jueces de los mecanismos de presión previstos en el Código Procesal Constitucional para el cumplimiento de la sentencia constitucional, ocasiona también la demora en el cumplimiento de la sentencia.

- De acuerdo al artículo 51 del Código Procesal Constitucional es competente para conocer el proceso de amparo, de *habeas data* y de cumplimiento el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. Es decir, son jueces civiles o mixtos aquellos a los que el citado código le otorga la competencia primigenia para conocer este tipo de procesos.

- El activismo del Tribunal Constitucional provocó que abogados y justiciables vieran con buenos ojos la interposición de demandas de amparo para la protección de sus derechos. Esto trajo consigo un fenómeno de "amparización" de las causas que no necesariamente debían ser ventiladas ante la jurisdicción constitucional, pues no respondían a una tutela de urgencia satisfactiva o, simplemente, porque debido a la naturaleza de las pretensiones, estas correspondían ser conocidas por la justicia ordinaria. La sobreabundancia de amparos, que algunos autores dieron a llamar "amparitis" del sistema judicial peruano, provocó más lentitud en la resolución de causas y que desatiendan casos que sí requerían de una tutela de urgencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BURGOA, Ignacio. "El juicio de amparo". Vigésimo Tercera Edición. Editorial Porrúa. México, 1983.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Análisis a la doctrina de la represión de actos homogéneos". En: Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces, 2009.

- CAIRO ROLDAN, Omar. "La tutela de urgencia y el proceso de amparo". En: Themis N° 43. Lima, 2001.

- COUTURE, Eduardo. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1985.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ETO CRUZ, Gerardo. "Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú". En AAVV. "La sentencia constitucional en el Perú." Editorial Adrus. Arequipa. 2010.
- LOPEZ FLORES, Berly Javier. "Ejecución de sentencias constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de agravio constitucional y del 'amparo contra amparo'". En: Gaceta Constitucional N° 43. Gaceta Jurídica. Lima. 2011.
- ROEL ALVA, Luis Andrés y GARCÍA EYZAGUIRRE, José. "La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional por los poderes públicos". En: "Balance al 2008 del Tribunal Constitucional peruano. El TC que se nos fue y el TC que se nos viene". Bellido Ediciones EIRL. Lima, 2009.
- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. "Apuntes sobre la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional.". En: Derechovirtual. com, Segunda Época, N° 2, Junio-Julio 2009, Lima: Asociación Civil Impulso Legal Peruano.
- SAR SUAREZ, Omar. "Ejecución de Sentencia" (comentarios al artículo 59 del Código Procesal Constitucional). En: AAVV. "Código Procesal Constitucional comentado". Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2015.

LA CONDENA EN AUSENCIA RESUELTA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Guillermo Martín Sevilla Gálvez[1]

Introducción

El Tribunal Constitucional del Perú a través de una no muy antigua jurisprudencia ha desarrollado a través de los casos que ha resuelto el derecho fundamental de naturaleza procesal denominado de no ser condenado en ausencia que se encuentra elevado a rango constitucional, pues así aparece en el artículo 139, inciso 12 de la Constitución Política del Perú.

Como se verá en el presente trabajo, el derecho a no ser condenado en ausencia como todo derecho fundamental no es absoluto, sino que puede ser limitado o restringido bajo ciertas circunstancias; pues cuando el imputado es absolutamente ausente respecto al proceso penal instaurado y de los cargos imputados en su contra por la comisión de algún delito podría declararse la nulidad de la sentencia dictada en su contra puesto que nunca conoció del proceso ni pudo ejercer su derecho de defensa al interior del mismo, se puede determinar que fue condenado en su ausencia; sin embargo, cuando el procesado conoce del proceso que se tramita

1 Abogado y egresado de la Maestría en Derechos Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

y de la imputación su contra , compareció al mismo y pudo defenderse de la imputación y decide de forma voluntaria no acudir a la audiencia de lectura de sentencia, no se puede establecer que fue condenado en ausencia.

En la mencionada jurisprudencia, el máximo intérprete de la Constitucionalidad ha establecido criterios jurisprudenciales respecto en qué casos se vulnera el mencionado derecho fundamental y en qué casos no, los cuales serán materia de comentario en el presente trabajo.

Además, comentaremos un caso en que el TC ordenó al órgano jurisdiccional que conoció un proceso de habeas corpus admitir a trámite una demanda de porque pese a haber afectación del mencionado derecho, declararon la improcedencia liminar de la demanda.

Finalmente, opinaremos qué ante la alegada afectación del citado derecho fundamental, el caso debe ser resuelto mediante una sentencia de fondo.

Sentencias y Resolución expedidos por el Tribunal Constitucional del Perú en los que se pronunció sobre el Principio-Derecho Fundamental a no ser Condenado en Ausencia

Previamente debemos anotar lo que la Constitución Política del Perú ha consagrado sobre el derecho a no ser condenado en ausencia:

"...Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial..."

Debemos citar lo que Raúl Chanamé Orbe señala al respecto:

"...Este inciso constitucional pone en práctica el principio de la defensa irrestricta, consagrada en nuestra Constitución, de tal forma que nadie puede ser condenado sin previo juicio y estar físicamente presente en la misma, donde el juzgador podrá apreciar del procesado su personalidad, su sinceridad, condiciones intelectuales y en general, obtener directamente la máxima información que lo conduzca hacia una decisión apropiada..."[2]

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad signado con número de Expediente 0003-2005-PI/TC, en su fundamento 166, señaló lo siguiente:

2 Chanamé Orbe, Raúl *La Constitución Comentada, Novena Edición, Editora y Distribuidora Ediciones Legales, Lima, 2015, pág. 807*

"... La cuestión de si la prohibición de condena en ausencia se extiende a la realización de todo el proceso penal o sólo al acto procesal de lectura de sentencia condenatoria, el Tribunal ha de absolverla en los términos que lo hace el ordinal "d" del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual

"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección..."[3]

Así pues, el máximo intérprete de la Constitución en referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, delineó que para que no se produzca la afectación del derecho a no ser condenado en ausencia el inculpado durante el proceso penal debe participar durante el desarrollo del mismo mediante por ejemplo la prestación de sus declaraciones y el poder ejercer su derecho de defensa de forma personal o mediante el abogado defensor de su libre elección.

Asimismo, en el fundamento 167 la citada sentencia también se consideró lo siguiente:

"...el derecho en mención garantiza, en su faz negativa, que un acusado no pueda ser condenado sin que antes no se le permita conocer y refutar las acusaciones que pesan en su contra, así como que no sea excluido del proceso en forma arbitraria. En su faz positiva, el derecho a no ser condenado en ausencia impone a las autoridades judiciales el deber de hacer conocer la existencia del proceso así como el de citar al acusado a cuanto acto procesal sea necesaria su presencia física..."[4]

Es decir, que ningún inculpado puede ser sentenciado si no ha podido saber que delito se le está imputando, alegar y poder demostrar que no lo cometió; tampoco aunque sepa de la existencia del proceso, no se le puede sustraer de forma arbitraria del proceso, entendiéndose que, cosa distinta, sucede cuando el inculpado de forma voluntaria se retire al proceso luego de comparecer a este y tener la posibilidad de ejercer su defensa.

3 Expediente 0003-2005-PI/TC, fundamento 166.

4 Expediente 0003-2005-PI/TC, fundamento 167.

También, en el mencionado fundamento se señala que no el Poder Judicial debe notificar y emplazar al imputado sobre el inicio del proceso y de todas las actuaciones procesales, pero incluso el Ministerio Público debe ponerlo en conocimiento de la investigación instaurada en su contra; todo ello para que pueda refutar la imputación y ejercer su derecho de defensa.

Además consideramos importante transcribir el fundamento 168 de la mencionada sentencia:

"...El Tribunal observa, sin embargo, que la ausencia de una persona en el desarrollo del proceso y, en forma particular, durante el juicio, no sólo puede tener por causa el desconocimiento que tenga de aquél, sino también la rebeldía o renuncia expresa a la comparecencia. En el ámbito del proceso penal, el desconocimiento que el acusado tenga de la existencia de un proceso genera un supuesto de «ausencia»; mientras que la resistencia a concurrir al proceso, teniendo conocimiento de él, se denomina «contumacia»..."[5]

El procesado ausente desconoce sobre la existencia de un proceso penal por lo tanto no puede contrarrestar la imputación en su contra ni defenderse de la misma; en cambio, el reo contumaz si lo conoce pero de forma voluntaria y rebelde decide no asistir más al proceso, lo cual implica inasistir a la diligencia de lectura de sentencia.

El Tribunal Constitucional, luego emitió la sentencia en el Expediente 1691-2010-PHC/TC, estableció criterios para determinar cuando no se viola el derecho a no ser condenado en ausencia por lo que declaró infundada la demanda de habeas corpus en el extremo referido a la alegada afectación del referido derecho. Sin embargo, también determinó en qué casos si se vulnera el mencionado derecho.

Así reproducimos los fundamentos pertinentes de dicha sentencia:

En los fundamentos 14, 15, 16 y 17 se señaló lo siguiente:

"...a. Rebeldía o contumacia del procesado...

Este supuesto tiene lugar cuando el procesado que tiene conocimiento del proceso, y ha sido válidamente citado, decide sustraerse u ocultarse su desarrollo, y en forma particular, del juicio, lo que implica la rebeldía o renuncia expresa o tácita a la comparecencia al proceso. Una actuación

5 Expediente 0003-2005-PI/TC, fundamento 168.

rebelde o renuente del imputado a comparecer al proceso, en principio, solo supondría el incumplimiento del deber de comparecer al llamamiento del Tribunal. Sin embargo, también podría generar dilaciones innecesarias y/o maliciosas en perjuicio del interés de la acción de la justicia, y concretamente en perjuicio del interés en la investigación y sanción del delito...

Por ello, en casos como estos, es admisible el juicio o condena en rebeldía o contumacia del procesado. eso sí, siempre que se sujete a la observancia de ciertas garantías mínimas. Entre ellos está que el imputado conozca del proceso penal o de los cargos formulados en su contra; que haya sido regular y válidamente citado al proceso; que haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio; que haya participado en algunas de las actuaciones o haya tenido la oportunidad de ofrecer y cuestionar pruebas, siempre que se garantice el derecho de defensa...

En este sentido no se infringe el derecho a no ser condenado en ausencia cuando el imputado debidamente citado decide libremente renunciar a su presencia en el proceso o en el juicio, siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de un abogado para su defensa; puesto que el hecho de que un procesado, a pesar de haber sido debidamente citado, no comparezca al proceso, el juez penal no puede, incluso aunque tal ausencia resulte injustificada, privarle de su derecho a ser defendido mediante un letrado...

La compatibilidad con la Constitución de la condena en ausencia queda también garantizada si el procesado tiene la posibilidad de impugnar aquella condena dictada en su contra, permitiendo no solo su revisión, sino también la subsanación del déficit de garantías al interior del proceso: es decir, si el imputado tiene la posibilidad de acceder a un recurso que permita la revisión de la condena, tanto respecto del fondo del asunto, como con el propósito de remediar alguna irregularidad procesal o arbitrariedad que afecten sus derechos fundamentales. Dicho de otro modo, no es compatible con la Constitución la condena in absentia que prescinda de la posibilidad posterior de impugnar, y que el empleo de los recursos resulten eficaces para subsanar el déficit de garantías que la falta de la presencia del imputado haya podido ocasionar (Cfr. STC 91/2000)..."[6]

6 Expediente 1691-2010-PHC/TC, fundamentos 14, 15 y 16.

Este supuesto informa que cuando un inculpado que conoce del proceso y de la imputación en su contra y con ello tiene la posibilidad cuestionarla a través de los medios de defensa que le provee la ley, de ejercitar su derecho de defensa de forma personal o mediante abogado de su elección, también el de ofrecer pruebas que sustenten su alegación y su posición procesal, pretendiendo lograr la absolución o la atenuación de la pena a imponerse además de poder apelar la sentencia condenatoria y decide casi a la conclusión del proceso sustraerse del mismo, no se configura la vulneración del derecho a no ser condenado en ausencia.

También debemos citar otros fundamentos referidos a la falta de conocimiento del proceso por parte del imputado:

"...b. Falta de conocimiento del proceso...

Este supuesto tiene lugar cuando el procesado o imputado desconoce de la existencia del proceso penal y, por tanto, carece de toda posibilidad para ejercer cualquier acto de contradicción en defensa de su intereses. Cabe distinguir entre el procesado que se declara rebelde (o se resiste a comparecer al proceso penal), y el procesado que desconoce o no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, a los efectos de determinarse los derechos que les asiste...

Dado que la exigencia del derecho de defensa alcanza su máxima intensidad en el proceso penal, debido a la trascendencia de los derechos y principios comprometidos en él (presunción de inocencia, derecho a la prueba, principio de inmediación, etc.), el derecho en cuestión queda afectado si el imputado desconoce la existencia del proceso. Cuando no ha comparecido a él, no ha participado en los actos procesales, no ha sido regular y válidamente notificado, no se ha defendido por sí mismo o a través de su defensor, tampoco ha tenido la posibilidad de ofrecer y cuestionar pruebas y, no obstante, se le condena en ausencia, ello genera la existencia de un proceso penal nulo, independientemente de si existe posibilidad de impugnar dicha condena o no..." [7]

Aquí, si en casos en que se produzca la ausencia del inculpado del proceso por lo que desconoce sobre su existencia y de los cargos que pesan en su contra, al no haber sido notificado del mismo ni se le realizo algún tipo de emplazamiento, por lo que evidentemente se encuentra imposibilitado

7 Expediente 1691-2010-PHC/TC, fundamentos 18 y 19.

de rebatir dichos cargos ni demostrar su inocencia a través de los medios probatorios que ofrezca o se oponga o tache las pruebas de su contra parte en el proceso (derecho a la prueba), ni pudo ejercer su derecho de defensa por sí mismo o por su defensor, tampoco ejerció su derecho a la pluralidad de instancias y los principios de inmediación, al contradictorio; entre otros y se le ha condenado, podría configurarse la afectación del derecho de no ser condenado en ausencia, por lo tanto la sentencia como algunas partes ultimas del proceso resultan nulas.

Al respecto resulta necesario citar a Cesar Nakasaki:

"...El núcleo, o si se prefiere, la justificación de la prohibición de la condena en ausencia y por ende del derecho a asistir al proceso penal, es la garantía procesal constitucional de la defensa, el debido proceso penal tiene como primera condición de validez y de eficacia, el respeto del derecho de defensa, sin esta la causa penal es nula, no surte efectos jurídicos, menos una sentencia condenatoria, que comúnmente es la finalidad de impedir que la persona se defienda en el proceso..."[8]

También debemos transcribir otros fundamentos de la mencionada sentencia:

"...c. Grave comportamiento del procesado...

Este supuesto tiene lugar cuando el procesado o imputado conoce de la existencia del proceso penal, ha comparecido a él, ha ejercido su derecho de defensa, e inclusive se encuentra a disposición del juez. No obstante, por diversas razones, como cuando por ejemplo este incurra en una falta grave, es posible dictarse una sentencia condenatoria sin contar con su presencia..."[9]

Aquí, se considera que el inculpado pese a saber del proceso, se defendió de la imputación en su contra mediante los medios de defensa antes señalados, pese a lo cual decidió voluntariamente sustraerse del mismo y se le sentencia, no se puede determinar que fue condenado en ausencia.

Además, consideramos pertinente anotar textualmente otros fundamentos de la Sentencia emitida en el Expediente 1691-2010-PHC/TC por

8 Nakazaki Servigón, César, *El Derecho Penal y Procesal Penal Desde la Perspectiva del Abogado Penalista Litigante, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, pág. 510*

9 Expediente 1691-2010-PHC/TC, fundamento 20.

el cual se declaró infundada la demanda de habeas corpus, así tenemos los fundamentos 25 y 26:

"el favorecido fue válidamente notificado de las diversas actuaciones procesales... y concurrió a las diligencias, tanto en las etapas iniciales como a las audiencias del juicio oral, donde prestó su declaración. No obstante ello, voluntariamente dejó de acudir a las últimas sesiones del juicio oral, entre estas, a la de lectura de sentencia y audiencia de apelación de sentencia; de lo que se aprecia que el favorecido conocía del proceso, los términos de la imputación y todas las actuaciones en el proceso, pues cuestionó diversos medios de prueba y contrainterrogó testigos, así como contó con la asistencia de un abogado defensor en todas las sesiones y, finalmente, interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria en el acto de lectura de sentencia. Ese recurso tenía por objeto la revisión sobre el fondo de lo resuelto no solo para analizar la condena y las pruebas que la sustentaron, sino también para remediar alguna presunta irregularidad procesal, por lo que la condena en ausencia no ha tenido el efecto de causar indefensión. Por ello, el derecho de defensa fue ejercido por el propio favorecido, así como por sus abogados defensores, en las diversas actuaciones procesales, en las que se encuentran las audiencias donde voluntariamente se sustrajo..." [10]

El caso fue resuelto por el TC mediante sentencia que declaró infundada la demanda de habeas corpus respecto al extremo de la alegación referida a la afectación del derecho fundamental de no ser condenado en ausencia, tras considerar que al imputado se le emplazó debidamente con la imputación en su contra y de las diversas actuaciones procesales a través de las correspondientes notificaciones, por lo que asistió a las mismas en las que prestó declaración y proporcionó su versión de los hechos, cuestionó las pruebas ofrecidas por su contra parte, fue patrocinado por un defensor durante las actuaciones procesales e interpuso el medio impugnatorio contra la sentencia; por lo que ejerció válidamente no sólo su derecho de defensa y de la pluralidad de instancias.

Situación distinta hubiera resultado ser si el imputado hubiese desconocido el proceso y los cargos que se le imputaban porque el órgano jurisdiccional que lo venía procesando no se los hubiera hecho conocer mediante las notificaciones o emplazamiento correspondiente, lo cual le

10 Expediente 1691-2010-PHC/TC, fundamento 25.

hubiese imposibilitado refutar los cargos, defenderse durante el proceso por sí mismo y por medio de un letrado de su elección; tampoco hubiera podido apelar la sentencia que lo condenaba, supuestos que sí podrían configurar la afectación del derecho a no ser condenado en ausencia, lo cual hubiera significado la nulidad del proceso penal y de la sentencia con la cual concluyó.

En relación a la sentencia emitida en el Expediente 1691-2010-PHC/TC debemos reproducir lo siguiente:

"...se verificó...que el procesado tuvo conocimiento del proceso y de las imputaciones formuladas en su contra; fue notificado válida y debidamente, al menos asistió a algunas diligencias o audiencias; tuvo participación en la actividad probatoria; que prestó declaración, se le garantizó su derecho de defensa mediante de su abogado defensor a lo largo del proceso y en la audiencia de lectura de sentencia, pero aun así decidió voluntariamente no asistir a algunas diligencias y en la audiencia de lectura de sentencia donde estuvo presente su abogado defensor, quien interpuso en su favor el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, pero no obstante ello el órgano jurisdiccional decidió condenarlo y continuar con la secuencia del proceso en razón de no dilatarlo innecesaria e indebidamente en perjuicio del proceso y en su razón que es el servicio de administración de justicia..."[11]

Además, debemos transcribir otro párrafo de la comentada sentencia:

"...este Tribunal considera que la postergación de la lectura de sentencia por la no presencia del favorecido hubiera ocasionado la dilación innecesaria del proceso, así como su paralización indefinida, afectando con ello la efectividad del ius puniendi estatal y la protección de bienes jurídicos constitucionales, además de perjuicios al proceso, corno por ejemplo, el quiebre de las audiencias. Ello hubiera perjudicado las labores de impartición de justicia, como a las demás partes procesales, pues el derecho a no ser condenado en ausencia no es absoluto. En ese sentido, puede ser restringido a través de medidas razonables y proporcionales, necesarias para asegurar un buen funcionamiento de las tareas de impartición de

11 Sevilla Gálvez, Guillermo Martín, *El Tribunal Constitucional y el derecho a no ser condenado en ausencia, artículo publicado en la Revista Actualidad Penal. Tomo 270, Mayo 2016, pág. 145*

justicia, y concretamente el interés general en la investigación y sanción del delito, así como los derechos de las demás partes procesales..." [12]

A criterio del Tribunal la postergación o reprogramación de la lectura de sentencia hubiera producido dilación innecesaria del proceso con lo perjudicial que ello hubiera significado afectando no sólo a las partes procesales y la finalidad del proceso penal que no es otra que el de la investigación del delito, el juzgamiento y sanción del responsable sino para el servicio de impartición de justicia que redundará en contra de toda la comunidad.

Al respecto se debe citar también lo siguiente:

"...Según lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia materia del presente artículo, el derecho a no ser condenado en ausencia no es absoluto e ilimitado sino que puede ser restringido y limitado mediante medidas razonables y proporcionadas en favor de una recta, eficaz y eficiente administración de justicia, de la correcta tramitación de un proceso penal, el juzgamiento y sanción del delito en interés general y de la protección de otros bienes jurídicos constitucionales; es decir, que el mencionado derecho puede ser relativizado en favor de tan importantes bienes..." [13]

En posteriores sentencias, el Tribunal Constitucional ha ratificado su criterio jurisprudencial establecido esencialmente en la sentencia emitida en el Expediente 1691-2010-PHC/TC. Así se tiene las sentencias expedidas en los Expedientes 3972-2014-PHC/TC, 07982-2013-PHC/TC, 00023-2012-PHC/TC.

Los citados criterios jurisprudenciales coinciden con el criterio establecido por el Poder Judicial en la Resolución Suprema de fecha 29 de noviembre de 2012 (R.N, N° 4040-2011), cuyos párrafos pertinentes reproducimos a continuación:

"... si un procesado ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio, ha ejercido cabalmente su derecho de defensa, con interrogatorios y pruebas, su abogado ha efectuado sus alegatos finales e incluso el mismo procesado ha realizado su autodefensa, entonces, la audiencia

12 Expediente 1691-2010-PHC/TC, fundamento 26.

13 Sevilla Gálvez, Guillermo Martín, *El Tribunal Constitucional y el derecho a no ser condenado en ausencia...Ob. cit., pág. 145*

final en la que se cumplirá con la lectura de las cuestiones de hecho y la sentencia, representa simplemente un acto de notificación de la decisión adoptada, lo que se puede hacer en presencia o no del acusado, pues tal situación no afecta en modo alguno el derecho de defensa del procesado, quien siguiendo los lineamientos descritos - de presencia en las sesiones anteriores y presentación de sus argumentos ya sea por el mismo o su abogado defensor - ha preservado - y así lo tiene que asegurar el Órgano Jurisdiccional - el respeto a sus derechos y garantías constitucionales - de debido proceso y de defensa-: en tal sentido, la lectura de la sentencia solo constituye un acto formal de comunicación de la decisión, no afectando las garantías que rigen el contradictorio, pues ya precluyó la actuación probatoria y esta se realizó en igualdad de armas y con presencia del acusado y su abogado defensor, siendo ello así, entonces no existía en el presente caso motivo alguno que conllevara a la declaración del quiebre del juicio oral, sino que pudo proseguirse con el juicio oral en el estadío que se encontraba - así incluso lo habilite el Código Procesal Penal de dos mil cuatro, cuando en su artículo trescientos noventa y seis señala: « ... que la sentencia será leída ante quienes comparezcan (ello obviamente en tanto en cuanto se hayan garantizado los derechos de los justiciables en el desarrollo del proceso penal) -; tanto más si - por las consideraciones expuestas - no se trata de una condena en ausencia o contumacia, ello pues el procesado tuvo garantizado todos sus derechos fundamentales, que los ejerció conjuntamente con su abogado en la fase de juzgamiento correspondiente; en consecuencia, en lo sucesivo las consideraciones expuestas por este Supremo Tribunal deberán ser tomadas en cuenta por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia de nuestro país como Precedente Vinculante normativo, conforme al artículo trescientos uno - A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el artículo dos del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de fecha veinticinco de julio de dos mii once..."

En relación a lo anterior diremos pues que el Poder Judicial considera que no se vulnera el derecho a no ser condenado en ausencia, ni el de defensa ni el principio contradictorio; entre otros, si el inculpado ejerció válidamente el ultimo derecho por sí mismo y por intermedio de su abogado defensor; además también ejerció su derecho a la prueba por lo que afectos de no quebrarse el juicio oral y no se perjudicar el proceso ni

los fines que este tiene no se debe declarar nula la sentencia condenatoria ni disponerse su reprogramación, estableciendo con ello la Corte Suprema una línea jurisprudencial que deben seguir todos las demás instancias judiciales de inferior jerarquía.

Asimismo, resulta pertinente transcribir lo siguiente:

"...En el caso que el acusado no sujeto a la condición de ausente o contumaz participase en la audiencias y hubiese tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, podrá eventualmente dictársele una resolución condenatoria, aun cuando inasistiese a la audiencia de lectura de sentencia. Ello a efectos de evitar que presumiendo el contenido de esta, intentase a través de su injustificada inasistencia enervar el pronunciamiento jurisdiccional. Para dicho efecto deberá acreditarse la presencia de su abogado defensor. El pronunciamiento del órgano jurisdiccional, implica necesariamente la posterior notificación al imputado y luego de hacerse los efectivo los apremios correspondientes para la ejecución de la sentencia.

La simple inasistencia exprofesa no genera en dicho imputado, los efectos de la proscripción de la condena en ausencia..."[14]

Hubo otro caso resuelto por el Tribunal Constitucional mediante Auto de fecha 30 de enero de 2014, emitido en el Expediente 02312-2013-PHC/TC, que sin entrar a resolver el fondo de la controversia porque se rechazó liminarmente la demanda de habeas corpus, declaró nulo todo lo actuado y se ordenó al órgano jurisdiccional que conoció el proceso de habeas corpus admita a trámite la demanda e inicie una sumaria investigación mediante la solicitud de actuados judiciales pertintentes y emplace a los jueces demandados porque pese a haber indicios de vulneración del derecho a no ser condenado en ausencia, ya que según alego la parte demandante el órgano jurisdiccional emitió sentencia por la cual le impuso doce años de pena privativa de la libertad por la presunta comisión del delito de robo agravado sin que haya estado presente en la audiencia de apelación de sentencia donde un abogado de oficio y no de su libre elección apeló dicha sentencia y porque tampoco estuvo presente el demandante durante la lectura de la sentencia de segunda instancia que confirmó la primera.

14 García Toma, Víctor, *Constitución y Justicia y Derechos Fundamentales, Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima, 2015, pág. 249*

Cabe precisar, que la admisión a trámite de dicha demanda se debió porque los jueces demandados con la demanda constitucional no fueron emplazados con la misma por lo que no pudieron ejercer su derecho de defensa ni absolver el contenido en la demanda.

Sin embargo, en la misma fecha en que se publicó la sentencia emitida en el Expediente 07982-2013-PHC/TC (11 de mayo de 2017), el Tribunal Constitucional publicó la Sentencia Interlocutoria signada con número de Expediente 02454-2015--PHC/TC.

Al respecto citamos un considerando de la mencionada sentencia interlocutoria:

"...En cuanto a este extremo del recurso se tiene que lo alegado es sustancialmente igual a los casos mencionados en el fundamento anterior, toda vez que se advierte que el favorecido declaró y reconoció su participación; que el abogado defensor de oficio participó en diversas actuaciones procesales y su abogado de elección fundamentó el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria y participó en otras diligencias; y que el favorecido fue declarado reo contumaz debido a su reiterada inasistencia...Es decir, don César Luis Sandoval Ñopo no sólo conoció el proceso penal y de las imputaciones formuladas en su contra, sino que también participó de las actuaciones del proceso penal y ejerció por sí mismo y por intermedio de su abogado defensor su derecho de defensa durante diversas actuaciones procesales..."

En relación a la referida sentencia debemos decir que consideramos que estamos de acuerdo con la decisión desestimatoria con la que se resolvió la controversia referida a la alegada afectación del derecho fundamental a no ser condenado en ausencia; sin embargo, creemos modestamente que debió resolverse el caso mediante una sentencia de fondo como en los casos anteriores señalados precedentemente porque presumiblemente habría que analizar varios aspectos procesales propios del proceso penal en cuestión que merecen un análisis más exhaustivo.

Además, en el supuesto caso en que se hubiese afectado el mencionado derecho su restitución con la correspondiente nulidad del proceso penal y de la sentencia condenatoria hubiese sido declarado con una sentencia de fondo por lo que su desestimatoria merece equivalente decisión.

Conclusiones

Según lo establecido por el Tribunal Constitucional en su reiterada jurisprudencia no se vulnera el derecho a no ser condenado en ausencia que se encuentra elevado a rango constitucional cuando el imputado por la comisión de un delito conoce la imputación formulado en su contra y del proceso penal que se le ha instaurado; además si ha podido ejercer su defensa por sí mismo y/o por intermedio de un abogado defensor de su elección; si prestó declaración, pudo ofrecer pruebas y cuestionar las de la parte contraria, mediante oposición o tachas de pruebas, participó en algunas diligencias, pudo refutar dichas imputaciones e incluso apelar la sentencia condenatoria, no obstante ello decidió de forma voluntaria no asistir por ejemplo a las ultimas audiencias o diligencias entre estas a la audiencia de lectura de sentencia por lo que asumió la situación de contumaz o sea que en el proceso se le declaró como tal, por lo que no resulta razonable ni justo declarar la nulidad de la sentencia condenatoria ni del proceso, porque esto hubiera ocasionado la dilación innecesaria del proceso que afectaría una recta, eficaz y eficiente administración de justicia, de la correcta tramitación de un proceso penal, el juzgamiento y sanción del delito en interés general y de la protección de otros bienes jurídicos constitucionales, por lo que el derecho a no ser condenado en ausencia en estas circunstancias puede ser restringido o limitado en favor de tutelar los otros bienes jurídicos antes señalados.

De forma contraria, si el imputado desconoció el proceso penal y las imputaciones formuladas en su contra porque no fue válidamente notificado o emplazado, por lo que no pudo refutarlas ni defenderse mediante la utilización de los medios de defensa que provee la ley y a través del ejercicio de los derechos de defensa, a la prueba, a la instancia plural y de los principios de inmediación, al contradictorio; entre otros, tuvo la condición de ausente (aunque no haya sido declarado así) y se le sentenciaría sin su presencia física, se vulneraria su derecho fundamental a no ser condenado en ausencia, lo cual ameritaría no solo la declaración de nulidad de la sentencia condenatoria sino del proceso ilegal instaurado en su contra.

Finalmente, consideramos que la alegada afectación al citado derecho fundamental debe merecer un pronunciamiento de fondo mediante sentencia porque su solución pasa por analizar varios aspectos procesales propios del proceso penal en cuestión que merecen un análisis más exhaustivo.

DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Iris Marina Rosado Torres[1]

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1979, estableció, por primera vez en el Perú, la jurisdicción Constitucional concentrada, a través del Tribunal de Garantías Constitucionales; y siendo ello así trataremos de analizar los rasgos más importantes y algunas diferencias de considerable interés, entre el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Constitucional, partiendo de la premisa que, la Carta Política de 1979, fue innovadora; y que, desde la vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante TGC), desde el 19 de noviembre de 1982, fecha de su instalación, hasta su clausura el 5 de abril de 1992, fecha en que fue desactivado por el autogolpe de Estado de Fujimori.

En el año de 1992, se instaura un gobierno de facto, en la que el Expresidente Alberto Fujimori Fujimori, de esa época, promovió la elaboración de una nueva carta constitucional, la actual Constitución de 1993, creando al Tribunal Constitucional, entre otras instituciones, desde el año de 1996 en que se instala.

---

1 Abogada por la Universidad Nacional de San Agustín. Egresada de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Las cartas políticas en el Perú se han dado por los cambios políticos y sociales de cada época, la existencia de un Tribunal Constitucional autónomo, que se encargue del control constitucional, al gobierno de aquel entonces, le era incomodo y para nada funcional.

El profesor César Landa[2] ha precisado que la clasificación de los sistemas políticos, entre democracias y autocracias, no daba cuenta de la realidad política latinoamericana, así también, la división clásica de las formas de gobiernos - parlamentaria semiparlamentaria, presidencial y semipresidencial y sus variantes -. Y que en conclusión, en la historia constitucional del Perú encontramos espasmódicos procesos de una modernización democrática-autoritaria, que utilizando instituciones democráticas propias del constitucionalismo clásico y contemporáneo, ejerce una práctica jurídica de rasgos autocráticos, no sólo de carácter conservador, sino inclusive social y neoliberal.

Como lo señala Araceli Acuña Chávez, [3] el origen del Tribunal Constitucional peruano, fue con la Constitución de 1979 y en Latinoamérica fue el Perú, el primer país que incorporó un Tribunal Constitucional, seguido de Chile en 1980.

Para César Landa Arroyo, [4] La Carta Política de 1979 "cerró el período del régimen militar populista iniciado por el Gral. Velasco Alvarado e inauguró en la década de los ochenta un amplio escenario democrático ad-hoc para la reflexión jurídica y política, antes que en la realidad, sobre todo por el establecimiento de un moderno diseño constitucional democrático y social, donde destacó la creación de la jurisdicción constitucional: los derechos humanos, la jurisdicción supranacional, garantías constitucionales y el Tribunal de Garantías Constitucionales, que pronto se vio compulsada". Siguiendo a Landa en el Perú el TGC fue concebido como un organismo que iba a poner coto a la ineficacia del Poder Judicial, así lo

2 LANDA ARROYO, César. *"Tribunal Constitucional y Estado Democrático"*. Segunda Edición. Palestra Editores S.R.L. Lima - 2003. Pag. 616.

3 ACUÑA CHAVEZ, Araceli. *"Funciones y competencias del Tribunal Constitucional peruano". En Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú Escuela de Posgrado. Pag. 9.*

4 LANDA ARROYO, César. *"Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano. Ensayo: Pags. 74 a 75.*

advierte de los debates de la Asamblea Constituyente de 1978, lo que no es objeto del presente trabajo.

Algunas diferencias entre el tribunal de garantías constitucionales y el Tribunal Constitucional.

Desde el 19 de noviembre de 1982, fecha en que se instaló, hasta el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado el Tribunal de Garantías Constitucionales, la Constitución de 1979, le otorgó al Tribunal de Garantías Constitucionales, dos competencias: la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la resolución casatoria de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus y de acción de amparo.

Según Landa[5] durante los diez años de funcionamiento, al Tribunal de Garantías Constitucionales, le presentaron más de veinticinco acciones de inconstitucionalidad, habiendo resuelto sólo quince (15) debido a su abrupta clausura, el Tribunal de Garantías Constitucionales, desestimó la mayoría de los recursos casatorias que le presentaron.

Como muy bien lo señala César Landa, las pocas demandas de inconstitucionalidad encuentran parcialmente su explicación en que el requisito para plantear dicha acción por parte de la ciudadanía era de 50,000 firmas, además del Presidente de la República, un tercio de los Senadores o Diputados, la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal de la Nación, presisa , que la legitimidad procesal estaba permitida para las autoridades principales del país, pero al pueblo se le exigía una alta cuota de respaldo a una demanda, que apenas se utilizó en la acción de inconstitucionalidad que interpusieron los trabajadores de las comunidades industriales en enero de 1992 contra una ley que las vulneraba, no llegando a resolverse la causa por la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En el Tribunal de Garantías Constitucionales, se designaron nueve magistrados, tres elegidos, por el Poder Legislativo, tres por el Poder Ejecutivo y tres por el Poder Judicial, lo que generó dependencia de origen de la cual muchos de los magistrados no se llegaron a desligar y lo que llevó a una tímida actuación, como muy bien lo señala Landa.

5 Idem. Pag. 81.

Según Araceli Acuña Chavez[6] en el caso peruano tenemos que en el Anteproyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1979 se planteó que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales estuviera integrado por 12 miembros, designados por los distintos poderes del Estado: 2 designados por la Cámara de Senadores, 1 por la Cámara de Diputados, 3 por el Poder Ejecutivo, 3 por la Corte Suprema, 1 por el Colegio de Abogados de la República, 1 por el Consejo Nacional de la Magistratura, y 1 por las facultades de Derecho de las Universidades del País; sin embargo, el pleno de la Asamblea Constituyente aprobó que el Tribunal de Garantías Constitucionales, estuviera compuesta por 9 magistrados, lo cual se vio reflejado en el artículo 296 de la Constitución de 1979; sin embargo, lo cual se vio reflejado en el artículo 296 de la Constitución de 1979; pues al momento de la votación no se alcanzaba la mayoría requerida. Esta fue la razón por la que la Asamblea Constituyente de 1993 decidió que el Tribunal Constitucional estuviera integrado únicamente por 7 magistrados.

Asimismo, señala en cuanto a la duración del mandato, tenemos que el mandato por 9 años es la fórmula más usada en el derecho comparado, así tenemos los casos de España, Francia, Italia, Polonia, etc.

Es importante señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales cumplió un tímido y opaco rol como órgano de control de la Constitución y sobre todo de fiscalización de la constitucionalidad de los actos de la autoridad.

Entre el 5 de abril y el 31 de diciembre de 1992, se desarrolló el período del gobierno de facto absoluto [7] al cesar inconstitucionalmente a los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante el Decreto Ley N° 25422 del 8 de abril de 1992, se cesaron a los nueve magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales, sin ser estos sustituidos, con lo cual se clausuraba la función de control constitucional, que fue para nuestro país preocupante y nefasto.

6 ACUÑA CHAVEZ, Araceli. "*Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano*". Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derechos Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú Escuela de Posgrado. Lima, 2014. Pág. 27.

7 Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro. *La Constitución traicionada*, Lima, 1993. Lecturas sobre Temas Constitucionales 9, *Del golpe de estado a la nueva Constitución*. CAJ. Lima, 1993; CEPEI. *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú* (editor Eduardo Ferrrero), Lima. 1992.

Por otro lado, la Ley N° 23506 de hábeas corpus y amparo, fue reformada reiteradamente con el objeto de impedir y restringir la interposición de las garantías constitucionales, de hábeas corpus y de amparo, ante el Poder Judicial.

Para César Landa[8] el modelo de jurisdicción constitucional consagrado en la Constitución de 1993, continúa la senda iniciada en la Constitución de 1979. Además señala que, el sistema mixto de jurisdicción constitucional, reconoce: Por un lado, al Poder Judicial la potestad del control difuso de la Constitución, en tanto que "en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...", según el Art. 138° *in fine;* asimismo, le corresponde al Poder Judicial resolver en primera y segunda instancia las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, mientras que en cuanto a la Acción Popular, la justicia ordinaria resuelve *erga omnes* en sus instancias judiciales, de conformidad con lo dispuesto en los incisos 5) y 2) de los artículos 200° y 202° de la Constitución.

En el Título V de las Garantías Constitucionales de la Constitución de 1993, se reconoce al Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución, le faculta para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales con rango de ley, y; para resolver los conflictos de competencias y atribuciones, conoce en última instancia las resoluciones denegatorias en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, de los incisos 2),3),4) y 6) del artículo 200° de la Constitución.

En la Constitución de 1993, se reduce el número de magistrados constitucionales de nueve (9) a siete (7), siendo nombrados por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de congresistas.

Según Landa la Constitución de 1993 profundiza el esquema del sistema mixto del control de constitucionalidad; en tanto reconoce al Tribunal como el órgano de control concentrado de las normas con rango de ley mediante las acciones de inconstitucionalidad; le faculta resolver en última instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento;

8 LANDA ARROYO, César. *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano.* Ensayo. Pág. 99.

asimismo, le autoriza a resolver los conflictos de competencia o de atribuciones, según lo dispone el artículo 202° de la Constitución.

En esa misma línea Landa señala que el control constitucional de las normas con rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, tratados, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución por el fondo o por la forma, es un control represivo y no preventivo; además los efectos de las sentencias son *erga omnes y ex - nunc.*

Además, que al día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal queda sin efecto la norma legal; a diferencia de la Constitución de 1979, en la cual el Tribunal de Garantías Constitucionales comunicaba al Congreso para que derogase la norma legal y si en el plazo de cuarenta y cinco días naturales no lo había hecho, dicha norma quedaba derogada con la publicación de la resolución en el diario oficial.

La Constitucional del 93 por primera vez, incorpora, la garantía constitucional del hábeas data, recogido del derecho constitucional comparado, "el derecho a la autodeterminación informativa", el inciso 6 del artículo 200° de la Constitución política, señala que la acción de cumplimiento procede: "contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley"[9].

Otra de las innovaciones es que la acción de cumplimiento es incorporado por primera vez en nuestro sistema constitucional, y en el derecho constitucional comparado, en el derecho anglosajón.

Como una innovación crea otra instituciones entre ellas al Tribunal Constitucional; y en el inciso 3) del artículo 202° de la Constitución Peruana de 1993 señala a la letra que corresponde al Tribunal Constitucional "conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución conforme a ley".

Otra novedad constitucional en materia del amparo es que no procede esta acción contra las normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, por lo que la acción de amparo no cabe plantearla contra las normas con rango de ley, sino en todo caso

9 Cfr. LANDA ARROYO, César. *"La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993"*. Revista del FORO, Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N° 1, Lima, 1993.

los actos violatorios de los derechos constitucionales que se ocasione con la aplicación de dichas normas, Landa señala que si bien la Constitución de 1993 impide expresamente la procedencia del amparo contra normas legales, esto debería ser interpretado así sólo a condición que dichas normas se incardinen en el concepto de ley democrática y constitucional.

Asimismo, la medida cautelar, en la acción de amparo es la potestad de solicitar con la demanda una medida cautelar, para que se ordene judicialmente la suspensión provisional del acto reclamado, como una medida que busca evitar que se consume el daño.

En el artículo 200° de la Constitución de 1993, se ha reconocido las acciones de hábeas corpus y de amparo, del texto se desprende, que hay un cambio significativo sobre los estados de excepción, en el que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio. Quedando facultados los jueces para examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, no correspondiendo cuestionar la declaración del estado de excepción a los jueces. Esto es un gran avance, sobre los estados de emergencia, en el pasado se desestimaban los hábeas corpus y amparo, y estos no podían ser revisados judicialmente.

El Tribunal Constitucional está compuesto por un Pleno integrado por los 7 magistrados con competencias especiales y presidido por el Presidente del Tribunal Constitucional, y por dos Salas integradas por 3 magistrados cada una, con iguales competencias, la duración en el cargo es de 5 años, de acuerdo al artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los Magistrados del Tribunal deben continuar en el ejercicio del cargo hasta que sus sucesores sean designados y hayan tomado posesión del cargo. Según el artículo 201 de la Constitución, no hay lugar a la reelección inmediata; es decir, es posible la reelección cuando pase un período.

Según el artículo 297 de la Constitución de 1979, señalaba que el Tribunal de Garantías Constitucionales se tenía que renovar por tercios cada 2 años; sin embargo, la actual Constitución contempla esta figura.

El artículo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Presidente es elegido entre los magistrados constitucionales por votación secreta por un período máximo de 2 años, siendo reelegido por 1 años más.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tiene como sede la ciudad de Arequipa el Tribunal Constitucional, sede que todavía fue establecida en la Constitución de 1979 y ratificada en la Constitución de 1993.

Por este motivo se han promovido 2 acciones constitucionales. La primera una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la LOTC que fue resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC N° 0013-2010-PITC, declarando infundada dicha demanda. El Tribunal Constitucional en esta sentencia precisó que el mencionado artículo era constitucional; pero, siempre que se interprete que *"puede sesionar tanto en su sede de Arequipa, como en la sede de Lima (...) también puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República"*.

La otra fue una acción de cumplimiento interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el Tribunal Constitucional, con el fin de que se cumpla con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Esta demanda fue declarada fundada por los jueces constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que conocieron el proceso en primera y segunda instancia (Expediente N° 2008-07193).

REFLEXIONES FINALES

1. El Tribunal Constitucional como supremo órgano de control e interprete y guardián de la Constitución, de la ley de leyes, Norma Suprema, Carta Magna, de la fuerza normativa, tiene un rol muy importante papel en el fortalecimiento de nuestro sistema democrático, pues se encarga de declarar y establecer el contenido de los valores, principios y normas contenidos en la Constitución.

2. Consideramos de gran importancia la actual realidad del Tribunal Constitucional impone cambios necesarios y urgentes en su composición y estructura, a fin de mantener su independencia y autonomía, controlar los excesos del poder y tutelar los derechos fundamentales, queremos un Tribunal Constitucional, más fortalecido, por ello, se

debería de ampliar su mandato, de 5 años a 10, el número de magistrados debería ser 9 magistrados.

3. Es muy importante la existencia de un órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente, como es el Tribunal Constitucional, que vela por el respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales de las personas, porque en el ejercicio de sus funciones y atribuciones no depende de ningún órgano constitucional, ya que se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica - Ley N° 28301.

4. La Constitución en el artículo 1° consagra la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, considerando desde la perspectiva de la persona humana y de sus derechos.

5. Siendo el Tribunal Constitucional, el garante de los derechos fundamentales, de los derechos humanos, por lo que ante cualquier circunstancia que se presente no debe claudicar en su misión de velar por la Constitución, los derechos fundamentales, los derechos humanos, como supremo interprete, ya que la Constitución, le faculta a realizar el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, para conseguir el fin del bien común y la justicia social.

6. Asimismo, debemos promover el fortalecimiento del Tribunal Constitucional, como organismo encargado del control constitucional.

7. Hoy podemos señalar que uno de los problemas que afronta el Tribunal constitucional. Es la carga procesal entre otros problemas.

VI. SISTEMA ELECTORAL Y PARTIDOS POLÍTICOS

DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

Raúl Chanamé Orbe[1]

"La democracia debe guardarse de dos excesos: el espíritu de desigualdad, que la conduce a la oligarquía, y el espíritu de igualdad extrema, que la conduce al despotismo"

Montesquieu

1) Introducción:

La reforma democrática en el Perú tiene dos momentos: una legal y otra constitucional. La legal implica integrar más de 32 normas electorales, dispersas e inconexas, en un cuerpo integrado y único, dónde encontraremos: cronograma electoral, financiamiento de campaña, democracia interna, paridad de género, hoja de vida, dádivas, etc. Esta labor eminentemente legislativa está fundamentada en el art. 31 de la Constitución que establece que: "Los ciudadanos (...) Tienen también el derecho a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica (...) La ley norma y promueve los mecanismo directos e indirectos de su participación", para su aprobación se requiere una mayoría absoluta (mínimo 66 votos, según el art. 106 de la Constitución) y tiene los límites prescritos

1 Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

por la Carta Magna; por ejemplo, no es posible por este procedimiento alterar el secreto bancario de los candidatos ni otorgar la ciudadanía a los mayores de 16 años.

Para estos casos requerimos una reforma constitucional. Ésta sería la segunda parte de la reforma política para plantear innovaciones como: el bicameralismo, el voto optativo, la reelección de gobernadores y alcaldes, el mandato de 5 años de alcaldes y regidores, la renunciabilidad del mandato legislativo, aumentar el número de congresistas, limitar la inmunidad parlamentaria, entre otras propuestas de modificación constitucional. Este es un procedimiento agravado por el art. 206 del texto constitucional: i) Aprobación con mayoría calificada (mínimo 87 votos), ii) Para evitar el referéndum, debe ser aprobada en dos legislaturas ordinarias y sucesivas (cuyas votaciones favorables, en cada caso, sea superior a 2/3 de los miembros del Congreso), iii). La norma no puede ser observada por el Presidente de la República.

La reforma electoral tiene un plazo corto, ante la inminencia del proceso electoral municipal y regional del 2018, más aún, cuando lo que se busca es que no existen normas electorales un año antes de dichos comicios. La reforma Constitucional requiere un debate más amplio, como por ejemplo el bicameralismo, sobre temas conexos: número de congresistas, circunscripciones electorales, competencias de cada cámara, renovación de estas, etc. El plazo máximo de estas reformas es el 2020.

Las reformas integrales exitosas que se hicieron en 1931 o 1963, fueron en contextos crispados por la violencia o el golpe de estado, en vísperas de procesos electorales polarizados; hoy vivimos un momento excepcional de consenso reformador en el ámbito legal y constitucional, que no hay que desperdiciar para fortalecer nuestra incipiente democracia.

2) Reforma electoral:

Estas elecciones estuvieron a punto de derrotar a nuestra incipiente democracia. Es una paradoja, pues históricamente la democracia sucumbió cuando no se efectuaban las elecciones; en nuestro caso, la legislación electoral fue tan deficiente que casi se lleva de encuentro a todos los candidatos y con ello el propio derecho de elegir.

Conspiró el Poder Legislativo con una nefasta ley (30014) y el Poder Ejecutivo con su permanente injerencia en la campaña electoral. Si a eso

le sumamos un sistema de partidos carentes de prácticas democráticas, de financiamiento no bancarizado y dadivosos en ofertas electorales; atrapado por recurrentes tachas en plena campaña proselitista que generaron desconcierto mayúsculo entre los electores que estaban formando su voluntad política.

Por tanto, se hace impostergable el debatir la reforma de la legislación electoral para reconstituir nuestro sistema democrático. Mucho más aún, cuando en menos de 24 meses tenemos nuevos comicios regionales-municipales que serían inmanejables con la actual normatividad electoral.

Consideramos que tres son las prioridades a innovar: I) Aprobación del Código Electoral, II) Que se cierre con anticipación a los comicios el Registro de Organizaciones Políticas, y III) Que el Congreso se abstenga de legislar en materia electoral un año antes de cualquier elección. En primer lugar, requerimos una norma electoral única, para vencer la dispersión legislativa (más de 11 leyes contradictorias y no integradas), que hacen compleja la comprensión de las reglas electorales. Además, el Código Electoral exige un Código Procesal Electoral, que haga previsible e incuestionable los procedimientos, que han sido farragosos y dilatados, ante los constantes requerimientos a los organismos electorales.

Las organizaciones políticas deben estar inscritas y saneadas administrativamente con suficiente anticipación para evitar, como ahora, que en vísperas de la primera vuelta no sabíamos a ciencia cierta quienes eran los candidatos incuestionables. De otro lado, la Ley 30014 que le produjo tantos cuestionamientos al JNE, entró en vigencia en pleno proceso electoral, desconcertando por igual a los organismos electorales, candidatos y electores.

El Parlamento que se instala el 28 de julio tiene el reto de legislar consensualmente en sus dos próximas legislaturas sobre las leyes electorales, oportunamente para encarar sin cuestionamiento las elecciones del 2018.

Giovanni Sartori avizoró que la democracia subiría de calidad cuando sea deliberativa en los temas de fondo: bienestar, crecimiento o seguridad; empero, sería distractiva si en plenos comicios discutimos, por su improvisación, sobre el contenido legal de la dádiva electoral.

3) Codificación Electoral:

Ante la inflación normativa de distinto origen (legislativo, administrativo y político), Napoleón Bonaparte ideó la codificación moderna. A la dispersión de normas en el ámbito privado, había que darles orden sistemático, integración reguladora y coherencia en sus fines, así nació el Código Civil de 1804.

En el ámbito electoral la característica histórica en el siglo XIX ha sido en primer lugar la carencia de normas o la insuficiencia de estas, a comienzo del siglo XX las normas dadas por un Congreso civilista eran a conveniencia del grupo electoral hegemónico; a partir de 1931 se buscó romper este control legislativo por medio de un Poder Electoral autónomo, no obstante, en las últimas décadas las normas electorales han sido ocasionales, reactivas al humor político y muchas veces guiadas por intereses circunstanciales. Generándose una frondosidad normativa, engrosada con leyes orgánicas de los organismos electorales, leyes para elecciones generales, parlamento andino, regionales, municipales o de centros poblados.

Más aún, la Ley de Partidos Políticos (Ley 28094), con múltiples contradicciones, buscó enmendar con la Ley de Organizaciones Políticas (Ley 30414), que fue peor que la enfermedad por sus efectos en el reciente proceso electoral.

Si a todo esto le sumamos los 17 Reglamentos adicionales, nos enfrentamos a una diversidad de disposiciones cuya interpretación requiere de especialistas por su frondosidad.

La preocupación es de vieja data, ya el 2004 hubo un primer intento por acordar un Código Electoral (CE) emanado de la ONPE, que no prosperó; en el 2011 el JNE generó un mayor consenso en la opinión pública, formulando un proyecto de CE con 397 artículos, que iban desde un Título Preliminar donde se consignaban los principios en que se basa nuestro modelo electoral: Transparencia, imparcialidad, representación y proporcionalidad, entre otros.

Se uniformizaban criterios entre los organismos electorales (JNE, ONPE, RENIEC), se desarrollaba un capítulo sobre las organizaciones políticas, otro sobre los diferentes procesos electorales (desde las elecciones generales hasta la elecciones de los miembros del CNM o los jueces de paz).

Se contemplaban las clases de voto: válido, nulo, blanco, impugnado, e incluso el voto electrónico. Sin duda, un avance en la evolución electoral.

Hoy la demanda es unánime por un Código Electoral, en cabal cumplimiento del art. 31 de la Constitución por el cual los ciudadanos tienen derecho "de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo a las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica".

4) Intangibilidad Legislativa:

En el siglo XIX las pocas elecciones que se efectuaron fueron normadas por el Poder Legislativo y realizadas por oficinas administrativas del Poder Ejecutivo; no obstante, el afán continuista de los allegados al gobierno hacía frágil la neutralidad de los escrutadores, razón por la cual durante el gobierno de Nicolás de Piérola (1895-1900) se conformó una Junta Electoral integrada por los 10 mayores contribuyentes, haciéndolos independientes del poder político pero dependientes del poder económico, así nació la República Aristocrática (1895-1920).

Más aún, continuaron las impugnaciones a los resultados que surgían de variadas formas de manipulación en las mesas electorales, estableciéndose que el Poder Legislativo era la segunda instancia definitiva de las controversias electorales.

La Constitución de 1933 lo liberó del Congreso en su art 88: "El poder electoral es autónomo". La Constitución de 1979 estableció que al JNE: "Le compete conocer las materias relativas al ejercicio del derecho de sufragio" (Art. 286). La Carta de 1993 siendo más explícita en el procedimiento electoral no menciona la injerencia legislativa en materia electoral, lo que se produjo de manera tardía con la Ley 30414 (Ley de Organizaciones Políticas) que entro en vigor el 18 de enero de 2016, mucho después de la convocatoria al proceso electoral que se dio el 14 de noviembre pasado. La ley incorporó una variedad de modificaciones: sanción drástica a las dadivas, aumentó la valla a las alianzas electorales en 1 % por cada organización política adicional y aumento el número de invitados de los partidos de 20 % a 25 %, entre otras innovaciones, que trajeron consecuencias inesperadas en su aplicación en plena campaña presidencial.

Esto no debe volver a ocurrir. La misión de Observación Electoral de la Unión Europea ha diagnosticado: "La necesidad de una profunda

reforma no es ninguna novedad, pero el debate a nivel del Congreso se suele demorar hasta el siguiente periodo preelectoral, aumentando la presión para aprobar modificaciones incompletas y poco exhaustivas" (Julio, 2016). Siempre es necesario legislar para mejorar, la pregunta es: ¿hasta cuándo? Noventa días como en México, seis meses como en Costa Rica o como lo señala la Constitución del Ecuador en su art. 117: "Se prohíbe realizar reformas legales en materia lectoral durante el año anterior a la celebración de elecciones".

Se requiere el mayor consenso para establecer un pacto realista de intangibilidad legislativa que evite la zozobra de las últimas elecciones.

Los principios son los fundamentos originarios e incuestionables de una religión o disciplina, basados en la fe o en la razón, de ellos pueden derivarse derechos o reglas. El criterio jerárquico es que una regla no puede contradecir el principio.

La propuesta del Anteproyecto del Código Electoral (ACEE) no solo contiene una serie de modificaciones sustanciales al propio ordenamiento electoral sino también la incorporación de un Título Preliminar con el cual se busca un sistema de interpretación basado en criterios rectores.

El artículo II del Título Preliminar comprende los principios de: 1) Lealtad Constitucional, 2) Imparcialidad, 3) Independencia, 4) Legalidad, 5) Transparencia, 6) Participación, 7) Legitimidad democrática 8) Eficacia del acto electoral, 9) Conservación del voto 10) Publicidad 11) Preclusión y 12) Jurisprudencia electoral y precedente vinculante.

La estructura innovadora que se propone con el ACCE supone la introducción de principios que permitirán una mejor resolución de las causas, sujetándose siempre a los parámetros de justificación interna y externa de las decisiones jurisdiccionales, tal como sucede con el Código Procesal Civil, Código Procesal Penal y el Código Procesal Constitucional.

5) Cronograma electoral:

Las normas pertinentes al cronograma electoral, esto es el reglamento que incluye etapas y plazos del proceso electoral, son improrrogables y su aplicación es preclusiva, de ahí que se requiera un marco jurídico adecuado que permita el desarrollo de todo proceso electoral y transparente.

La irrupción normativa inadecuada puede ser perniciosa institucionalmente y generar desconfianza tal como ocurrió con la promulgación de la Ley 30414, cuyas modificaciones permitieron no solo la exclusión de candidatos, sino además la conservación de los registros de partidos – inc. A art. 13 - que decidieron no participar en elecciones.

La convocatoria a elecciones da lugar al cierre del padrón electoral, es decir con la convocatoria se determina simultáneamente la cantidad de electores hábiles, pero el Anteproyecto del Código Electoral (ACOE) va más allá, pues propone en su art. 137° que esta convocatoria se realice con 240 días anteriores al día de las elecciones. Ello significará en la práctica un cronograma más amplio para que las organizaciones respeten, con tiempo, lo establecido en él, como por ejemplo la realización de elecciones internas, presentación de listas, tachas, etc.

Así el RENIEC sería el encargado del cierre y tendría hasta 90 días anteriores a la realización de las elecciones para resolver cualquier impugnación que se pueda realizar al padrón, transcurrido dicho plazo lo remitiría al JNE para que éste, en un tiempo de 15 días máximos, finalmente lo apruebe.

El cierre del padrón corresponde la realización de elecciones internas, la propuesta del ACOE en su art. 88°, establece que éstas son obligatorias y simultáneas, para los cargos de elección popular cuyas elecciones deberían realizarse el primer domingo de diciembre del año anterior a las elecciones generales, mientras que para las regionales y municipales sería el primer domingo de junio del año de las elecciones.

En cuanto a la inscripción de partidos políticos así como de las alianzas, el plazo propuesto por el ACOE es de 130 días anteriores a las elecciones y no de 90 como lo señala la LOE o 30 días antes al cierre de inscripción de candidatos como lo establece el art. 15 de la LOP. Finalizado el proceso electoral, el art. 78 del ACOE propone la cancelación de la inscripción de los partidos que no hayan participado en las elecciones.

Por tanto, es importante conocer las etapas y plazos de todo proceso electoral, tener las normas bien definidas, predictibles y sobre todo que brinden seguridad tanto a los electores, operadores jurídicos, partidos políticos y postulantes. El debate es oportuno.

6) Primarias:

En el Perú uno de cada cinco organizaciones políticas cumple con lo exigido por la norma en relación a la selección de candidatos por medio de elecciones internas (primarias). La mayoría esquiva la democracia interna. Así se configura la paradoja de partidos elitistas que adquieren poder democrático sin practicarlo internamente.

La Ley de Organizaciones Políticas N°28094, establece un procedimiento dirigido por un órgano electoral autónomo, que norma hasta tres alternativas para la selección de candidatos y dirigentes: a) Elecciones abiertas (concurren afiliados y no afiliados), b) Elecciones cerradas (participan solo los afiliados) y c) A través de delegados (elegidos por los órganos del partido) de acuerdo a su Estatuto. No obstante, existen severas limitaciones a la democracia partidaria que devienen en conflictos internos que buscan ser resueltos por el ROP o conservadoramente reducir la participación a la cooptación de delegados, práctica generalizada, que en vez de fortalecer a los partidos termina debilitándolos.

El Proyecto del Código Electoral del JNE (2016), propone que las elecciones primarias sean 1) Cerradas: buscando con ello la participación activa de los afiliados hábiles, salvo que la disposición Estatutaria permita la participación abierta; 2) Simultáneas: la fecha única de las primarias pretende que un sistema político con mayor oferta se vuelve más competitivo en la selección de representantes, así se propone fechas: 2.1) Elecciones generales: Primer domingo de diciembre del 2020, 2.2) Elecciones Regionales y municipales: Primer domingo de junio del 2018; y 3) Obligatorias: ningún partido que aspire seriamente al poder podría sustraerse, con alguna excusa política, a este acto que legitima su vocación democrática.

El anteproyecto garantiza la autonomía constitucional de los partidos y sus órganos electorales, propugnando que el sistema electoral, a través del RENIEC, le facilite las elecciones internas elaborando el Padrón Electoral, la organización de los comicios internos por parte de la ONPE y el JNE como ente fiscalizador y última instancia en la resolución de controversias internas.

La convocatoria a elecciones primarias, simultáneas y obligatorias repercutirá en las estructuras partidarias: daría protagonismo a los militantes, atraería nuevos afiliados, estimularía la rotación generacional, restaría importancia a las encuestas, daría una nueva legitimidad a nuestro débil

sistema de partidos. Con ello se conseguiría mayor transparencia en la dinámica de las organizaciones políticas, se recuperaría la confianza en ellas y se reconocería la plena legitimidad de su representatividad en los comicios del 2018 y 2021.

7) Paridad:

Es imposible construir una democracia auténtica, sin incluir plenamente a la mujer.

En los últimos años hemos ido en busca de esta reparación política: en 1956 se dio el derecho al sufragio de las mujeres alfabetas, en 1980 el derecho de las analfabetas, en 1997 la cuota de género se cifró en el 25 % (menos que Colombia, Brasil o Argentina) y en el 2000 la cuota se incrementó en 30 % (menos que Costa Rica). Hoy la demanda es que la cuota sea paritaria (50 %), se respete la alternancia en las listas de postulantes, con tres criterios de reivindicación para la mujer: i) Redondeo al número inmediato superior para la cuota, ii) Que las candidatas tengan atributos concurrentes (joven, mujer y nativa), iii) Que se aplique el mismo criterio para las accesitarias.

En América Latina, la lucha contra la desigualdad, la discriminación y la exclusión está en relación al trato a la mujer. Allí donde se ha garantizado la participación equitativa de la mujer se ha fortalecido los sistemas de partidos como en México (2014), Bolivia (2009) y Ecuador (2008). En nuestra experiencia desde el establecimiento de la cuota la participación femenina que no pasaba del 10 % en todos los comicios previos, se ha visto progresivamente incrementada hasta llegar al 28 % de la actualidad.

Además, en la sentencia del TC (Exp. N.° 03525-2011-PA/TC) se precisó que constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: a) igualdad ante la ley y b) igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos y la segunda implica que una norma no debe establecer trato diferenciado, salvo para aquellos grupos vulnerables (niños, mujeres, personas con discapacidad).

La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por tanto, no se vulnera este principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20). Todo ello en correspondencia con los acuerdos internacionales, como la *Convención*

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995); y la Declaración del Milenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Otro es el caso Janet Espinoza Feria y otras *v.* Perú, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Petición 12.404 - CIDH), de octubre de 2002, en el cual se reclamó que para las elecciones generales del 2001, en algunos distritos electorales (Ica, Callao y La Libertad, no se había cumplido con el mínimo porcentaje de la cuota del 30%), antes que el caso llegue a la CorteIDH, se optó por una solución amistosa entre el Estado y las peticionantes, con el compromiso del JNE (2011) de presentar un propuesta de ley ante el Congreso regulando la aplicación de la cuota electoral de mujeres

En la actual conformación del Congreso se aprecia que de 130 congresistas sólo son 36 mujeres ante 94 varones. En los gobiernos regionales, de 26 gobernadores, solo una mujer es gobernadora. Hay un consenso para esta reforma, se requiere el acuerdo legislativo.

8) Cuota comunal y nativa:

En 1931 el Partido Comunista pretendió inscribir como candidato presidencial a un dirigente campesino del Cuzco, Eduardo Quispe Quispe, quien era analfabeto, quechuahablante y cobrizo. La mayoría de los peruanos adultos eran analfabetos, con índices altos en Puno (70%), Cuzco (60%), Ayacucho (50%), estadísticamente cerca de la mitad de los peruanos no hablaban el castellano. Aun así, este candidato que calzaba ojotas fue excluido de aquellas elecciones que se pretendían competitivas.

Una de las contradicciones más fragrantes de nuestro sistema democrático ha sido la exclusión de las poblaciones originarias. La Constitución, los Tratados y la jurisprudencia de la Corte IDH (Caso Yatama, nativos nicaraguenses) ha reconocido estos derechos; más un intenso proceso de migración, aculturación y mestizaje ha neutralizado su importancia electoral (salvo en Bolivia, Guatemala y en menor medida Ecuador).

El problema no es solo legal, sino también cultural, pues hace falta implementar un padrón electoral exclusivo de comunidades campesinas y nativas para conocer en realidad el número de integrantes de cada pueblo

o cuántos pobladores se reconocen como comuneros por ser un criterio fundamental relacionado a la autoidentificación.

Desde el 2006 que empezó a aplicarse la cuota fueron elegidas 37 autoridades indígenas, entre consejeros y regidores, en el año 2010 fueron elegidos 48 nativos y en el 2014 fueron votados por la cuota 131 representantes. Se ha avanzado pero es insuficiente, pues en cada comicio regional y municipal se elige a no menos de 12,756 ciudadanos (entre gobernadores, alcaldes, consejeros y regidores), de este total los nativos solo son el 1 %, quedando la cuota como una ficción democrática.

Frente a ello, en el Anteproyecto del Código Electoral presentado por el JNE se ha mantenido la cuota mínima de quince por ciento (15%) de representantes de comunidades campesinas y nativas de cada provincia correspondiente. El problema era que al ser estos grupos electorales minoritarios difícilmente alcanzaba la cifra repartidora, sumando votos para el partido, mas no para el candidato. Para resolver este impase se aplicará a la hora del cómputo la cifra repartidora diferenciada, la que se aplicará exclusivamente entre estos colectivos nativos. Se cumple con muchas dificultades la cuota para la postulación (15 %), pero para la elección podía disminuir en casos extremos hasta el 0%. Hay que acometer una reforma que permita de manera real cumplir con el pluralismo étnico, lingüístico y cultural del Art. 2 inc 19 C.P de nuestro país, para que nunca más un Quispe Quispe sea vetado como candidato, o como ahora, no elegido por falta de electores.

9) El financiamiento de los partidos:

Robert Dahl identificó que uno de los temas más conflictivos de la democracia contemporánea era el financiamiento partidario, para hacer que la competencia no sea desproporcionada entre los diferentes actores electorales era necesario dar oportunidades de exposición a sus candidatos, sus propuestas y slogan en condiciones paritarias.

El Partido Laborista inglés fue el primero que sustentó sus campañas en las contribuciones de los sindicatos de trabajadores que lo sostenían. En EE.UU. se basaron en una tradición privada que ha evolucionado desde los 100 mil dólares que costó la campaña de Lincoln en el siglo XIX hasta los 10 millones de dólares que invirtió la fulgurante campaña de Kennedy

en el siglo XX. Hoy se calcula que la campaña que enfrentó a Trump y Clinton representó más de 5,000 millones de dólares.

En nuestro caso, según la ONPE, los costos de campaña informados por sus promotores por sus promotores fueron aproximadamente de 66'423,000, de estos el 80 % representó los gastos de publicidad. Para la Misión de Observadores de la Unión Europea: "el 20 % restante parecería insuficiente para cubrir todas las demás actividades relacionadas a la campaña", parecería austero para cubrir conferencias, mítines, viajes, giras, pasacalles y movilizaciones en general en un país tan grande con más de 2,000 ciudades, parecería austero. Para algunos observadores los gastos totales representan 5 veces más. Ese "agujero negro" se presta a muchas especulaciones, razón por la cual debemos deliberar un modelo que haga efectivo el financiamiento más democrático a los partidos y se evite cualquier infiltración extralegal en la política.

La ley 30414 permite un financiamiento mixto (privado-publico), sin renunciar a lo privado le pone límites y controles, su innovación radica en el financiamiento público directo en función de los sufragios obtenidos en las últimas elecciones al Congreso. Se busca financiar a la organización estable no a sus ocasionales candidatos, obliga a bancarizar sus finanzas, sufragar sus gastos administrativos (locales, personal, etc.) e invertir en formación política, capacitación en gestión gubernamental y preparación de sus cuadros jóvenes.

La ONPE es la responsable de la verificación y control de las actividades financieras externas de las organizaciones políticas. Se pretende hacer que los partidos no sean organizaciones precarias sino instituciones permanentes con estructuras administrativas eficientes y transparentes.

Dalh no se equivocó cuando identificó que el problema democrático no era solo de representación sino, además, de financiación.

10) Dádivas: razonabilidad y proporcionalidad:

En pleno proceso electoral 2016 dos prominentes candidatos entregaron dádivas, pertenecían a distintos partidos políticos, ambos fueron excluidos de la contienda electoral.

Esta situación fue generada con la modificatoria introducida en enero del 2016, mediante la Ley 30414, adicionando el art. 42° a la Ley 28094. Lo

preocupante del tema no solo pasaba por las modificatorias introducidas en pleno proceso electoral - hoy proponemos en el art. V del Título Preliminar del Anteproyecto del Código Electoral la prohibición de reformas hasta un año antes de cualquier elección - sino además por lo desproporcionado de la sanción impuesta, toda vez que la legislación vigente no permite advertencias básicas o no repara en la gradualidad de la sanción.

La proporcionalidad o prohibición de exceso de la sanción es un deber de la actuación estatal cuando se trata de limitar derechos, más aún cuando son fundamentales como es el caso de la participación política (Art.2, inc.17 de la Constitución). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el EXP. N.° 2235-2004-AA/TC que: la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de i) razonabilidad y ii) proporcionalidad.

En esa misma línea, mediante la STC N.° 0050-2004-AI/TC, el colegiado ha referido específicamente que: "(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la i) realización del fin de la medida examinada y ii) el de la afectación del derecho fundamental"

En base a estos fundamento, el Anteproyecto del Código Electoral, específicamente en su artículo 321°, el Jurado Nacional de Elecciones propone: a) mantener el porcentaje de 0.5% de una UIT como cantidad límite; b) ponderar la conducta prohibida según la gravedad de su comisión; c) remitir al fuero penal la inobservancia del candidato infractor, según lo dispuesto por los artículos 356° del Código Penal y 446° del Código Procesal Penal, a fin de determinar responsabilidad según corresponda.

En resumen: la dádiva debe ser sancionada, la sanción debe ser proporcional a su gravedad y la exclusión debe basarse en la razonabilidad constitucional.

11) Voto en el exterior:

Las Convenciones han reconocido el derecho a la migración y Alemania ha establecido una legislación avanzada -a pesar del fenómeno yihadista- . En nuestro país, todo peruano tiene el derecho constitucional a salir y entrar al país, a residir en nuestro territorio o en el extranjero sin menoscabo de sus derechos políticos. El papel de los peruanos en el exterior es extraordinario, sólo el aporte económico de las remesas internacionales bordea los 3 mil millones de dólares. ¿Quién representa legítimamente esa laboriosidad nacional en el exterior?

Habiéndose conquistado el derecho activo a sufragar -todavía con limitaciones como el cambio de domicilio en el DNI antes del cierre del padrón electoral-, requerimos reconocer su derecho pasivo a ser elegido; hasta el día de hoy han existido 15 proyectos de ley para recocerles este derecho, por esta razón el trato igualitario no debe postergarse más. Los partidos deben tener secciones internacionales para dinamizar su reconstitución con las connacionales en el extranjero.

En la última elección general del año 2016, acudieron a las urnas 472,027 de 884, 924 electores hábiles para emitir su voto en el exterior, es decir solo acudió el 53%, este ausentismo ha ido creciendo durante las últimas tres elecciones generales. Así, el continente Africano es el que menos electores hábiles tuvo con 261 y de estos solo asistieron a votar 87 y el continente con más peruanos sufragantes en el extranjero es norte América con 319,026 de un total de 597,172, siendo Argentina, Chile y Venezuela los países con mayor presencia de peruanos concentran en su territorio. En Europa asistieron 138,312 de un total de 248,982 hábiles. Asimismo, en Asia sólo acudieron 12,471 de un total 33,647 y en Oceanía fueron 2,131 de 4,862 connacionales.

En el Anteproyecto del Código Electoral presentado por el JNE se ha propuesto la creación del distrito electoral para peruanos residentes en el extranjero con un total de 1 escaño, como mínimo; el debate se centra, si se aumentaría al número actual de congresistas de 130 a 131 escaños (requiere reforma constitucional) o se redistribuiría de manera proporcional de los 36 escaños que le corresponden al electorado de Lima Metropolitana que se reducía a sólo 35 curules. La propuesta es impostergable al 2021.

12) Conclusiones

1. Constitución y democracia son conceptos autónomos que en algún momento de la historia se han asociado y se han complementado. No nacieron juntos y en algún momento marcharon disociados.

2. Más aún, la antropología ha demostrado que en ciertos casos, antes de la propia existencia de la forma de Estado, hubo organizaciones basadas en prácticas democráticas. En nuestro caso el ayllu y el camachicoc[2] preexistieron al Estado[3] y a la propia Constitución escrita.

3. Con el surgimiento del Estado las prácticas comunales o tribales fueron subordinadas al nuevo poder institucional que surgía para monopolizar la coerción y la fuerza. El Estado nació como una forma de organización social superior. No surgió por consenso; emergió de la voluntad de un sector que pudo defender mejor la seguridad del grupo, de aquel que enfrentó las amenazas externas, razón por la cual el Estado no aparecía como un acto democrático, sino -muchas veces- como un hecho de fuerza, como un Estado de necesidad. De allí esta pugna interminable entre Estado y democracia.

4. En Grecia se encontró una asociación creativa entre Estado y tribu, entre la política y la norma, entre el poder y la ciudadanía. Atenas sería la ciudad-estado, donde la razón le sacó ventaja a la naturaleza, donde las tribus, manteniendo sus tradiciones ancestrales al interior de la polis[4], tomaban decisiones colectivas a través del sufragio.

---

2 "Asamblea general efectuada en el ayllu para discutir cuestiones de interés común y organizar las actividades colectivas. En ella participaban hombres y mujeres. Influyó en la conservación de las tradiciones y en la firme persistencia de la solidaridad. Por eso fue mirada con recelo y combatida durante la dominación española, y no obstante, ha subsistido hasta nuestros días en las comunidades". Tauro Del Pino, Alberto (2001): *Enciclopedia Ilustrada del Perú*, Lima: Peisa. Para profundizar la relación entre democracia y camachicoc puede revisarse: Miro Quesada Rada, Francisco (1990): *Democracia directa y derecho constitucional*, Lima, Artes y Ciencias, Editores.

3 Para Ernst Wolfgang Backenfondini: "La pregunta por la esencia de la democracia tiene una respuesta ampliamente extendida: en esencia la democracia significa autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos". "Democracia y representación". *Estudios sobre Estado de Derecho y la democracia* (2000) Editorial Trotta S.A, Madrid, p. 133.

4 Hugo Neira ha hecho un meritorio trabajo en *¿Qué es la República?*, Instituto de gobierno, USMP, Lima 2012, precisando: "La *polis* griega no puede ser confundida

5. En la Atenas de Pericles[5] todos los asuntos ordinarios y extraordinarios se debatían en Asamblea. El Ágora[6] era el centro social, político y comercial, donde prevalecía la dialéctica del debate, cuya expresión era el uso de la palabra, y se votaba a mano alzada las decisiones colectivas. La Asamblea fiscalizaba a los magistrados, a quienes podía revocar. Había democracia, pero no había Constitución. La democracia era racial, pues los extranjeros (metecos) estaban negados en esta forma institucional. La democracia era excluyente también para los esclavos (ilotas), las mujeres y los niños. La democracia era para la minoría de los habitantes de la polis, pues la mayoría de los ilotas[7] no eran tomados en cuenta.

6. Una de las razones de la crisis de la democracia ateniense fue la contradicción entre las tribus ancestrales y su sentido de clan y las emergentes clases sociales y su dinámica mentalidad económica. Entraron en pugna el pasado y el presente, el mito y la razón, el campo y la ciudad, lidiando por su primicia el *demos* y la *cracía*.

7. Roma, a pesar de sus avanzadas formas jurídicas, merced a su formidable organización administrativa y su desarrollado orden estatal, basado en un ejército altamente especializado, no llegó a alcanzar formas democráticas de manera permanente. Más aún, Séneca rozó la dignidad humana cuando sentenció: "El alma recta, buena, grande [...] puede encontrarse en cualquier hombre, en un caballero romano

---

con la res publica romana ni con la autonomía casi municipal encarnada en las ciudades-estado italianas, ni con la emergencia moderna de la nación revolucionaria de 1789 ni con la originalidad de la nación americana. En el curso de la historia universal lo republicano se ha ido entremezclando a realidades a la vez teóricas y prácticas, Estado, nación, volg o pueblo", p. 250.

5 Ferrero Rebagliati, Raúl; "Pericles y la democracia ateniense". *Mercurio Peruano*, N° 243, año XII, Lima, 1947.

6 Termino que proviene del griego àyopdr, y asamblea, de àyelpw, se refiere a reunir, así se denominaba en la Antigua Grecia a la plaza pública de las ciudades-estado griegas (polis).

7 Nombre con el que se conocía a todos los esclavos de Esparta o Lacedemonia, empero, el termino ilotas o helotas en su origen se refería a los habitantes de "Helos", quienes al haberse rebelado sin éxito, fueron hechos prisioneros y reducidos a la esclavitud por Agis I, hijo de Euristeno, rey de Lacedemonia, por los años 159 a.n.e., fecha a partir de la cual el nombre de ilotas se aplicó a todos los esclavos en general.

o en un liberto o en un esclavo ¿Qué son, en efecto, caballero, liberto, siervo? Nombres dados por la ambición o por la injusticia"[8].

8. Ni sus comicios, ni su plebiscito, ni su senado y su república, pudieron prevalecer al Imperio, a la oligarquía, al cesarismo y la autocracia. La rebelión de Espartaco[9] (73-71 a.n.e.), denunciará la contradicción entre un derecho avanzado y relaciones sociales anacrónicas. Una vez más encontramos la pugna entre democracia y Estado, entre derecho e igualdad, orden y libertad.

9. Quien mejor comprenderá la crisis de la República será Cicerón, pues La República (54 a.n.e) y Las Leyes (50 a.n.e), avizora las dos amenazas o el caudillaje del Imperio.

10. Cicerón[10] romaniza su concepto de República: no cree en la ética de las políticas, cree que es posible hacer virtuosas las instituciones, pues en cinco siglos (509 a 27 a.n.e) han sobrevivido a todas las amenazas. Su ilusión terminó cuando fue decapitado por orden de Octavio, el futuro Emperador Augusto, majestuosos, sin límite, entre lo humano y lo divino.

12. Según Polibio, la democracia originaria fue devorada por la oclocracia[11], y esta a su vez por la anarquía. Este caos circular sería

---

8 *Roma. Historia Universal*, Tomo VI, Salvat Editores. Lima, 2005, p. 367.

9 Espartaco representa la figura del personaje que se alza en contra de la sociedad que lo oprime y lo esclaviza en busca de la libertad y la igualdad, lo que lo convierte en un clásico atemporal. Recomendamos el libro *La rebelión de Espartaco* de Carlos Javier Pacheco López, Ediciones Sátrapa, 2010.

10 Marco Tulio Cicerón (106-43 ane), político y jurista romano, cuya elocuencia lo haría memorable. A sus datos intelectuales, considerado uno de los mayores conocedores del pensamiento griego, le sumó su protagonismo político fue cuestor, pretor, cónsul y gobernador de Macedonia. Vivió los años posteriores de la República y la crisis que produjo la guerra civil, siendo una de sus víctimas.

11 Sobre el 200 a.n.e., se llamó oclocracia al fruto de la acción demagógica. Polibio la definió como "la tiranía de las mayorías incultas y uso indebido de la fuerza para obligar a los gobernantes a adoptar políticas, decisiones o regulaciones desafortunadas. Cuando esta (la democracia), a su vez, se mancha de ilegalidad y violencia, con el pasar del tiempo, se constituye la oclocracia". Historia, Vol. VI. Polibio, p. 3. También es conocida como el gobierno de la muchedumbre (del griego òxitoxparía, del latín ochlocratia), para Aristóteles es una de las tres formas específicas de degeneración de las formas puras de gobierno.

salvado por la oligarquía. Este régimen autocrático se magnificó con el pensamiento escolástico, que provocó los más fieros fanatismos que consolidaron por siglos el despotismo, la exclusión y el poder estatal absoluto.

13. En 1215 los barones ingleses, tras cruenta rebelión, obligaron al soberano absoluto Juan a suscribir un pacto, conocido históricamente como Carta Magna, que restablecía derechos de los nobles, garantizaba derechos feudales y limitaba ciertos atributos de la corona.

14. La Carta Magna no contenía libertades para los burgueses, no tenía normas igualitarias, no traía instituciones democráticas; no obstante, se transformó en el símbolo del comienzo del fin del absolutismo inglés: limitó el poder del monarca, lo sometió a una legalidad y fundó las bases que dieron origen al derecho de petición, al hábeas corpus y al bill of rights. Todas estas reformas, hechas en cerca de 500 años, sentaron las bases de la democratización de la sociedad, que se expresó en un parlamento, que se puso por encima de la corona.

15. Así como la Carta Magna no significó la legalidad inmediata, el parlamento no estableció la igualdad a priori, ni esta fue el componente ideal de la democracia inglesa. Hasta 1909 los Lores tuvieron tanta o más preeminencia política que los Comunes. Había democracia formal, empero no había igualdad material.

16. Esta misma contradicción se dio con la Constitución de Filadelfia (1787). Sus constituyentes estuvieron preocupados por la libertad (expresión, religión, conciencia, comercio, etc.) antes que por la igualdad. Se quería propietarios primero, ciudadanos después. EE.UU. era un modelo constitucional, pero su texto no garantizaba un modelo democrático, menos un sistema igualitario. Largo fue el debate: ¿seguir el ejemplo de Atenas o imitar a Roma? ¿Construir una sociedad de ciudadanos o una de aristócratas? El debate entre Thomas Jefferson y Alexander Hamilton expresó esta discrepancia constitucional.

17. La guerra civil (1861-1865) posibilitó la inclusión, que todavía libró otras batallas en el siglo XX, como el caso Rosa Parks[12] en 1955. Había

12 Rosa Parks (1913-2005), una humilde costurera afronorteamericana, en 1955 se negó a ceder su asiento en un transporte público, contraviniendo la legislación

Constitución, pero era un proyecto de optimización en sus derechos fundamentales. Había elecciones, pero los votantes no eran iguales.

18. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, buscó asociar Constitución y democracia, igualdad y democracia, ciudadanía y libertad[13]. Los girondinos, gestores de la Convención, convenían que la Constitución debía garantizar la libertad y la estabilidad, en tanto los jacobinos[14] consideraban que la Constitución debía garantizar la igualdad y los cambios. Si se transformaba al siervo en ciudadano, se edificaba una sociedad de iguales y solo ella podría construir la promesa roussoneana de la voluntad general, que era -para los ilustrados- la plena expresión de la democracia[15]. Los jacobinos, con empeño voluntarista, durante el terror revolucionario (1793-1794), quisieron terminar físicamente con todo lo que representaba el antiguo régimen, edificando un nuevo Estado, implantando una dictadura revolucionaria que garantizara, por la fuerza, la igualdad, y que sentará las bases de una democracia universal. Este experimento social no solo acabó con las libertades sino con la propia Constitución. La voluntad se puso delante de la realidad; el deseo, encima de la Constitución.

19. Sin embargo, esta idea, que racionalizaba la convivencia política y cuya legitimación debían dársela el sufragio universal y el orden constitucional, fue un proceso inconsistente que dio pie a la crítica

racista de Montgomery, a un viajero blanco. Su resistencia a acatar una norma que afectaba su dignidad, produjo su arresto y una multa de 14 dólares. Este hecho se convirtió en un hito en la lucha por los derechos civiles. Había Constitución, había elecciones periódicas, pero no había igualdad, insumo esencial de toda la democracia moderna.

13 A. De Lamartine (1965): *Historia de la Revolución francesa*, Vol. I y II, Barcelona: Sopena, 1965.

14 Club revolucionario francés cuyo nombre original era la Sociedad Amigos de la Constitución, que se reunieron en una taberna próxima a la calle de San Jacobo.

15 "La tesis de Rousseau, uno de los padres de la democracia moderna, de que la soberanía no es susceptible de transmisión, de que reside de forma inalienable en un pueblo. Rousseau define la soberanía del pueblo como algo inalienable y su consecuencia también como algo no susceptible de ser representado" Wolfgang Backenfondini, Ernst (2000): "Democracia y representación". *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Ed. Tratta, Madrid, p. 134.

autoritaria. Recuérdese que en Francia recién se obtiene el sufragio femenino en 1946 y en Suiza en 1971, mientras que en Estados Unidos recién con la enmienda 24 dada en 1962 se retira las últimas trabas para el voto de los ciudadanos negros. Ante estas contradicciones del modelo, saldrán impugnadores desde el extremo, aquellos que reclamaban una democracia de "corporación" y otros que inventan una denominada "democracia popular". Inclusive la crítica marxista no renunciaba a la democracia de mayoría, y pretendía radicalizarla para someter a la minoría y su "egoísmo" individualista[16].

20. Un hecho que abonaba en el distanciamiento de la democracia existente era que ella, aun habiendo superado el elitismo de los griegos, era una minoría de países. Un reciente estudio de Michael Doyle señala que en 1900 no había más de trece países con rasgos democráticos; en 1919, no más de 25; en 1960 -contando más de ciento cuarenta países- no pasaban de 36, y en 1994 -contando más de 201- no pasan de los 70 Estados. Todos tenían Constitución, eran Estados con constitución, pero muy pocos eran Estados constitucionales. La democracia, siendo el modelo culturalmente más avanzado, en ningún momento del siglo XX fue el sistema predominante en el planisferio mundial, sino el privilegio excluyente del desarrollo económico, que alienta el desarrollo constitucional.

21. Ningún país de América carece de texto constitucional; casi todos -con excepción de EE.UU. y Argentina- poseen densidad de cartas constitucionales, y en su interior compiten las libertades y derechos electorales. No obstante, las tradiciones, representación y regímenes políticos no han sido democráticos; las élites en muchos casos han

16 "El desafío de la Comuna de París en 1871 según la descripción de Marx, la cual aparece como ejemplo de un sistema de dominio democrático y autónomo que se realiza de manera directa. E Marx la Comuna no se entiende como un proceso de transformación revolucionaria del poder del Estado existente, que habría de mantenerse en cuanto tal, aparece más bien como una revolución contra el Estado mismo, orientado a la destrucción de "esta máquina abominable del dominio de clase" y su sustitución por el dominio autónomo y directo del pueblo, la identidad entre gobernantes y gobernados". Wolfgang Backenfondini, Ernest. Ibíd., p. 135.

tenido prácticas oligárquicas y excluyentes[17], en tanto las mayorías han convivido con formas autoritarias y no democráticas.

22. Nosotros desde 1823 proclamamos: "La soberanía reside esencialmente en la Nación y su ejercicio en los magistrados, a quien ella ha delegado sus poderes" (Art. 3°). No obstante, el régimen representativo nunca fue genuino a lo largo del siglo XIX. Había elecciones, pero no había democracia. En las primeras elecciones, de un universo de millón y medio de electores, solo un millar de personas estaban calificadas para sufragar. Había Constitución, que se reclamaba democrática, pero el ejercicio de derechos ciudadanos no alcanzaba a más del 1% de ciudadanos. ¿Dónde estaba la mayoría? ¿Dónde estaba la

17 Finalmente hacemos referencia al Informe *La democracia en América Latina*, iniciativa importante del PNUD en la región en los últimos años. Su objetivo amplio es servir de catalizador de un debate, aportar datos objetivos y un marco analítico para este diálogo. El subtítulo del Informe; "Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos" se refiere a su tesis subyacente, "los gobiernos democráticamente elegidos de la región aún no han cumplido las aspiraciones políticas, sociales y económicas de los latinoamericanos y latinoamericanas". Algunos datos importantes son:

- En el año 2002 un 43% de los ciudadanos y ciudadanas tenía actitudes democráticas, un 30,5% actitudes ambivalentes y un 26,5% actitudes no democráticas.
- En el 2002, más de la mitad de los latinoamericanos y latinoamericanas (54,7 %) preferiría un "régimen autoritario" a uno democrático, si le "resolviera" sus problemas económicos.
- El 2003 la región contaba con 225 millones de personas cuyos ingresos se situaban por debajo de la línea de pobreza.
- Desde el 2000 cuatro presidentes electos de los 18 países del estudio se vieron obligados a renunciar antes de completar sus mandatos como consecuencia de una pronunciada caída del apoyo popular
- La primera generación de latinoamericanos y latinoamericanas que ha alcanzado la mayoría de edad en las democracias vigentes prácticamente no ha experimentado crecimiento del ingreso per cápita y se registran disparidades sin precedentes en la distribución del ingreso nacional.
- El 59% de los políticos consultados cree que los partidos no están cumpliendo adecuadamente su papel.
- De este informe, por las referencias de los expertos entrevistados, estos ejemplos no son sino el resultado natural del contexto singular de lo que en el Informe se describe como "el triángulo de América Latina" democracia, pobreza y desigualdad.

soberanía popular? Así podemos distinguir etimológicamente a la democracia como el gobierno del pueblo, reconocido literalmente en las Constituciones de nuestro país, pero disociado de la realidad: 1826 - Art. 8° "La soberanía emana del pueblo, y su ejercicio reside en los Poderes que establece esta Constitución"; 1933 - Art. 1° "El poder emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen"; 1979 - Art. 81° "El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley"; y 1993 - Art. 45° "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen [...]".

23. Recién en 1920 son reconocidas las comunidades indígenas -proscritas durante un siglo republicano- y en 1956 son admitidas las mujeres como ciudadanas. En 1975 por Decreto se reconoce al quechua como lengua oficial, en 1978 se permite votar a los mayores de 18 años, en 1980 se otorga el derecho de sufragio a los analfabetos y, finalmente, los militares obtienen este derecho en el 2005.

La participación democrática ha sido un proceso lento, controvertido y en algunos casos tardíos -como el de los analfabetos-, para afirmar una convivencia democrática como lo han postulado casi todos los textos constitucionales.

24. El Tribunal Constitucional la ha definido como un sistema binario, que incluye, pero a su vez debe garantizar bienestar. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no solo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de Derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (Artículo 3° de la Constitución),

hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural (Exp. N° 008-2003-AI/TC, F 4.1.c).

25. Lo que se pretende es, no solo tener Constitución y derechos nominales, sino además que el Estado Liberal se transforme en Estado Social, y este a su vez sea Estado Democrático que complete el programa del Estado Constitucional de Derecho. Así habría un encuentro fecundo entre Constitución y democracia[18], entre realidad y norma, entre legalidad y legitimidad.

13) Bibliografía

A. De Lamartine (1965): *Historia de la Revolución francesa*, Vol. I y II. Barcelona, Sopena.

Kelsen, Hans (1977): *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona, Ediciones Labor.

Ferrero Rebagliati, Raúl (1947); *Pericles y la democracia ateniense*. Mercurio Peruano, N° 243, año XII, Lima.

Miro Quesada Rada, Francisco (1990): *Democracia directa y derecho constitucional*, Lima, Artes y Ciencias, Editores.

Pacheco López, Carlos (2010) *La rebelión de Espartaco*, Ediciones Sátrapa

Roma. Historia Universal (2005), Tomo VI, Lima, Salvat Editores.

Tauro Del Pino, Alberto (2001): *Enciclopedia Ilustrada del Perú*, Lima, Peisa.

Wolfgang Backenfondini, Ernst (2000): *Democracia y representación. Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Ed. Tratta,

18 La idea de la democracia, como se demuestra, es la idea de libertad en el sentido de autonomía y autodeterminación política; su expresión más pura se encuentra ahí donde el orden jurídico estatal es creado por los mismos que a él le están sometidos, ahí donde las normas de conducta de un pueblo son acordadas por el pueblo mismo, reunido en asamblea. Kelsen, Hans (1977): *Esencia y valor de la democracia*. Ediciones Labor.

CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

(LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA)

Francisco Miro Quesada Rada[1]

1.- INTRODUCCION

Son cinco los hechos que, a lo largo de nuestra historia republicana han afectado la calidad de la democracia y por ende el funcionamiento de esta en los partidos políticos, en cuanto una característica particular, situación que a la larga fue uno de los factores más significativos en la producción de la crisis de los partidos políticos peruanos, desde 1988 a la fecha.

La herencia colonial, que generó una cultura política autoritaria.

El Péndulo del Poder. La historia política del Perú, desde nuestra independencia en 1821 y a lo largo del siglo XX, ha sido pendular. Con frecuencia, y en muchos casos fue una tendencia que no se ha vuelto a manifestar en el siglo XXI donde se han realizado cuatro procesos

1 Past Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Sección Peruana. Profesor de Ciencia Política de la Facultada de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Director de la Escuela de Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos . Profesor de Ciencia Política en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma.

electorales. Un aspecto a resaltar que contribuye a mejorar la calidad de la democracia.

El Caudillismo, resultado político de la herencia colonial autoritaria, en donde primero el caudillo militar y luego el caudillo civil, reemplazaron al Virrey tendiendo hacia una fuerte concentración del poder, que se manifestará en los partidos políticos.

El Clientelismo, es decir, la relación de "compra-venta" política, ya sea por el intercambio de productos, o la oferta de los mismos a través de dádivas para conseguir adherentes y votos, o el ofrecimiento de cargos para la obtención de poder y prestigio, que los candidatos hacen a los electores y seguidores.

El secretismo. Una actitud política, vinculada con la herencia autoritaria, justificada por "razones de Estado", lo que afectó seriamente la transparencia, fundamental para general confianza en la ciudadanía, respecto al comportamiento de las autoridades.

Este fenómeno histórico ha sido perfectamente detectado y a la fecha muchas de sus características siguen vigentes. Al respecto tal situación se ha intentado superar a través de la Ley 28094, Ley de Organizaciones políticas más allá del reconocimiento constitucional de los partidos políticos que en el artículo 35, titulado de las Organizaciones Políticas, establece que "los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individuales o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a la ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica".

Este artículo también precisa, que "la ley, establece normas orientadas al funcionamiento democrático de los partidos y a la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general". El artículo mencionado de esta norma precisa que los partidos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y a los procesos electorales. Además los considera instituciones fundamentales para la participación política de la ciudadanía y base del sistema democrático.

2.- LAS ELECCIONES INTERNAS

Con la finalidad de promover la democracia interna, el art. 23 de la Ley de Partidos Políticos establece que candidaturas están sujetas a elección interna. La lista va desde Presidente y Vicepresidente de la República, hasta cualquier otro cargo que disponga el Estatuto. O sea que pueden participar en elecciones internas los candidatos al Congreso, los que postulan a cargos regionales y municipales, en consecuencia, como señala el artículo 24 de la ley citada, todos los militantes y los afiliados están sujetos a estas elecciones internas. Sin embargo el inciso "C" precisa que pueden haber elecciones a través de los delegados elegidos por los órganos partidarios conforme lo disponga el Estatuto, y que "hasta la quinta parte del número total de candidatos puede ser designada directamente por el órgano del partido que disponga el Estatuto. Esta facultad es indelegable". Esta potestad no puede ser aplicada para el caso de candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, los cuales deben ser necesariamente elegidos.

Aquí la norma es tajante para este último caso. Sin embargo en la mayoría de los casos vemos que ella no se cumple, porque salvo excepciones, los candidatos a la presidencia son elegidos a través de los delegados, los que en algunos casos tampoco son elegidos como dice la ley sino designados por la cúpula que tiene el control del partido. Este hecho por sí sólo es el resultado del caudillismo que todavía persiste al interior de los partidos políticos. El Caudillo, no sólo es el líder, sino el fundador, ideólogo y conductor del partido. En consecuencia, para que realmente pueda funcionar la democracia interna en los partidos políticos peruanos, no sólo debe desaparecer la cultura del caudillismo, sino que debe derogarse el inciso "c" del artículo 24, porque es aquí donde se produce la distorsión que afecta la democracia interna. La elección indirecta a través de los delegados es el resultado de "amarres" al interior de los partidos políticos peruanos.

Además de esta costumbre de los partidos condicionados a unos caudillos, existe lo que se denomina cúpula, o sea el entorno político allegado al Caudillo, que cumple su cometido en cuanto controla el aparato partidario, a través de los cargos y funciones que desempeñan en su interior, aquí se cumple la ya conocida "Ley de Hierro de las Oligarquías al interior de los partidos políticos", que esgrimiera Michels a comienzos del siglo XX.

En conclusión la democracia interna en los partidos políticos está afectada por el caudillismo, pero también por un inciso, "C", que traslada la libre voluntad de elegir de los militantes, a unos delegados que en la mayoría de los casos están vinculados con el caudillo y el aparato burocrático partidario que forma su entorno. Precisamente el legislador ha mantenido esta práctica y la refuerza con el inciso mencionado. Esto obedece a que todavía la mayoría de los políticos peruanos no se desprenden de la nefasta "sombra del caudillo", pero tampoco el elector acostumbrado a que la política gire en torno del caudillo.

3. EL CLIENTELISMO

La ley de Partidos Políticos, ha tenido recientemente una modificación para evitar el clientelismo, la otra costumbre que distorsiona la calidad de la democracia. Así a través de la ley 30414, que modifica en parte la Ley 28094, en sus disposiciones transitorias el artículo 3, incorpora el artículo 42, relacionado con la conducta prohibida en la propaganda política. Cabe destacar que el Clientelismo no fue solo una práctica peruana y latinoamericana. Funcionó por ejemplo en Inglaterra. Se le llamó Treating y "consistía en comprar votos a cambio de recibir un regalo normalmente dinero, comida o alcohol". El Treating, en cuanto práctica corrupta fue eliminado por la ley a partir de 1867.[2]

La norma incorporada precisa que las "organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquellos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberá exceder del 0.5% de la UIT (Unidad Impositiva Tributaria) por cada bien entregado como propaganda electoral. Esta conducta se entiende como grave y será sancionada con una multa de 100 UIT, que será impuesta por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) en un plazo no mayor de 30 días". [3]

2 Ver sobre el Treating, en Acemoglu Daron y Robinson James A. "Por qué fracasan los países". Ediciones Deusto. Barcelona. 2012 Pág. 370.

3 Una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es 3,500 soles, aproximadamente 1,000 dólares.

De acuerdo a este artículo esta prohibición se extiende a los candidatos que postulen a cualquier cargo público de origen popular. Será el Jurado Nacional de Elecciones quien sancionará, "incluso con exclusión del proceso electoral correspondiente".

Esta norma se aplicó al candidato del Partido Alianza para el Progreso (APP) César Acuña, que ordenó públicamente a terceros entregar dinero y al candidato a la Vicepresidencia del partido fujimorista Frente Popular, Saturnino Huaroc, por entregar regalos. La norma fue aplicada in extenso, por el JNE y aunque algunos sectores adujeron que se trata de una sanción exagerada, lo cierto es que se sentó jurisprudencia para casos futuros de esta naturaleza, que distorsionan la calidad de la democracia debido al clientelismo. En todo caso, ello no significa que el clientelismo desaparecerá, pero presupone que quienes quieren continuar con esta inaceptable práctica, se pongan a buen recaudo, por la eventualidad de que la norma sea aplicada y se les sancione o excluya de un proceso electoral en cualquiera de sus niveles, presidencial, congresal, regional y municipal.

4. DEL PLURALISMO AL PARTIDO EMPRESA

Ahora pasaremos a analizar una clasificación de los partidos políticos peruanos que se ajusta a los cambios políticos que se han producido en el Perú a partir de finales de la década de los ochenta y que todavía persisten. Hemos sostenido que la herencia colonial, el péndulo del Poder, el caudillismo, el clientelismo y el secretísimo afectan la calidad de la democracia en el Perú y que este hecho histórico también afecta a los partidos políticos.

Si aplicamos la clasificación de Giovanni Sartori, el multiartidismo según este autor puede ser atemperado o atenuado, e integral o extremos. Dada las características de proliferación de los partidos políticos peruanos, se puede decir que el "sistema" de partidos en el Perú es ultramultipartidista. Este fenómeno empezó a manifestarse a partir de los años 80, cuando el Perú ingresó a la "Ola democrática", de la que hablaba Huntington por aquella época. Si hacemos un conteo del número de partidos que se presentaron desde esa fecha a la actualidad, por lo menos el promedio es 11 partidos que compiten en los procesos electorales. Pero esta tendencia no debe tomarse como un factor negativo, porque expresa el deseo de participar en política de diversos grupos sociales, sobre todo aquellos que son producto del "Desborde Popular", del que habla el antropólogo peruano José Matos Mar, denominado también grupo o clase emergente,

resultado del proceso migratorio del campo a la ciudad que se profundizó a partir de los años 70. En gran parte la proliferación de los partidos políticos obedece a este fenómeno, porque este sector emergente ya no se siente identificado ni representado por los partidos, que podemos llamar históricos y que otros llaman tradicionales, que surgieron primero en los años 30, como el Apra, y el Partido Comunista y después en los 50, Acción Popular, la Democracia Cristiana y el Social Progresismo, así como una variedad de partidos políticos de izquierda fuertemente escindidos, debido al conflicto político ideológico sino-soviético de la época. Esta nueva clase fundó partidos políticos que representan sus intereses particulares y posteriormente dan origen a unos nuevos que se fundaron entre la década de los noventa, a la fecha.

La suma de los partidos históricos, todavía en vigencia aunque políticamente debilitados y esta nueva "camada" de partidos políticos, en donde muchos de ellos se fundan para la ocasión electoral, es lo que ha incrementado el número de partidos políticos en el Perú. El fujimorismo surge en los noventa, así como Perú Posible de Alejandro Toledo, Solidaridad Nacional del actual burgomaestre limeño a comienzos del siglo XXI, y en la contienda electoral del 2016, participaron partidos políticos formados en la última década, como Alianza para el Progreso, Peruanos por el Cambio, Todos por el Perú y el Frente Amplio, una alianza de izquierdas.

Salvo la excepción de Acción Popular, quizás porque no pudo reemplazar el liderazgo de Fernando Belaunde Terry, por otro líder de semejante impacto, todos los partidos y alianzas partidarias que hemos considerado en este trabajo, como muestra de que continua el caudillismo y que este se cubre de la forma electoral por la vía de los delegados, han presentado lista única.

Así:

1. Alianza para el Progreso
2. Perú Posible
3. Fuerza Popular
4. Peruanos por el Kambio
5. Todos por el Perú
6. Frente Amplio

7. Alianza Popular (ver en el anexo Actas de Elecciones) [4]

Tal situación demuestra una tendencia preocupante, porque lo que debería ser la excepción (candidatos sólo con lista única y elecciones por la vía de los delegados y no por votación directa) se ha convertido en una regla constante y permanente. Esto consolida aún más la figura del Caudillo, al interior del partido y de la oligarquía, que en el fondo es una burocracia partidaria, que forma el entorno del caudillo.

Estas listas están compuestas por el candidato a la Presidencia y sus Vicepresidentes, no hay lista alternativa que compita con la que encabeza el caudillo, lo que indica además la inexistencia de un espíritu competitivo en los partidos políticos y que todos los militantes cierran filas en torno al candidato único.

Esta elección, o votación, (si entendemos por elección la posibilidad de decidir entre dos o más opciones, a través de una votación universal, directa y secreta), refuerza el liderazgo del caudillo y afecta la dinámica interna, es legítima, porque la votación por delegados lo establece la ley de partidos políticos. La elección del caudillo, del líder único, de la lista única, es similar a las elecciones en los estados totalitarios, de partido único, en donde el líder es elegido por el 90% o más de los votos. Parecen amañadas lo que distorsiona la transparencia que debe haber en todo proceso electoral. Aquí sin duda hay una huella autoritaria, una característica del caudillismo. Cabe precisar, salvo excepciones, que ni los partidos históricos ni los partidos nuevos, han podido superar el caudillismo, al revés en los últimos años se ha agudizado y este es no sólo un factor al interior de los partidos políticos, sino una característica de la cultura política peruana, que sin duda afecta la calidad de la democracia, por los bajos niveles de participación e inclusión política, al interior de las instituciones, que como los partidos giran a la sombra del caudillo, y al ritmo de la cúpula que forma el entorno más cercano de este. El caudillismo encaja dentro de la clasificación de las formas de dominación de Max Weber. Es de tipo tradicional y carismático, en el sentido tal como lo define Weber: "La dominación carismática es de carácter especialmente extraordinario y fuera de lo cotidiano, representando una relación social rigurosamente personal, unida a la validez carismática de cualidades personales y a su

4 Fuente : Oficina Nacional de Procesos Electorales. ONPE. Jurado Nacional de Eleciones.

corroboración. En el caso de que no sea puramente efímera sino que toma el carácter de una relación duradera, se racionaliza (legaliza) o tradicionaliza o ambos casos".[5]

La relación caudillo, militancia y masa es de tipo tribal, lo que afecta la institucionalidad de los partidos políticos peruanos, salvo pocas excepciones. Esto significa un estancamiento en los procesos de democratización que deben existir en toda sociedad moderna y postmoderna.

En el contexto de este proceso para el caso del Perú, podemos intentar una clasificación de los partidos políticos, que se adecua a la realidad política de su evolución y transformación en los últimos años.

1 Partidos Ideológicos

2 Partidos Pragmáticos

3 Partidos Empresa

Son partidos ideológicos aquellos que le otorgan un rol importante a la ideología como fundamentación teórica de su praxis política, dentro de este grupo de partidos están los llamados históricos o tradicionales. Pero a partir de los 90, estos partidos empezaron a perder vigencia en la sociedad peruana, por diversas causas:

Ineficacia para resolver las demandas de seguridad y trabajo.

Los ciudadanos percibieron que los partidos no canalizaban sus interesas. Se produjo una falta de identificación entre el mensaje de estos y las demandas o nuevas aspiraciones de la ciudadanía.

La no transparencia en el uso de los recursos económicos que reciben en algunos partidos para la campaña electoral.

El hecho que los partidos no crearon canales de articulación con los diversos sectores de la ciudadanía; no desarrollaron una tarea pedagógica y de apertura, y más bien se encerraron, impidiendo la renovación de cuadros dirigentes.

La evidencia de que en el Perú se habían producido cambios profundos, que no fueron comprendidos por las dirigencias partidarias, lo que impidió que se restructurase y modificase su mensaje adecuándolo a los cambios. No hubo "aggiornamento".

5 Weber, Max. Economía y Sociedad. F.C.E. México, 1964. Pág. 257

Todas ellas, nos referimos a las causas que generaron la formación de nuevos partidos políticos cuyo discurso ya no se centraba, o al menos se relacionaba, con una concepción del mundo explicita, influyeron para que empezara a desarrollarse un discurso y una propuesta más pragmática, tendente a resolver un conjunto de demandas populares. Ahora más que la relación idea-propuesta, empieza a predominar sólo la propuesta, primero los hechos y después las palabras, un contrasentido, porque todo discurso político aunque contenga propuestas para hacer cosas concretas es una expresión de ideas, aunque no necesariamente de una ideología. Este discurso pragmático de los partidos constituyó un cambio de giro en el mensaje que produjo desconfianza en los políticos y por ende de la política. Ahora el político será reemplazado por el técnico llamado a resolver demandas puntuales. Esta tendencia empezó a manifestarse en los 90, en donde se produjo una ruptura del orden democrático por Alberto Fujimori que dio un golpe desde palacio, lo técnico y autoritario, o con mayor rigor el caudillo autoritario, constituyeron una alianza sólida, apoyados por las Fuerzas Armadas, organizaciones de los sectores empresariales y diversas organizaciones populares.

Resulta que a inicios del siglo XXI esta tendencia continuó pero en una versión democrática, en el sentido que los presidentes elegidos nombraban, en su mayoría, más ministros técnicos que políticos y sus discursos se aproximaron más a un recetario para hacer obras, que a una concepción del mundo que justifique su accionar político. Así surgieron los partidos pragmáticos, resultando de la crisis de los partidos ideológicos y de la política. La vigente visión tecnocrática es un obstáculo para la reforma democrática del Estado, fundamental para gestar una nueva institucionalidad democrática que realmente sea la expresión político constitucional de la actual sociedad peruana . Y es un obstáculo porque está centrada en la gestión y no en la democratización de nuestra sociedad.

El Partido Empresa está vinculado a la tendencia pragmática, pero en este caso se trata de un empresario millonario que funda con su peculio, un partido político. Ahora lo predominante no es la ideología, o las obras, sino los recursos económicos particulares como sustento de la vida partidaria. Por lo general este líder es dueño de universidades particulares. Puede conducir directamente el partido, o puede poner a otro candidato pero el control del partido lo tiene él, por los recursos que dispone. El partido empresa, es además de caudillista y oligárquico, plutocrático. Si

el líder, que en el fondo es el dueño del partido, deja de financiarlo este desaparece, porque su militancia carece de aglutinamiento ideológico que mantenga en el tiempo lealtades. No es un partido cuyo peso está en las ideas, o en las obras, sino en el dinero. Como se ha indicado quien lo controla es un empresario emergente que, por lo general ha tenido un origen económico modesto y le otorga al dinero un valor superlativo. Pero más allá de esta clasificación, lo que advertimos como una tendencia es que en todos los partidos, sean ideológicos, pragmáticos y empresarial, predomina el caudillismo, incluso indirectamente respaldado por la ley y el clientelismo.

5.- LA TENDENCIA HACIA EL MULTIPARTIDISMO

¿Porque la tendencia hacia el multipartidismo es una constante en el Perú? Dejando de lado prejuicios culturales, como aquel que sostiene que el multipartidismo es una característica de los pueblos latinos, cosa que no es cierta, porque existe también en Suiza e Israel, se debe a dos razones. Una, de carácter sociológico y otra, de naturaleza electoral. En el primer caso, es que, sobre todo a partir de 1978, empezaron a emerger nuevas formas y grupos socioeconómicos en nuestra sociedad, relativamente autónomos de las formas y grupos, tanto económicos como políticos que lo precedieron. Estos nuevos grupos ya no se sentían identificados con las tendencias y las élites políticas anteriores, cuya expresión institucionalizada son los partidos políticos post-leguiístas y aquellos que surgieron en la década de los 50. Además, ingresar a esos partidos les suponía un conjunto de limitaciones para aspirar a cargos en su interior y también a cargos públicos. Pero lo esencial es que, desde esta fecha, empezaron a desaparecer los signos de identificación con el lenguaje, ideología y símbolos partidarios. Se inició así un proceso de desarticulación entre los diversos sectores de población y los partidos políticos, algo ya no "encajaba" como antes.

Se empezó a gestar en el Perú lo que Alvin Toffler llama " la Democracia del Mosaico" y, a consecuencia de ello, las "Minorías Bisagra". Lo interesante de este fenómeno es que se produce una desmasificación de la democracia; en otros términos, la democracia de masas empezó a desmasificarse y a convertirse en una democracia fragmentaria. Este hecho está relacionado con otros dos factores: la economía informal con su democracia informal y la cultura de la oralidad, que están vinculados con el proceso masificado de urbanización del Perú y mezclados con la cultura

de la escribalidad y de la electronalidad, como indica Biondi y Zapata en su obra La Representación oral en las Calles de Lima (Ed. Universidad de Lima, 1994).

El fenómeno no fue comprendido por los grupos políticos y todavía, salvo algunos estudios notables, a nivel de élite política no se tiene una clara conciencia de él. No es un fenómeno peruano, es mundial; lo que sucede es que en nuestra sociedad es sumamente agudo y conflictivo. "A medida que la políticas se va desmasificando, los líderes que en tiempos pasados trataban con unos pocos grupos políticos de electores, grandes y poco más o menos previsibles, están viendo como éstos se desintegran en incontables grupúsculos, pequeños, temporales, centrados en un asunto, en proceso de continua formación, rotura y reformación de alianzas, todo ello a gran velocidad", dice Toffler. (Ver El Cambio del Poder. Pág.297)

En términos de una cultura escribal y de una cultura con estructuras de marginación económica y política, la sociedad política se ha desequilibrado, y en este desequilibrio producto de una crisis profunda, las instituciones políticas, entre ellas los partidos políticos, están desfasadas, tal como están concebidos. Salvo que no sólo se recompongan sino que se articulen a la nueva democracia de mosaicos y a la dinámica acelerada de las minorías bisagra, que en conjunto constituyen una mayoría abrumadora. Una salida de este proceso sería la constitución de "partidos de atracción", sumamente ágiles, dinámicos, democráticos y articulados con los múltiples intereses sectoriales y demandadas plurales que se encuentran en el entorno social, de una democracia mosaico y sin las estructuras actuales, caudillistas y burocráticas.

El segundo caso está relacionado con nuestro sistema electoral que consiste en la representación proporcional, que es la técnica electoral más compleja y variada. A través de esta modalidad los elegidos de cada partido lo son proporcionalmente a los votos obtenidos por su partido, en algunos casos se aplica el voto preferencial que en el Perú es facultativo y funciona también cuando hay segunda vuelta ("ballotaje").

¿El multipartidismo, sobre todo el extremo como sucede en el Perú, es obstáculo para el desarrollo de la democracia? No lo es, ni nunca lo ha sido. La democracia permite la expresión política del pluralismo partidario y abre los espacios para una mayor participación de los ciudadanos en los procesos electorales y en la formulación de opiniones y alternativas

políticas. En ninguna sociedad el multipartidismo ha sido factor que cause desajustes en los procesos electorales y en el sistema político. En todo caso será el elector que con su voto decida por la opción o por las opciones que a su criterio son las más convenientes para gobernar e integrar un Congreso y, desde luego, descartará otras alternativas y propuestas. Solamente una forma de gobierno es la antípoda de la democracia: ésta es la autocracia, en su manifestación autoritaria y totalitaria.

Queda una última pregunta: ¿ Una Ley de Partidos Políticos puede ser la solución al actual desequilibrio del sistema de partidos en el Perú? Una norma de esta naturaleza es condición necesaria, pero no suficiente para superar la crisis, porque ésta es de raíz política, social y cultural, pero puede contribuir en la medida que establecerá pautas para la conducta política y organización democrática de los partidos. Cabe recordar que partidos como Acción Popular, PPC, APRA y la Izquierda ahora representada en el Frente Amplio, han modificado o cambiado sus estatutos, en donde se establecen primarias para la elección de sus cuadros diligénciales, instituciones de la democracia directa e incluso, en algunos casos, transparencia informativa en el uso de los recursos económicos para el financiamiento de las campañas. Pero como se demuestra en este artículo salvo el caso de Acción Popular, no funciona la democracia interna y se hecha mano a un recurso que si bien lo permite la ley, a la elección por delegados, que impida una real, abierta y transparente competencia democrática en las diversas agrupaciones políticas. En términos económicos los partidos políticos son pobres, viven de los escasos aportes de su militancia y de esporádicas inversiones que, durante la campaña, realizan algunos afiliados con recursos económicos. Sin embargo, a pesar de ello mantienen un buen número de activistas que trabajan para sus correspondientes organizaciones.

Durante la década de los 80 a la fecha, diversos parlamentarios presentaron proyectos de la ley de partidos políticos.

1) Célula Parlamentaria Aprista, 1983. 2) PPC por iniciativa de Alberto Odría, 1986. 3) Víctor Andrés García Belaunde, 1986. 4) Grupo de diputados de Acción Popular 1986. 5) Jorge Díaz León, Enrique Mendoza Ramírez, Humberto Castro Rivas, (AP). Asimismo, solicitud para disponer la reactualización del Proyecto de Ley 111, que debe reglamentar el funcionamiento de los partidos de Víctor Alfaro de la Peña y Francisco Diez Canseco Távara. 6) Comisión de

Constitución, 1989. 7) Roger Cáceres Velásquez, 1989. 8) Comisión de Constitución, presidida por Jofré Fernández Valdiviezo, 1990. 9) Manuel Dammert Ego-aguirre, 1991. 10) Javier Alva Orlandini, 1990. 11) Alberto Borea Odría, 1990. 12) Comisión de Constitución, 1991:Ferrero Costa, Osterling Parodi, Alva Orlandini, Javier Valle Riestra, Jorge del Prado Chávez. 13) Grupo Parlamentario Nueva Maytoria-Cambio 90: Ferrero, Marcenaro y Fernández Arce, 1994.

Fueron trece los proyectos de ley hasta que finalmente se promulgó la Ley 28094, publicada el 1 de noviembre del 2003, aún vigente pero con modificatorias.

Por regla general, las leyes de partidos políticos contienen artículos similares como pueden verse en la legislación comparada. En ellos se incluyen diversos capítulos que establecen la definición registro y fines; domicilio y organización , órganos de los partidos, elecciones internas y en algunos casos elecciones abiertas, regímenes económico y patrimonial, rendición de cuentas, prohibiciones y responsabilidades cancelación en el Registro, propaganda electoral y alianza entre partidos

Según una reciente encuesta de "Apoyo", el 77 por ciento de los peruanos creen que en una democracia debe haber partidos políticos. Este es un dato muy importante, pero consideremos también que el mundo y el Perú están cambiando aceleradamente y si los partidos quieren mantener vigencia en nuestra sociedad deben realizar una transformación radical, en su visión del mundo, estructura organizacional, elección de dirigencias, programas, planes y estrategias para acceder al poder; pero sobre todo los militantes y dirigentes deben cambiar su actitud respecto a sus demandas e intereses de los diversos grupos que hay en el Perú, articulándose en función a los requerimientos ciudadanos de moralidad y eficacia .

Recordemos las siguientes frases de Alvin y Heide Toffler : " Así como la revolución industrial destruyó y volvió irrelevantes muchas de las estructuras políticas que la precedieron, la revolución del conocimiento - y la Tercera Ola de cambios que ha despegado- hará lo mismo en América y muchos otros países. Los partidos y movimientos que reconozcan este hecho histórico sobrevivirán y formarán el futuro de nuestros hijos. Los que fracasen se arremolinarán y sumirán en la tormenta de la historia" (Creating a New Civilization, Pág.11).

PROPUESTAS

Frente a esta realidad, que como hemos visto afecta la calidad de la democracia por los bajos niveles de participación e inclusión política de la ciudadanía en general y de la militancia en particular al interior de los partidos políticos, presentamos algunas propuestas que pueden contribuir a la democratización de estas organizaciones políticas.

1. Derogatoria del inciso "C" de la Ley de Partidos Políticos 28094, descartando la intermediación de los delegados, cuya elección en diversos casos no es del todo transparente, lo que refuerza la figura del candidato único y de "su plancha" única, y establecer que sólo las elecciones deben realizarse por el voto universal, libre, igual, voluntario, directo y secreto de los afiliados.

2. Reemplazar el inciso "C", precisando que la Asamblea General o el Plenario del Partido podrá disponer que las elecciones sean abiertas, para vincular al ciudadano con el partido de su simpatía a fin de que participe y se le incluya en las elecciones partidarias. Un caso interesante es el de la Convergencia en Chile, que organizó elecciones abiertas como en los Estados Unidos, para elegir a sus candidatos a la presidencia de la República.

3. En la medida de que, a pesar de los cambios propuestos, la figura de la lista única puede mantenerse predominantemente evitando la competencia, debe darse una norma que prohíba. la reelección en cualquiera de los cargos del partido y para los candidatos a cargos públicos. De esta manera al ser descartada la reelección inmediata, permanente o después de un periodo de gestión al interior al partido, podrá desaparecer el caudillismo porque éste precisamente se sustenta en la permanencia y la continuidad, duradera e indefinida no sólo en el cargo, sino en la conducción del partido, como si fuera un autócrata.

4. Mantener las diversas formas de sanción que establece la ley para los casos de clientelismo.

5. Más allá de los factores culturales que refuerzan el caudillismo en el Perú, estas cuatro medidas, pueden contribuir con la democratización de los partidos políticos porque se abrirían espacios para la

participación e inclusión política de la militancia partidaria y de la ciudadanía.

La Ley de Partidos Políticos modificada con estos criterios serviría para superar la baja calidad de la democracia al interior de los partidos políticos al convertirse en un marco normativo propositivo de valores y prácticas democráticas, que logre superar el caudillismo, el clientelismo y la falta de transparencia debido al secretísimo.

BIBLIOGRAFIA BASICA

Acemoglu, Daron & Robinson James. ¿Por qué fracasan los países? Ediciones Deusto. Barcelona. 2012.

Basadre, Jorge. Sultanismo, corrupción y dependencia en el Perú Republicano. Ed. Gráficos Ausonia. Lima, 1981.

Constitución Política en el Perú. Se hace mención y explicación del artículo 35, relativo a las organizaciones Políticas.

Duverger, Maurice. Los Partidos Políticos. Ed. F.C.E. México 1975.

Ley de Partido Políticos (28094). En especial el análisis de los artículos 23 y 24.

Ley 30414, que modifica en parte a la Ley de Partidos Políticos 28094. En lo relativo al artículo 24, sobre la Conducta prohibida de la propaganda política.

La Palombara, J. Wiener, M. Political Partides anda Politica Development. Editorial Princeton University Press. USA 1972.

Linares Quintana, Segundo. Sistema de partidos y sistemas políticos. Ed. Plus Ultra. Bs. As. Argentina, 1976.

López, Mario Justo. Partidos Políticos: teoría general y régimen legal. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1965.

Miró Quesada Rada, Francisco. Partidos Políticos: teoría y análisis sistemático. Ed. Inca Garcilaso de la Vega. Lima, 1984.

Ramos Jimenez, Alfredo. Los partidos políticos en las democracias latinoamericanas. Ed. CDCHT. Mérida, Venezuela. 1995.

Rial, Juan. Los partidos políticos en América del Sur en la primera mitad de los años noventa. En Partidos Políticos y clase política. Ed. IIDH. CAPEL. Costa Rica, 1995.

Rojas Samanez, Álvaro. Partidos políticos en el Perú: manual y registro. 4ta. Ed. Ediciones F&H, Lima, 1985.

Sartori Giovani. Partidos y Sistemas de partidos Políticos en el Perú. Fundación Friedrich Ebert. Lima, 1995.

Weber, Max. Economía y Sociedad. F.C.E. Económica — México. 1964.

Sobre Derecho Constitucional y Partidos Políticos. Consultas de autores peruanos, en obras recientes. a) Bernales Ballesteros, Enrique. La Constitución de 1993. Veinte años después. Ed. IDEMSA. Lima, Perú, pág. 291. b) Borea Odria, Alberto. Manual de la Constitución. Ed. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima, Perú. 2016. Pág. 316.

EL SISTEMA ELECTORAL PERUANO POR UNA REFORMA QUE GARANTICE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS

Ángel Delgado Silva[1]

INTRODUCCIÓN

Sin duda, estamos viviendo una circunstancia especial, caracterizada por un inusitado interés por la cuestión electoral. Existe una extendida convicción que una reforma sustancial de las normas que rigen las elecciones, podrá mejorar la calidad de la política nacional y canales más fluidos entre la ciudadanía y sus representantes.

Queremos ingresar a dicho debate político-jurídico y aportar algunas ideas que nos parecen sustanciales. Porque nos preocupa de sobremanera que en la propuestas dominantes aniden planteamientos, que caminan en dirección contraria al fortalecimiento del *Derecho fundamental a la participación política y , en concreto, que desalientan la actuación colectiva al bloquear, con un enjambre de requisitos y controles excesivos, la formación y asentamiento de los Partidos políticos.*

---

1 Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Municipal. Candidato a Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor diversos libros y artículos sobre sus especialidades.

Dicho de otra manera, han pasado más de quince años desde que los peruanos, en gesta heroica, recuperamos la democracia y las libertades públicas. Desde entonces, los Gobiernos y las autoridades electorales –de incontestable tesitura democrática– han administrado el Sistema Electoral y propuesto, en simultáneo un conjunto de reformas destinadas, en primer lugar, a segar los implantes autoritarios del pasado reciente. Pero también a ensanchar los cauces de participación política y consolidar en general todos los aspectos de un verdadero régimen democrático.

Cada lustro, con ocasión de las elecciones políticas, autoridades, medios de comunicación, instituciones de la sociedad civil y personalidades, vinculadas a la problemática electoral, juntan esfuerzos para demandar al Congreso de la República la aprobación de un paquete de cambios y reformas. Siempre importantes, siempre urgentes, siempre impostergables, se venden como la panacea para remontar las falencias de nuestras entidades representativas y superar los malos resultados y la baja calidad de nuestro quehacer político.

Pero este ritual –donde ya es posible entronizar agendas, discursos, objetivos y hasta personajes, por lo repetitivo del mensaje– merece una evaluación profunda para que en esta nueva oportunidad no sigamos saltando en el mismo sitio, sin registrar avances significativos. Porque prima facie, después de tanta reforma y múltiples cambios en la legislación electoral, no podemos afirmar fehacientemente que se ha incrementado el entusiasmo por la participación política, ni que tenemos partidos más sólidos que antes y, menos aún, que hay mayor calidad y eficiencia en nuestros representantes y en clase política, en su conjunto.

Por cierto, las razones de ello son muy complejas, para sucumbir en simplismo explicativo. Pero sí estoy entre los que creen que la abundancia de leyes no necesariamente transforman la realidad en un sentido positivo. Y, peor aún, como cruel paradoja el voluntarismo normativo, que anima a no pocos reformadores, producen resultados contrarios a sus sublimes intenciones. En efecto, enrarecen el ambiente electoral, burocratizan la participación, incrementan requisitos que sólo alimentan la corrupción y las trampas contra la voluntad popular, y los filtros contra la delincuencia dejan mucho por desear, porque en vez de focalizar amplían facilistamente las restricciones. En resumen, no facilitan ni promueven la organización política y el desencanto ciudadano frente a la política crece exponencialmente, exponiéndonos ante el eventual outsider autoritario que ponga en peligro nuestra existencia republicana.

Pero no basta con enjuiciar el derrotero de nuestro Derecho Electoral y el sistema de instituciones que lo acompaña, para solazarnos en la crítica a sus

efectos deletéreos. No, no es suficiente. También resulta menester preguntarnos, con humildad, sin tonos apocalípticos ni grandilocuentes, si estamos caminando en la dirección correcta. Si la mayor injerencia de la autoridades electorales es un incentivo para la participación política o no; si la proliferación de normas legales –que no se mitiga con un Código electoral, con más de medio millar de artículos– estimula la constitución partidaria y consolida su vida interna o no. Si lo voluminoso del cúmulo de restricciones, penalidades, prohibiciones, requisitos, controles, trámites y todas las demás especies del sueño burocrático más excelso, cumplen su propósito profiláctico o, quizá, agudizan la pandemia política.

Confieso que me causa profunda sorpresa el curso divergente de dos actividades propias de los hombre en sociedad: la economía y la política. En las últimas décadas, luego del derrumbe del paradigma estatista, existe un extendido consenso que la autoridad debe actuar limitadamente sobre la economía. Esta esfera social debe tener su impulso fundamental en las acciones libres de empresas ofertantes productos y decisiones igualmente libres de los consumidores. Conste que no estoy diciendo que las cosas sean así necesariamente. Simplemente digo que este credo liberal no se aprecia en la praxis política y las elecciones, donde las recetas hegemónicas son en pro de una mayor intervención de los órganos estatales y la constricción más firme de la regulación de los Partidos políticos. Mientras en la economía la confianza está depositada en la gente: productores o consumidores, en la política se ha impuesto la creencia que autoridades virtuosas deben purificar este ámbito y domeñar los impulsos ciudadanos, conceptuados como peligrosos. La salvación en la política vendrá, entonces, de las alturas. A los ciudadanos se les niega, en los hechos, la auto organización y el desempeño libre de sus intereses, a pesar que un artículo constitucional por ahí diga que la soberanía estatal emana del pueblo.

Con estas inquietudes, preocupaciones e interrogantes queremos abocarnos a la presente reflexión constitucional. Esta tiene como objeto la investigación y análisis de la legislación electoral, en su sentido amplio. Implica también a toda la gama de propuestas de reforma que están en liza, en el Parlamento, las cuales provienen del Jurado Nacional de Elecciones[2], de la Presidencia del Consejo de Ministros[3] y el Grupo de Trabajo

2 El Jurado Nacional de Elecciones ha elaborado su propuesta en dos documentos sucesivos que hemos tenido oportunidad de estudiar y evaluar: el Anteproyecto del Código Electoral con Exposición de Motivos del 2016 y el Proyecto del Código Electoral 2017, con Exposición de Motivos.

3 Proyecto de Ley N° 1315/2016-PE del 26 de abril del 2017, presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros al Congreso de la República, mediante Oficio N°

de la Comisión de Constitución del propio Congreso de la República, que ha presidido la congresista Patricia Donayre[4].

En efecto, se trata de verificar si dicho cuerpo normativo eleccionario, incluyendo las modificaciones planteadas, contiene aspectos y cuestiones que podrían colisionar con "los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad", que es la razón de ser de este órgano constitucional.

Por los motivos expuestos, el presente trabajo abordará, en primer lugar, la problemática del llamado por sociólogos y politólogos "Sistema Electoral" y que nosotros preferimos aludir y conceptualizar como "Derecho Electoral". No obra en ello una deformación profesional, como podría creerse. Se trata de comprender que tras la panoplia de organismos entidades, procesos, rituales y mecanismos mediante la cual se seleccionan a los candidatos que serán investidos como autoridades políticas, se encuentran normas e instituciones jurídicas.

Y no estamos ante un agregado más. La incursión del Derecho, particularmente del Derecho Constitucional, en este campo, hace que las técnicas electorales se impregnen de valores, principios y reglas que corresponden a un modelo de estado específico, postulado por la Constitución. En ningún caso a cualquier plasmación de poder político en abstracto. Nos estamos refiriendo al denominado "Estado Constitucional de Derecho" que hegemoniza en los regímenes democráticos del planeta.

Ahora bien, entre el conjunto de elementos que singularizan a este tipo estatal destaca la primacía de los ciudadanos, de las personas, de la totalidad de hombres y mujeres sencillos y concretos, por encima de cualquier otra consideración pública. Así esta sea concebida como "cuestiones de estado". En nuestro medio la apuesta indiscutible por el Estado Constitucional y no por un Estado de Derecho, a secas, está contemplado en el

130-2017-PR y que lleva por título "Ley que dicta medidas para asegurar la transparencia en el financiamiento de las organizaciones políticas y su fortalecimiento institucional y otras disposiciones electorales".

4 Texto formulado multipartidariamente, el cuál a pesar que no ha sido considerado por la Comisión de Constitución como uno proyecto referencial, sino como un insumo más, sigue siendo una fuente fundamental para entender el sentido de la Reforma Electoral que se debatirá finalmente en el Congreso de la República.

Art. 1° de nuestra Carta Fundamental: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado".

En consecuencia, la tarea a reglón seguido -quizá la más relevante de nuestro Informe- sea determinar al interior del tinglado electoral vigente y las reformas postuladas, cuáles son los bienes jurídicos a ser tutelados por los valores, principios y reglas que emanan del "Estado Constitucional de Derecho".

Hay quienes pueden estimar que este esfuerzo podría resultar ocioso o, en todo caso, de escasa significación porque finalmente los peruanos, desde hace más de tres lustros, vivimos en un país democrático que periódicamente realiza elecciones en las fechas establecidas, con el objeto de renovar autoridades en el gobierno nacional, en las regiones y los municipios. Y añaden que estos comicios regulares a pesar de las dificultades y contratiempos -que nos advierten de problemas existentes- encajan dentro de los estándares internacionales. Por lo que en la historia reciente del Perú jamás se ha hablado, siquiera, de gobernantes ilegítimos.

Respondemos que estamos ante una visión superflua e ingenua a la vez, frente a la cual la realidad se encarga de desmentir. Por un lado, la experiencia nacional y foránea nos informa que el autoritarismo político contemporáneo no le rehúye a las prácticas eleccionarias. Por el otro, los avances teóricos producidos en el terreno de las ciencias sociales han abierto el panorama político, a punto de acuñar el paradigma de "régimen electoral autoritario", propio de estos tiempos postcomunistas, ulteriores a la caída del muro de Berlín[5].

Durante buena parte de la década de los 90 del pasado siglo, los ciudadanos de este país hemos sido testigos cómo la entronización de una autocracia, que alcanzó el poder mediante un golpe de estado con ayuda de militares corruptos, se legitimó mediante una consulta popular. Y cómo el gobernante de entonces se perpetuaba realizando elecciones sucesivas, hasta los albores del siglo XXI.

Por otro lado, en nuestro continente, en la Patria del Libertador Simón Bolívar, asistimos a la vigencia de un régimen político que pese a un inexcusable

5 Por ejemplo, la obra reciente del politólogo vienés SCHEDLER, Andreas ... La política de la incertidumbre en los regímenes electorales autoritarios. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

autoritarismo, -expresado en el desconocimiento de la separación de poderes, la violación de los derechos fundamentales, los ataques a libertad de expresión, el privar de la libertad a los opositores políticos, entre otros estropicios- ha logrado avanzar y en momentos consolidarse, apelando a los instrumentos electorales. Y tan impregnado está el estilo que, en su hora crepuscular, el actual mandatario venezolano ensaya prolongar su desvencijado gobierno, con "unas elecciones constituyentes".

Es verdad que estas elecciones son ajenas a la democracia. Que han devenido en un mecanismo puramente instrumental, vaciado de cualquier contenido ético o axiológico. Su único propósito ha sido sostenerse en el poder de cualquier manera. Ciertamente, el precio de este objetivo antidemocrático no podía ser otro que la manipulación grosera y el abuso constante durante el proceso donde se ejerce el derecho al sufragio. Por este ilícito camino se llega, en no pocas ocasiones, a desnaturalizarlo completamente. En lugar de una competición leal nos encontramos con una maquinaria y unos procedimientos, cuyo fin no otro que favorecer sus protervos intereses en detrimento de sus adversarios[6].

Simultáneamente a los datos cada vez más complejos que nos dicta la realidad y la presente época, en los predios de la teoría política contemporánea cada vez más se produce un alejamiento de las formas de política institucional pura. Las ciencias políticas y sociales de la segunda mitad del siglo XX se esforzaron para construir conceptos que dieran cuenta de mundos tan fluctuantes y atípicos, como la América Latina de aquellos años.

Este pensamiento clásico permitía aproximaciones sobre la realidad que permitían distinguir con relativa nitidez, por ejemplo, regímenes políticos autoritarios y democráticos, en base a la utilización o no, de ciertos mecanismos de legitimación como las elecciones. Hoy día, ya entrado el siglo

6 En el caso del Perú, a guisa de ejemplo, nos remitimos al libro del entonces miembro del Jurado Nacional de Elecciones, designado por el Colegio de Abogados de Lima, durante los primeros años de la década de los 90 de la pasada centuria. En sus tres tomos el magistrado denuncia la falsificación de la voluntad popular en esos años, en la diferentes elecciones realizadas, especialmente el referéndum para legitimar la llamada Constitución de 1993. CHAVEZ MOLINA, Juan ... Mis votos singulares. Historia del fraude que nunca se debe repetir. Lima. Editorial Horizonte, 2000. Y para el caso venezolano no es menester referencia escrita alguna, pues a través de la televisión y los demás medios de prensa sabemos de los atropellos cotidianos provocados por aquella "dictadura plebiscitaria".

XXI y luego de la finalización de la llamada "Guerra Fría", por el colapso de socialismo realmente existente, la transparencia de entonces -donde las posiciones reales encajaban con categorías analíticas preexistentes, por lo cual el universo parecía básicamente claro y cierto- ha involucionado hacia una opacidad radical.

De pronto no sólo se ha nublado el conocimiento de lo social, sino las herramientas de la política han perdido su antigua eficacia, para incidir positivamente sobre la realidad. Nos desenvolvemos en un cuadro de incertidumbre, que dejan menor margen que antes, para aseverar que la ejecución de determinadas políticas públicas van a generar necesariamente los resultados previstos. Ya no es factible la predictibilidad de otrora y, por eso, muchas decisiones racionales adoptadas con la mejor buena fe, pueden producir resultados totalmente contrapuestos a los esperados. Y hasta la misma entidad de las tipologías políticas han sufrido tal deterioro, que será posible encontrarnos con regímenes que se nutren de conceptos e identidades contradictorios, no hace mucho. Además del libro de Andreas SCHEDLER que hemos citado líneas arriba, ahora podemos encontrar títulos tan sorprendentes, como "Resistencia no violenta a regímenes autoritarios de base democrática"[7]. ¡Signos inequívocos de estos tiempos!

Esta pequeña digresión responde a un solo objetivo. Apunta a establecer de modo meridiano, contundente, que elecciones y democracia no son sinónimos. Debe existir claridad absoluta que ambas nociones pueden andar por rutas divergentes y, más aún o peor todavía, los comicios y consultas populares pueden ser utilizadas para cohonestar situaciones políticas totalmente contrarias a los ideales democráticos.

Por cierto, en el Perú próximo a su Bicentenario como país independiente, estamos muy lejos de las perversiones al régimen electoral y las reglas democráticas arriba mencionadas. Vivimos en democracia y aspiramos a mejorarla profundizando sus instituciones, llevando a la práctica sus ideales.

Pero ello no obsta ni impide por sí, la existencia de ciertas reglas electorales, el hecho que algunas modificaciones propuestas sobre el sistema electoral y, por qué no, la proliferación de determinadas creencias sobre el quehacer político y sus institutos, lleguen a constituir -en algún momento

7 ROJAS, Ricardo Manuel ... Resistencia no violenta a regímenes autoritarios de base democrática. Madrid, Unión Editorial, 2015.

y circunstancia- lesiones importantes en los derechos y prerrogativas de aquellas personas y organizaciones, que se involucran en el juego electoral.

Justamente porque elecciones y democracia no guardan una relación de identidad y están lejos de implicarse mutuamente -como cierto sentido común ingenuo y despistado lo concibe- la posibilidad que decisiones, procedimientos y técnicas del acervo electoral, plasmadas en leyes y reglamentos, no estén alineadas con los principios democráticos, es un posibilidad muy alta y existe en verdad. Por lo tanto, a pesar de los discursos justificadores o las buenas intenciones, constituyen de *facto genuinas trasgresiones contra los derechos fundamentales vinculados a la participación política. Es decir, esos mismos derechos que el Derecho Electoral -no cualquiera, sino aquél privativo del "Estado Constitucional de Derecho"- se propone precisamente preservar, promover y expandir.*

Por lo dicho será menester estar en guardia. Así evitaremos sucumbir ante esta nueva clase de amenazas a la democracia y a los derechos ciudadanos. Después de todo, vigilancia y precaución son condiciones indispensables para la defensa del sistema democrático. Y ésta debiera extremarse porque la sutileza de la hora no la torna menos peligrosa.

El estado democrático se caracteriza no tanto por su adhesión a las grandes declaraciones, sino porque recela que los derechos fundamentales que cobija, no cuenten con la debida protección, a pesar de los títulos que pudiera ostentar. Para cubrir las rendijas por las cuales puede fluir las tentativas antidemocráticas, debe existir en la ciudadanía un acendrado espíritu cívico en alerta y con capacidad para rechazarlas. Porque no basta reconocerse como "Estado Constitucional de Derecho" para que la democracia goce de buena salud; los antídotos contra la actuación de sus enemigos serán siempre indispensables.

Premunidos de esta actitud y compromiso se procederá, a continuación, a revisar la legislación electoral y, por cierto, al análisis de los cambios sugeridos. Verificar si en los diferentes componentes temáticos de nuestro sistema eleccionario existen o no, disposiciones que pudieran generar agravio a los derechos ciudadanos a constituir organizaciones partidarias y a la participación política en general.

Entre los diferentes aspectos de la cuestión electoral vamos a dar prioridad a tres de ellos: a) la cautela del Derecho fundamental a la participación política, en su versión del derecho al sufragio pasivo b) la organización y funcionamiento de los partidos políticos y c) los cauces procesales de nuestra justicia electoral. Claro que no son los únicos asuntos relevantes que merecerían atención; sin embargo

creemos que ambos reúnen las dimensiones básicas inherentes a la participación política: los avatares de la actuación colectiva organizada y los procedimientos e instancias donde se dirimen las controversias electorales. En consecuencia, no solo se da cobertura a dos cuestiones emblemáticas, sino se ofrece también una pauta válida y sugestiva para analizar otros temas y ángulos del Derecho Electoral peruano.

ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS DEL SISTEMA ELECTORAL

El exámen del cuerpo normativo que regula los procesos electorales en el Perú, requiere previamente del establecimiento de pautas conceptuales y orientaciones metodológicas de naturaleza jurídico-política y axiológicas cuyo propósito sea el determinar, antes que nada, aquellos derechos fundamentales y valores superiores que promueve nuestro Derecho Electoral. Esto en consonancia con el marco jurídico del "Estado Constitucional de Derecho", paradigma al cual como país y comunidad política soberana nos hemos adherido, desde la puesta en vigor de la Constitución Política de 1979[8].

A reglón seguido, el señalamiento de aquellos objetivos trascendentes del Sistema Electoral Peruano nos servirá para verificar en que medida la pléyade de normas, instituciones, procedimientos y técnicas electorales vigentes, así como las diferentes propuestas de reforma en liza, son congruentes con los postulados constitucionales y democráticos de nuestro Estado Constitucional. Pero sobre todo, averiguar, si coadyuvan a potenciar la participación política de los ciudadanos fortaleciendo, con énfasis singular, su derecho a formar partidos políticos, en tanto organismos encargados de canalizarla.

8 En la medida que dicha Carta Política se postuló como una constitución rígida en cuanto a sus mecanismos de reforma, consagró jurídicamente los valores éticos y la moralidad que anteriormente pululaban por el antiguo y difuso "derecho natural" y se concibió como una verdadera norma jurídica, cuyos preceptos se aplicaban directamente y las eventuales contravenciones con las leyes positivas, podían ser objeto de control por parte de un órgano jurisdiccional especializado. Ver GARCÍA BELAUNDE, Domingo... Esquema de la Constitución Peruana. Lima, Editorial Justo Valenzuela, 1992 y El Sistema Constitucional Peruano, en *Los Sistema Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid, Dykinson, 1992. pp. 702 y siguientes.

O, por el contrario, en vez de lo supuesto poner en evidencia que tal cosa no se verifica siempre, en la realidad de los hechos; por lo menos en notables aspectos de nuestro régimen electoral. Así las cosas nos enfrentaríamos a una lamentable paradoja. El que no pocas reglas, instituciones y procedimientos relativos a la elección de gobernantes y representantes populares, estarían de espalda con los fundamentos de la democracia y, sin duda, lejanas a promover los derechos constitucionales de la población.

a) **La distinción radical entre las elecciones y la democracia.-**

Nuestra reflexión se iniciará poniendo en cuestión una extendida creencia y afirmando, en consecuencia, un aserto que consideramos básico: los mecanismos eleccionarios pueden constituir el nervio vital del proyecto democrático, pero en ningún caso se diluyen inexorablemente en él, pues no participan de la misma sustancia ontológica. Lo electoral tiene entidad propia, inconfundible y ha gozado en el devenir histórico de una existencia singular, jamás reductible a las experiencias democráticas. Elecciones y democracia no son el verso y anverso de la misma moneda. Constituye un grave yerro científico desdibujar sus contornos intrínsecos y suponer que estaríamos ante términos intercambiables: todo acto electoral sería democrático en sí, por un lado, mientras la democracia se configuraría en lo fundamental como una sucesión de decisiones adoptadas electoralmente.

A pesar de la contundencia de la ciencia que condena tal falacia, las elecciones como método para ungir autoridades -gracias a la vigencia y extensión de los modernos regímenes democráticos, que se tornaron hegemónicos desde la conclusión de la Segunda Guerra Mundial y que se acelera a finales del siglo XX con el colapso del comunismo y el final de la Guerra Fría[9]- han alcanzado una generalización y legitimidad tan abrumadora, tan decisiva, tan incontestable, que no debe extrañar lo entronizado y vasto de aquella percepción popular, que identifica sufragio y democracia sin más.

9 Sobre los impulsos democratizadores en todo el orbe, se debe revisar la obra del profesor norteamericano de ciencias políticas HUNTINGTON, Samuel ... La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX. Buenos Aires, Editorial Paidós SAICF, 1995.

En verdad, los sistemas políticos democráticos han hecho de las elecciones el procedimiento por antonomasia. A través de él adoptan decisiones públicas y eligen periódicamente a sus gobernantes. Sin embargo, cabe decir con total rotundidad que la cuestión electoral no pertenece al campo natural de la democracia. Contra toda evidencia, la tecnología para tomar decisiones e investir candidatos en representantes políticos, no posee en sí una raigambre democrática, aunque la democracia política la haya hecho suya -en demasía quizá porque ha preterido los mecanismos del sorteo, propio de sus orígenes[10]- cuando quiere optar y designar autoridades. Por lo tanto, los comicios, la participación de candidatos y el mismo acto de votar, no pueden ser conceptuados como inherentes al régimen democrático, como algo ínsito de modo tal que jamás podrían tener existencia independiente, fuera de sus parámetros democráticos.

En realidad las elecciones tienen que ver con otro fenómeno diferente a la democracia, al cual el constitucionalista español Manuel ARAGÓN denomina *colegialidad:*

> *"Entendido el derecho de sufragio en su sentido más limitado, esto es, identificándolo únicamente con el derecho de voto,* **es claro que no está ligado por fuerza con la democracia, sino con la colegialidad. La existencia del derecho de voto es necesaria allí donde una decisión ha de ser adoptada por un órgano o entidad compuestos por una pluralidad de personas, ya sea el viejo Senado romano, la antigua Dieta Imperial alemana o el Colegio Cardenalicio, por poner ejemplos bien alejados de la democracia"**[11] (Las negritas son nuestras).

Esto quiere decir que las elecciones son procedimientos integrados por un conjunto de reglas y técnicas cuyo destino es la toma de decisiones, el escoger entre opciones alternativas y ungir a representantes o directivos. Pero cabe añadir para que la noción electoral se complete, que esta mecá-

10 Sobre el tema del sorteo en lugar de las elecciones para elevar autoridades en la Antigüedad y en las ciudades medievales y renacentistas ver MANIN, Bernard ... Los principios del Gobierno Representativo. Madrid, Alianza Editorial, 1998. pp. 19 y ss. ; 59 y ss.

11 ARAGÓN REYES, Manuel ... Derecho de sufragio: Principio y función. En Dieter NOHELN, Sonia PICADO, Daniel ZOVATTO (Compiladores) ... Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica y otros, 1998. pp. 89.

nica de tomar decisiones únicamente funcionará cuando estemos frente a cuerpos colectivos de dirección; esto es cuando las resoluciones políticas que se requieren adoptar deben ser acordadas necesariamente, por una pluralidad de instancias y personas con poder de decisión.

En consecuencia los comicios -entendidas como competición entre opciones distintas y cuya dirimencia le corresponderá a un poder colegiado- no encajan cuando estemos frente a un régimen monárquico. En efecto, cuando la decisión política es responsabilidad de uno solo, cuando el gobernante concentra todos los poderes y resuelve en solitario (a lo más con asesores personales), el complejo electoral con sus características actuales pierde su fundamento, su razón de ser. ¡Monacracia y elecciones son conceptos se repelen mutuamente!

En suma, podemos afirmar que el proscenio eleccionario sólo es compatible con aquellos regímenes que el politólogo norteamericano Robert DAHL denomina, con extraordinaria perspicacia, *poliarquía*[12]. *Es decir, aquellos sistemas políticos donde el poder está distribuido entre una multiplicidad de actores, que para decidir deberán aunar voluntades necesariamente, por lo que requieren de reglas generales y abstractas para decidir válidamente. Lo contrario a la monarquía donde el poder estaría concentrado en uno solo.*

Por esta razón cuando las decisiones vinculadas al poder político implican el concurso plural de agentes empoderados, resulta imprescindible la existencia de un código de regulaciones, de modo que dichos actos decisorios sean válidos y legítimos para todos. Si por desgracia aquello no sucediera y los medios electorales acusaran defectos que devinieran en una insatisfacción generalizada de resultados, el conflicto político inherente al sistema político dimanaría inexorablemente hacia la guerra civil. De ahí la importancia que los regímenes poliárquicos cuenten con técnicas solventes para elegir, que aseguren su propia sobrevivencia.

Ahora bien, para concluir, el hecho que las democracias sean regímenes poliárquicos -y que, en esa medida, la elecciones sean el instrumento por excelencia para tomar decisiones- ello no quiere decir, en absoluto, que cualquier poliarquía es inequívocamente una democracia[13]. Jamás será posible homologar

12 Ver DAHL, Robert A. ... La poliarquía. Participación y oposición. Ciudad de México, Red Editorial Iberoamericana, 1993.

13 Sobre estos distingos fundamentales existe una vasta literatura. Recomendamos dos textos clásicos del profesor italiano Giovanni SARTORI ... Teoría de la demo-

conceptualmente elecciones y democracia, sin que ello niegue para nada la existencia de relaciones privilegiadas entre ambas.

b) **La *Democracia* en el *Estado Constitucional de Derecho.-***

La separación de las nociones *Elecciones y Democracia, rescatando la entidad irreductible de la primera, nos aleja de confusiones simplistas, cotidianas pero por desgracia sumamente extendidas. En virtud a ello deviene imperativo la necesidad de llegar a aprehender y redescubrir los fundamentos ético-políticos de nuestro Derecho Electoral. Pero tal esfuerzo conlleva a proseguir tenazmente en el ejercicio de desconstrucción de muchos conceptos, que el sentido común los tenía por semánticamente unívocos. Ahora nos corresponde abocarnos a la noción misma de Democracia, para desentrañar plenamente sus sentidos.*

Los avatares de los regímenes democráticos ofrece un sinfín de facetas, desafíos y una miríada de problemas. Al evaluar esta trayectoria tenemos que tomar en cuenta sus diversas concreciones históricas –producto de la aclimatación en diferentes latitudes políticas– y la evidencia que este derrotero le ha conferido a la democracia particulares perfilamientos, significados múltiples, disímiles, incluso contradictorios y actuaciones que se resisten a una rápida homogenización.

Sin duda, dicha tarea demandaría un gigantesco esfuerzo intelectual que obviamente trasciende los objetivos del presente estudio. Después de todo, tengamos presente, que el maestro SARTORI necesitó un volumen completo para responder a la interrogante ¿Qué es la democracia? , sin quedar por ello satisfecho ya que concluía con inquietud:

> "Definir la democracia –lo estamos viendo– no es nada simple ni fácil. "Democracia" es un palabra que se usa en largos discursos. Al desarrollar los planteamientos , debemos cuidarnos de toda clase de trampas"[14].

Por eso nos centraremos en aquella visión de *Democracia que parte, se estructura y define a la luz de la vigencia del paradigma innovador del Estado Constitucional de Derecho. Estamos convencidos que la reflexión que apertura este modelo jurídico-político nos proporcionará las pistas para superar la trillada imagen de una Democracia básicamente instrumental, limitada a las reglas de juego. Cabe decir que este patrón democrática iba de la mano con el auge de las*

cracia. El debate contemporáneo. Madrid, Alianza Editorial S.A., Tomo uno, 1988, y ¿Qué es la democracia?. Buenos Aires, Editorial Taurus, 2003.

14 SARTORI, Giovanni ... Op. Cit. p. 30.

doctrinas positivistas del Derecho. En lo que viene seguiremos al notable jurista italiano Luigi FERRAJOLI[15].

La durísima experiencia de la Segunda Guerra Mundial, con sus horrores indescriptibles de violación artera, masiva y sin fin de los derechos humanos de millones de seres, en todo el planeta, por contraste, creó las condiciones para la apertura de un espacio teórico-práctico, de veras excepcional, donde encuentra sus orígenes más remotos la teoría del Estado Constitucional, a la cual nos estamos adscribiendo.

En efecto, durante el lustro que corre entre 1945 y 1949, concurrieron las premisas conceptuales para la revisión de las nociones de *Derecho, Constitución, Estado y Democracia, lo que dio paso a reformulaciones radicales, novedosas, verdaderamente audaces, las cuáles rompieron epistemológicamente con los paradigmas hasta ese momento vigentes. Fruto de este giro conceptual, ese breve pero intenso período histórico conoció la promulgación de textos jurídicos de extraordinaria relevancia. Se trataba, en efecto, de documentos seminales de una nueva época, en la medida que hacían suyos los flamantes discursos jurídico-políticos, que ahora dominan el quehacer académico y la construcción social del poder político estatal de nuestro tiempo. Ellos son la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de los Derecho Humanos de 1948, la Constitución Italiana de 1948 y la Ley Fundamental de Bonn, de la República Federal Alemana, de 1949.*

Como nota común todos aquellos textos contenían normas jurídicas que habían hecho posible viejas aspiraciones provenientes de la Ilustración. El haber positivado valores y principios morales, que antes solo eran ideales por alcanzar y cuya referencia no era otra que lo registrado por un vago e impreciso Derecho Natural. Con ello adviene una nueva y revolucionaria visión de la Constitución, totalmente distante de la idea decimonónica que las conceptuaba como meros programas políticos, destinados a organizar el poder estatal en lo fundamental. De este modo lograron una inédita articulación del Derecho con el Estado y la Democracia. Se inauguraba así un escenario teórico-político inédito y fascinante, por sus inmensas posibilidades para hacer ese terco empeño de la humanidad: realizar los sempiternos sueños de justicia, en el conflictivo mundo de los hombres.

15 Especialmente su *opus magnum* en tres densos pero luminosos tomos, que han abierto un fascinante enfoque sobre estas cuestiones medulares. FERRAJOLI, Luigi ... Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid, Editorial Trota S.A., 2011.

El giro central consistió en la ruptura con la tradición decimonónica que se prolongó hasta la primera mitad del siglo XX, la cual reducía a las Constituciones a ser en lo sustantivo principalmente documentos políticos fundadores. En otras palabras, programas para la acción estatal, declaraciones sobre derechos, textos pletóricos de ideales y propósitos públicos, pero jamás concebidas como genuinas normas jurídicas, capaces de ser aplicables directamente y objeto de control jurisdiccional ante eventuales transgresiones.

Las Constituciones de aquella época aspiraban a ser un ideario privilegiado, sin duda. De ellas podían colegirse pautas para guiar la elaboración de leyes, así como la determinación de su contenido normativo. Pero, eso sí en ningún caso, llegaban a plasmar auténticas disposiciones de derecho. Es decir, no eran normas de verdad ni generaban mandamientos o prescripciones generales, abstractas e impersonales, pues no eran vinculantes, obligatorias erga omnes, para todos.

En esa medida, la legislación positiva no contaba con referentes axiológicos fuertes que reforzara su legitimidad. Eran los tiempos del imperio de la ley y ésta era producida por parlamentos de representantes de la nación, que se reputaban soberanos. En consecuencia, la fuente de derecho más importante era sin la ley positiva, ordinaria, que cotidianamente aprobaban los Poderes Legislativos de cada país. No lo eran las Constituciones políticas, a pesar de su abolengo, prosapia y suprema pretensión de controlar el poder de los reyes, hasta poco antes legibus solutus, autoridades absolutas por encima de las leyes. Es que por las razones mencionadas, no se reputaban como normas jurídicas en serio.

Fue la conciencia de esa brutal violación, sistemática y masiva, contra la vida, la libertad y los demás derechos fundamentales, los penosos aunque célebres crímenes de lesa humanidad que la contienda bélica acarreó, el gran resorte que incentivó a mutar las tradicionales concepciones. Las visiones positivistas que reducían el Derecho a leyes formuladas por la voluntad de legisladores y los órganos estatales, eran ajenas a cualquier consideración moral y preterían sin problema de todo lo relativo al universo de los valores.

Lógicamente este Derecho circunscrito a reglas de conducta y despojado de sus cimientos éticos, no fue ni podía ser óbice sólido frente a la tragedia desplegada. Al contrario, esas miradas estrechas, esos preceptos formalistas, ese puro legalismo sin normas y huérfanas de calado moral, no sólo eran imponentes para proteger eficazmente a las personas. Es más desarmaban sin ambages a funcionarios y entidades públicas en el cumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y la justicia para todos, pues les habían sustraído de todo fondo argumental. Después

de todo los actos más abominables perpetrados por nazis y fascistas casi siempre contaban con respaldo legal.

Los funestos resultados para la causa de los derechos humanos, propio de las prácticas totalitarias, de las dictaduras y todo tipo de autoritarismo, produjo un tremendo shock político y moral entre los hombres de estado, intelectuales y juristas. Esta tesitura reflejaba la enorme frustración de los pueblos y asumía sus reclamos por la justicia y sus derechos. Las doctrinas positivistas en boga eran impotentes para condenar jurídicamente tales genocidios y abusos. Esto debido a que el positivismo postulaba un tipo de Derecho que había renunciado a siempre necesaria dimensión axiológica y sólo reconocía derechos subjetivos previamente positivados por la legislación ordinaria.

Por lo tanto, ese Derecho carecía de eficacia para defender la dignidad de las personas ni podía deslegitimar las conductas antidemocráticas, pues como ya dijimos estaba constreñido a reglas extrañas a toda connotación valorativa. Y ciertamente su fuerza no fluía de los imperativos categóricos morales, ni emanaba de una razón superior. Solo la coacción estatal garantizaba la obligatoriedad de sus mandatos.

Era menester, entonces, producir un giro brusco en el pensamiento jurídico constitucional. Había que rechazar la postura tradicional y la postura ideológica del viejo constitucionalismo europeo, principalmente. Pero ya no era posible un retorno a las canteras del llamado Derecho Natural, derrotado teóricamente por las modernas corrientes positivistas -aunque había sido el arma conceptual por antonomasia, para justificar las grandes revoluciones demo-liberales de los siglos XVIII y XIX.

Se postuló, por ello, un nuevo paradigma de la Constitución concibiéndola como norma jurídica para todos sus efectos[16]. Tal decisión implicaba no solo que sus mandatos obligaban directamente y de forma inmediata, sin necesidad de leyes habilitantes o regulatorias previas. Fundamentalmente el paradigma alternativo colocaba a la Constitución y a las normas constitucionales, en una posición supra ordenada frente al conjunto del ordenamiento jurídico.

16 Sobre el significado y trascendencia de esta noción medular, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo ... La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

Se trataba de una transformación sustantiva y de alcance total. El modelo de *Estado de Derecho -extraordinaria conquista del derecho público alemán gestado a lo largo del siglo XIX- tenía como vértice organizador y fuente principal a la ley. Fue menester que cediera su lugar al paradigma del Estado Constitucional de Derecho, cambiando el eje vertebrador del ordenamiento jurídico: del imperio de la ley a la supremacía incontestada de la Constitución como norma.*

Nos encontramos ante un quiebre hermenéutico de vasta proyección y gran profundidad. La Constitución será ahora una norma jurídica y no solamente un programa político. Pero no será una especie más, como las leyes en general. Al ubicarse en la cúspide la jerarquía normativa, se transformará en una norma normanorun, una norma de normas. La norma constitucional se ha convertido en lex superior, ley de leyes, con supremacía absoluta sobre el conjunto de la legislación ordinaria constituida.

c) El surgimiento de la *Democracia constitucional.*-

Ahora bien, lo verdaderamente significativo, la gran innovación que apareja el *Estado Constitucional de Derecho como paradigma de nuestra época, no estriba en su primacía formal solamente. En efecto, no es sólo su posicionamiento en la parte más alta de la pirámide jurídica, que sin objeciones lo ocupa también. La formidable revolución teórica que conlleva el nuevo paradigma intelectual radica en su contenido, en su base material, en su sustancia axiológica. Y no en las formas, por importantes que fueran.*

El constitucionalismo contemporáneo, de la segunda postguerra hacia delante, ha logrado distinguirse del constitucionalismo de sus predecesores. Justamente porque ha sabido incorporar en su seno normativo un bloque de valores superiores y principios directrices. Estos impregnan el conjunto de su texto y, lo más significativo, ya no son aleatorios como otrora.

Estas normas constitucionales, ahora preñadas de moralidad y axiología, aparecen situadas en un rango superior a las normas ordinarias, meramente positivas. Adviértase que, en este caso, ya no se trata de un asunto de ubicación jerárquica en clave formal, sino de algo completamente distinto. Normas superiores por su contenido material o sustantivo y, por ello mismo, llamadas a desempeñar un rol activo, pues están dotadas de plena juridicidad. En esa medida, articulan, dan sentido y supraordenan, en cuestiones de contenido y no solo de formalidad, a todo el ordenamiento jurídico sin excepción.

Sin duda, este diseño constitucional es toda una novedad tras la dilatada hegemonía del positivismo jurídico. Es como si la panoplia normativa del Derecho Natural, que reaparece con la Modernidad temprana, allá por los siglos XVI y XVII, hubiera logrado ser positivada en el propio texto de la Carta Fundamental. Y mediante este expediente se superarían, por fin, los antiguos reproches a sus imprecisiones, ambigüedades, nula eficacia y demás debilidades, achacadas con bastante razón por las teorías positivistas en boga.

Si esto es así, el Derecho Constitucional dimanará en un supra derecho frente al resto de los derechos comunes. Y, por lo mismo, el imperativo de vigencia, la fuerza normativa del primero operará como referencia de validez y eficacia de los otros. Sin estos superiores componentes axiológicos, deónticos y morales, vivos y en plena operatividad, la Constitución nunca será norma normanorun, en el sentido cabal, profundo y material del concepto. De esta manera se ha retornado a una concepción material de la Constitución que parecía obsoleta, por la hegemonía de las visiones positivistas, tercamente procedimentales. Un esplendoroso arco trazado en el decurso de más de dos siglos, empata el momento actual con el mítico agosto de 1789, cuando en sucesivas sesiones la Asamblea Nacional de la Francia revolucionaria, procesa, discute y aprueba el celebérrimo Art. 16º de la Declaración de los del Hombre y del Ciudadano:

"Una sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"[17].

Con este renovado concepto de la Constitución -primacía de los Derechos Fundamentales y poderes en equilibrio para limitar la arbitrariedad- cobra inteligibilidad plena los alcances del paradigma del *Estado Constitucional de Derecho. A partir de este momento ya no será factible definir al Estado, a la comunidad política, sus instituciones e instrumentos de control, tan solo como maquinarias de administración del poder y prestación de servicios públicos. Incluso si estuviera legitimada por el respaldo social de la mayoría ciudadana.*

Esta noción que otrora tenía visos de universalidad, hoy resulta totalmente insuficiente. El nuevo rol de lo constitucional en la formulación e identidad del paradigma estatal, nos recuerda que toda la actividad política pública, con sus

17 Texto reproducido del libro de FAURÉ, Christine ... Las declaraciones de los derechos del hombre. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 12.

funciones asistenciales y de servicio, únicamente tendrán sentido y legitimidad si respetan, defienden y promueven los Derechos Fundamentales de la gente.

Significa esto que registramos una evolución en la forma de estructurar la escritura de las Constituciones: la anterior primacía de la parte orgánica (lo relativo a la organización y distribución del poder), cede su lugar a la prevalencia de la parte dogmática (catalogo de derechos constitucionales).

El nuevo constitucionalismo no se contenta con limitar al poder estatal -como fue su teleología original- sino garantizar, sobre todo, el principio que "la persona humana es el fin de la sociedad y el estado", como también reza, al igual que en otras Cartas del mundo, el Art. 1º de nuestra Constitución Política.

Y, por cierto, la necesidad que Constitución sea un texto vivo, es decir "efectivamente vivida por destinarios y detentadores del poder", como señala con toda claridad Karl LOEWENSTEIN. Una Constitución en serio, con fuerza normativa que tenga capacidad de regir sobre la comunidad, en vez de los documentos meramente nominales o semánticos, que contiene la clasificación del reputado constitucionalista alemán[18].

Lo significativo de este imponente despliegue de innovadoras ideas acerca de lo constitucional alcanzan también a la *Democracia. Es decir, saltan de los predios ordenados de lo jurídico a la arena agónica, de combate, indeterminada, de la política. Dejemos que Luigi FERRAJOLI nos relate como el modelo de Estado Constitucional de Derecho impacta sobre el régimen democrático, redefiniendo radicalmente su contenido:*

> *"Este cambio ha retroactuado sobre la* **naturaleza de nuestras democracias, haciendo a mi juicio inadecuadas las tradicionales concepciones puramente formales o procedimentales de la democracia como conjuntos de reglas de juego, independientes o indiferentes a los contenidos del juego democrático. En efecto, pues el mismo (el autor se refiere al paradigma del** *Estado Constitucional de Derecho)* **ha injertado en la democracia una dimensión sustancial, correspondiente a la dimensión sustancial de la validez de las leyes y diseñada por los límites y los vínculos jurídicos, de sustancia o contenido, impuestos a los poderes políticos de la mayoría. En síntesis, ha impuesto la que cabe llamar** ***esfera de lo no decidible*****: esto es,**

18 LOEWENSTEIN, Karl ... Teoría de la Constitución. Barcelona, Editorial Ariel, 1976. pp. 217 y ss.

lo que ninguna mayoría puede válidamente decidir, o sea, la violación o restricción de los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede legítimamente no decidir, es decir, la satisfacción de los derechos sociales constitucionalmente establecidos"[19] (Las negritas son nuestras).

De los paisajes armónicos y jerárquicos del *Derecho estamos ingresado a los mares procelosos de la política; aquél reino de las decisiones autosuficientes, al margen de cualquier habilitación precedente o superior, el célebre decisionismo político*[20] *y de la conflictividad social primordial, sin tregua, intrínseca, que gira en torno a la polarización permanente entre las nociones de amigo y enemigo*[21]. Por lo cual la política será siempre el ámbito de una incertidumbre radical.

La pretensión de domeñar la política sometiéndola a las reglas del *Derecho viene de antiguo y la fórmula, que lo expresaba en la tradición de la filosofía política, era la preferencia del "gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres". En el siglo XIX, luego de la irrupción del gran ciclo revolucionario liberal-burgués, esta aspiración se patentiza en la idea del Estado de Derecho, desarrollada por las doctrinas del derecho público en Alemania, gracias a juristas tan renombrados como GERBER, GRIEKE y especialmente JELLINEK*[22].

Pero esta doctrina, que del mundo germano se extendió por el orbe entero, partía de "la concepción del poder público como derecho del Estado", a decir de Fernando DE LOS RIOS[23], extraordinario estadista español durante la Segunda República, además de traductor y prologuista de la obra de JELLINEK. Este monopolio del *Estado sobre todas las formas de producción del Derecho se plasma en la ley, esa norma que*

19 FERRAJOLI, Luigi ... La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid, Editorial Trotta, 2014. p. 9.

20 Sobre el *decisionismo* y su tradición ver el texto de GÓMEZ ORFANEL, Germán ... Carl Schmitt y el decisionismo político. En "Historia de la teoría política", editado por Fernando VALLESPÍN. Madrid, Alianza Editorial, 1993. Tomo 5, pp. 243 a 272.

21 Sobre esta forma de entender la política especialmente ver SCHMITT, Carl ... El concepto de lo político. Madrid, Alianza Editorial, 1991.

22 Véase la obra capital de JELLINEK, Georg .... Teoría General del Estado. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

23 DE LOS RIOS, Fernando ... Prólogo del traductor. En JELLINEK, Georg. Op. Cit. p. 14.

elabora y expide los Parlamentos. Se construye así el paradigma del Estado Legal de Derecho donde la ley, no la Constitución, es el ápice vertebrador del conjunto del ordenamiento jurídico.

Obviamente esta visión no da espacio para valores y principios, pues identifica y reduce el Derecho a la mera voluntad del poder estatal. Por esta razón, el dominio que ejercería el Derecho sobre la actividad política del Estado, dotándola de juridicidad, únicamente se contrae a establecer procedimientos y reglas de juego para los detentadores del poder[24]. Fue menester, luego del trauma provocado por la última guerra, para que la *Constitución fuera repensada y concebida como verdadera norma jurídica, a la par que positivaba los grandes valores y principios provenientes del viejo Derecho Natural, para que irrumpiera el paradigma del Estado Constitucional de Derecho.*

Será, entonces, el respeto, la defensa y la promoción de los derechos y libertades, así como el ejercicio de un poder estatal limitado, no concentrado y sometido al derecho, sustantivo además del procesal, lo que deberá constituirse en el fundamento de la Democracia misma. Desde entonces, el régimen político democrático ya no podrá ser reducido a simples reglas de juego, a la creencia irrestricta en el legalismo, a la hegemonía de los procedimientos. Un depósito normativo-ético-axiológico se insertará desde ahora en su núcleo esencial y así se podrá hablar con certeza de una Democracia constitucional dentro de la tipología política. Igualmente se podrá llevar a la práctica social, al torbellino del universo político, la aspiración del jurista italiano Luigi FERRAJOLI de sentar los fundamentos para un proyecto político, además de modelo teórico, que ha sido plasmado en el título de su libro: "La democracia a través de los derechos"[25].

d) Derechos fundamentales y valores superiores en los sistemas electorales.-

Hemos podido demostrar que el régimen electoral vinculado al *Estado Constitucional de Derecho, no puede conformarse con ser solo una pléyade de mecanismos, reglas y procedimientos para adoptar decisiones políticas e investir autoridades, para los diferentes niveles de gobierno. Esta aproximación, por más extendida que esté, ya no es suficiente para juzgar los propósitos de las elecciones*

24 Para indagar en esta postura ver GROSSI, Paolo ... La primera lección de Derecho. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006. Especialmente el V Capítulo "Una primera recuperación: El Derecho es expresión de la sociedad y no del Estado", pp. 24 y 25.

25 FERRAJOLI, Luigi ... Op. Cit.

políticas. Se requiere absolver nuevas exigencias y producir resultados superiores para que el sistema eleccionario guarde coherencia tanto con el paradigma jurídico como con su irradiación al terreno político instituyendo una Democracia Constitucional.

Entiéndase, una vez más, que no se trata de menoscabar la importancia de las elecciones en tanto función primordial del régimen democrático. Saludamos, más bien, todas las propuestas de reforma que apuntan a mejorar las técnicas electorales, modernizándolas y desarrollando su eficacia y oportunidad. Mientras las elecciones puedan ganar en agilidad, certeza y trasparencia, mucho mejor será para el país. No hay lugar ni vocación alguna para minimizar los roles estratégicos del sistema electoral en una Democracia constitucional.

Lo que queremos sostener es que las Democracias son poliarquías[26]*, ¡qué duda cabe!, pero también mucho más. Y, por ello mismo, afirmamos con contundencia que la legitimidad social del quehacer político, no tiene por qué depender en exclusiva de la legalidad que sanciona el poder de los órganos del Estado, en forma cotidiana.*

Entonces cabe una pregunta que se abre paso con exigencia insoslayable. Indagar sobre aquellos Derechos Fundamentales y aquellos Valores Superiores, que alberga nuestro Derecho Electoral, más allá de sus aspectos procesales. Estas normas y valores impregnarán, a su vez, al sistema electoral otorgándole ese sustento axiológico y aquél sentido ético que le permitirá trascender la esfera inmanente de las reglas procedimentales eleccionarias. Y en simultáneo ingresar al derecho material o sustantivo de la regulación electoral.

Desvelar esta interrogante conlleva una revisión prolija de nuestra legislación electoral. Pero, de modo muy especial, proceder a examinar la normativa constitucional relativa a dicha temática.

La vigente Constitución Política de 1993 determina aquellos Derechos Fundamentales vinculados a la cuestión electoral. Estos derechos están presentes en los siguientes artículos:

-El Inc. 17) del Art. 2º, ubicado en el Capítulo I: "Derechos fundamentales de la persona", del Titulo I: "De la persona y de la sociedad", el cuál establece como derecho fundamental de toda persona el **participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación". (Las negritas son nuestras). Razón por la cual los ciudadanos gozan de los derechos de elección, de**

26 DAHL, Robert ... Op. Cit.

remoción o revocación de autoridades, de iniciativas legislativas y de referéndum.

- El Art. 31°, localizado en el Capítulo III: "De los derechos políticos y de los deberes", del mismo Título, es aquél que desarrolla el *Derecho fundamental a la participación política establecido por el dispositivo anterior. Además del contenido ya señalado, el artículo incluye los derechos al voto activo y al voto pasivo, el derecho a elegir y ser elegido, el derecho y deber de los vecinos a participar en los gobiernos municipales, los requisitos para el ejercicio del derecho al sufragio y la muy importante garantía de neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana. El texto concluye disponiendo que:*

> *"Es nulo y punible todo acto que* **prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos". (Las negritas son nuestras).**

- El Art. 35°, ubicado en el mismo Capítulo y Título constitucional, el mismo que se refiere a los modos de ejercer el derecho fundamental a la participación política. Se reitera la posibilidad de hacerlo en forma individual, pero lo sustantivo será la modalidad colectiva de participar en la vida política de la Nación. Para estos efectos serán necesarios -dice la norma- organizaciones políticas: "partidos, movimientos o alianzas", las cuales "concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular" (Las negritas son nuestras). Alcanzarán su condición de personas jurídicas, cuando se inscriban en el registro de organizaciones políticas. Y concluye el artículo remitiendo a una ley ulterior cuestiones importantes como el funcionamiento democrático de los partidos, la transparencia en cuanto al origen de sus recursos financieros y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del estado.

En cuanto a los Valores superiores y Principios relativos al Derecho Electoral, plasmados en la Carta Política de 1993, serían aquellos que pasamos a mencionar encontrándose en contenidos en los artículos siguientes:

-"Qué la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (Art. 1°).

-"Los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (Art. 3°)

-"El carácter democrático, social, independiente y soberanos de la República del Perú; la unidad e indivisibilidad del Estado; y la naturaleza del gobierno unitario, representativo y descentralizado; así como el principio de separación de poderes" (Art. 43°).

-"El poder del Estado emana del pueblo; los gobernantes ejercen el poder con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen; y nadie, persona o institución, puede arrogarse el ejercicio de ese poder, so pena de denuncia por rebelión o sedición" (Art. 45°).

-"Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes; el derecho a la insurgencia en defensa del orden constitucional, por parte de la población civil; la sanción de nulidad a los actos perpetrados por los usurpadores" (Art. 46°).

Sobre la base de estas normas y principios constitucionales será posible establecer el verdadero horizonte teleológico del Derecho Electoral y determinar con coherencia sus alcances y consecuencias. No está demás sostener que frente a estos fines sustanciales que ha fijado la Constitución Política, todos sin excepción tenemos la obligación de allanarnos a ella, para ser fieles a la lógica última y razón de ser del *Estado Constitucional de Derecho.*

El examen del articulado de la Constitución a la luz de las doctrinas del Constitucionalismo garantista[27]*, nos reiteran que la finalidad de las normas del Derecho Electoral no se limitan ni agotan en las técnicas para elegir gobernantes. Tampoco se trata solamente del procedimiento para convertir el número de votos emitidos por las preferencias ciudadanas, en un quantum de curules a favor de sus representantes.*

Pero esta operación para transformar la voluntad popular en poder estatal legítimo, no basta en sí para explicar, en su completa dimensión, lo que significa el Derecho Electoral en su contenido material y no solo formal. Lo dicho también alcanza a toda política que postule reformas, mejoras, avances, que se circunscriba a la decisión eleccionaria. En verdad la Democracia constitucional, esa que

27 Esta es la denominación con que Luigi FERRAJOLI identifica al producto de su elaboración teórica. Ver Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia. Madrid, Editorial Trotta, 2006.

corresponde y se alinea el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, no se satisface únicamente con mecanismos electorales para pulsar el ánimo de la población, así gocen de la mayor excelencia posible.

El régimen democrático que fluye de aquella Constitución inteligible como norma jurídica, material y rígida, posee otra ambición. En efecto, no sólo anhela elecciones correctas y eficaces, como señalamos. Principalmente persigue que en el curso del proceso electoral los ciudadanos y las organizaciones políticas de ciudadanos, los partidos políticos, desarrollen un protagonismo fundamental en tanto actores de su propia autodeterminación; haciendo su propia política y gobernándose a sí mismos, sin extrañas injerencias. Por esta vía, el paradigma neo-constitucional supera aquella democracia ajena a los individuos, percibida solo como democracia formalista, procedimental y reducida a reglas para administrar un poder, que en lo esencial aparece alienado para los ciudadanos, que no lo reconocen.

La democracia sustantiva postulada por el Estado Constitucional de Derecho responde, en consecuencia, a la vieja utopía del autogobierno ciudadano. Un reto capaz de cristalizar la aspiración a que la democracia sea más que reglas y procedimientos para acceder al poder. Que, como su raíces etimológicas proclaman: sea de veras el gobierno del pueblo, la expresión institucional de su propio poder. Una democracia que de curso al gobierno popular y no solo procedimientos abstractos y formales para los detentadores del poder.

Este anhelo –soñado tantas veces y objeto de innumerables frustraciones también– se concilia con el principio constitucional que considera a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y el Estado. Y con las filosofías humanistas que apuestan por emancipar al género humano de los obstáculos históricos que atan y constriñen su humanidad ; con el esfuerzo ético por tornarse responsable de su propio destino, sin tutelas de ninguna clase

Por lo expuesto, los sistema electorales, con sus tinglados de instituciones, técnicas, reglas y procedimientos, solo serán democráticos –en esta perspectiva neo-constitucional– si promueven realmente la participación activa, libre y consciente del actor-pueblo –titular de la soberanía– y los ciudadanos miembros, en la esfera de las decisiones políticas y representación de su comunidad. Solamente en estos términos y condiciones las elecciones contribuirán a la realización del ideal de una democratización plena, voluntaria e inclusiva de la sociedad.

Este, y no otro, sentido es el que tenemos que otorgar al derecho ciudadano "a la participación en la vida política de la Nación", ubicado ahora en el catálogo de Derechos Fundamentales de nuestra Constitución

Política (Inc. 17, Art. 2º) Y ese, y no otro, sentido el que debemos conferir al derecho ciudadano "a constituir y participar en Partidos políticos" (Art. 35º). Cabe señalar que desde la puesta en vigor de la Constitución de 1979, los Partidos políticos fueron constitucionalizados, por lo cual han dimanado hacia la estructuración de una verdadera *Garantía institucional*[28].

En síntesis, tenemos entonces un Derecho fundamental (la participación política)y una Garantía institucional (el partido político como asociación ciudadana para participar en la vida política de la Nación). Si esto es así, la pregunta decisiva, cuando analicemos la legislación electoral y sus proyectos de reforma, será si estas técnicas contribuyen o no, al impulso para una mayor y mejor participación política ciudadana, por un lado; y si facilita, estimula y fortalece a los partidos políticos, canales, por excelencia, del derecho fundamental a la participación política, por el otro.

RAZONES QUE JUSTIFICAN ESTA APROXIMACIÓN AL DERECHO ELECTORAL

Lo dicho hasta este momento ha precisado que el núcleo esencial de toda legislación electoral democrática consiste en garantizar que "Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país", como ha sido establecido por el Art. 21º de la *Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y aclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas realizada en París, el 10 de diciembre de 1948.*

Significa esto que el Derecho Electoral de cada país no se contrae simplemente a establecer reglas para elegir autoridades, a pesar que se trata de un asunto básico. Su propósito principal será asegurar y promover, en la ciudadanía, los Derechos fundamentales vinculados a la participación en la vida política de la Nación, especialmente la facultad de formar Partidos, toda vez que la política es una práctica colectiva, por antonomasia.

Sin negar la importancia de esta verificación, algunos observarán que en la situación actual, caracterizada por una incontestada hegemonía de los sistemas democráticos a nivel mundial, esta clase de búsqueda y reflexión podría resultar solo un mayor abundamiento sobre el tema. Y, en nuestra Patria, la renovación democrática sin interrupción, de sucesivos gobiernos nacionales, a través de cuatro

28 OTTO PARDO, Ignacio de ... Defensa de la Constitución y los Partidos Políticos. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 7.

comicios incuestionables, no justificaría la aproximación analítica que estamos proponiendo.

Las líneas que siguen intentarán demostrar que dicha confianza carece de fundamento sólido. Por el contrario, creemos que en el Perú se vienen produciendo mutaciones sorprendentes, con énfasis en la cultura política, de modo tal que paradójicamente las normas destinadas a regir los procesos eleccionarios pueden terminar afectando los derechos a la participación política y lesionar la siempre difícil construcción de nuestra Democracia constitucional.

Empezaremos repasando la pluralidad de elementos y circunstancias que vienen afectando significativamente al desenvolvimiento de la Democracia, desde el final de la Guerra Fría, allá por 1989. Durante casi 30 años el régimen democrático ha sufrido una conjunto de embates que lo han debilitado significativamente. Curiosamente nada similar se pensó al comienzo de aquél tiempo. Proliferaron las lecturas optimistas que se postraron ante su hegemonía y triunfo absoluto, inmediatamente después de la caída del Muro de Berlín. El insólito y vertiginoso derrumbe del modelo comunista, que había compartido la victoria sobre el nazi-fascismo tras la finalización de la II Gran Guerra, dejaba a la Democracia sin rival de fuste en el plano político-ideológico. Los absortos propagandistas de entonces cantaron sus mejores himnos a la nueva era y recordaron el "fin de la historia" que Hegel había pronosticado 200 años atrás, pues ya nada impediría la marcha triunfal de la democracia liberal por los horizontes de la humanidad[29].

Inmediatamente después nuestra reflexión se desplazará de la historia universal a los predios nacionales. Ahí veremos cómo se estructura el proceso democrático peruano. Observaremos su trayectoria que se ha desenvuelto en un contexto proceloso, decididamente no apto para el germinar de la virtudes democráticas, por lo que todo avance democrático implicó siempre paciencia denodada, esfuerzos generosos y una terca convicción. Será menester evaluar esta pasión por la *Democracia que motivó rupturas, giros bruscos y saltos hacia adelante, teniendo en cuenta sus vicisitudes, frustraciones y retos. Y lo más relevante, trataremos de verificar primero y describir después el ciclo contemporáneo de la Democracia, al cuál nos hemos referido líneas arriba. En un escenario globalizado la simetría de las grandes tendencias, no ahogan los particularismos. Justamente a estos últimos debemos referirnos para descubrir las claves del reciente itinerario del ideal democrático en el país, sopesar su*

29 Sobre el tema cargado de ilusión ver FUKUYAMA, Francis ... El fin de la historia y el último hombre. Buenos Aires, Editorial Planeta, 1994.

estado y, en concreto, determinar si el despliegue de la cuestión electoral, con sus normas, procedimientos e instituciones, camina en el sentido de consolidar nuestra Democracia constitucional, especialmente aquellos Derechos Fundamentales a la participación política. Y si ello no fuera así, denunciar el por qué.

a) **El repliegue de la *Democracia constitucional* en el Perú.-**

Como la mayor parte de los países del área latinoamericana, el Perú ha adolecido graves dificultades en lo relativo a la gestación y desarrollo de nuestro particular proceso de formación del Estado-Nación -el mismo que dejara atrás a las formas políticas coloniales luego de la Independencia. Y, por cierto, la incipiente democracia a pesar de su talante liberal-conservador, no tuvo el mejor clima político para fructificar.

El problema de la hora durante el siglo XIX y bien avanzado el siglo XX, fue la legitimidad de los gobernantes, que preferían asaltar el poder antes que someterse a las reglas electorales. Las sucesiva Constituciones que adoptamos no regían, en verdad, la vida política del país. Carecían - salvo en puntuales episodios- de fuerza normativa y perfectamente encajaban en la clasificación de Karl LOEWENSTEIN de "constituciones nominales o semánticas"[30]. Eran como dijo Ferdinand LASSALLE, para referirse a los ensayos constitucionales en Prusia, impelidos por la Revolución de 1848, "hojas de papel", mojadas en tinta[31].

Esta precaria institucionalidad era, en no pocos casos, un mero botín de los detentadores del poder de turno, que parapetados tras sus grados militares, convencían a una facción soldadesca para dar un "golpe de estado", sostenido en la pura violencia armada. Se instauraba, entonces, el reino de la arbitrariedad absoluta, pues los agravios a los derechos contemplados en esos textos que fungían de constitucionales eran moneda corriente, un asunto cotidiano. Tampoco se respetaba la majestad del Parlamento, a la par que se avasallaba a la Judicatura, porque independientemente de las declaraciones, los poderes del Estado no estaban separados en los hechos[32].

30 LOEWENSTEIN, Karl ... Op. Cit. pp. 216 y ss.

31 LASSALLE, Ferdinand .... ¿Qué es una Constitución?. Buenos Aires, Ediciones Siglo XX, 1980. P. 73.

32 Para comprender la naturaleza política de este dilatado proceso histórico ver COTLER, Julio ... Clases, estado y nación en el Perú, Perú Problema Nº 17. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978.

Cabe decir que la anatomía del poder real, que hemos descrito, no resultaba incompatible con la realización periódica de elecciones. Ellas eran parte del ritual necesario para dar la capa de barniz legitimador para el gobernante de ocasión. No era importante que este ejercicio en la urnas, se desplegara al margen, si no en contra, de la genuina voluntad ciudadana. Lo que contaba era la realización de todos los actos de la parafernalia establecida, el respaldo formal de la autoridad encargada y la concurrencia de cierto volumen de público, que a modo de audiencia realizada, confería al tinglado de la legitimidad necesaria, incluidas las celebraciones con "pisco y butifarras".

El historiador de la República Jorge BASADRE[33] estudia, con su conocida prolijidad, este proceso donde paradójicamente los cambios positivos en los métodos para el ejercicio del derecho al sufragio, no lograban cristalizar el objetivo de transparentar con fidelidad el sentimiento ciudadano. O sea, según él, no bastaba con la mejora de los sistemas y adopción de criterios modernos plasmados en la legislación electoral. Era imprescindible, además, una disposición nueva entre las autoridades y ciudadanos, para asumir e internalizar las reglas de juego primero y actuar con respeto ante los resultados que pudieran arrojar las nuevas tecnologías eleccionarias después. Solo así el voto ciudadano se convertiría en un Derecho fundamental y su ejercicio redundaría en el fortalecimiento del régimen democrático, pues se distanciaba de las fanfarrias litúrgicas de los viejos tiempos.

Sobre este fondo tragicómico, donde la cruda realidad desmentía las sublimes promesas de los sistemas electorales, se produjeron -pese a todo- reformas e innovaciones en la materia que no podemos dejar de relievar, por la trascendencia que adquirieron en la configuración ulterior de las reglas vigentes.

Todas ellas se materializaron en el curso del siglo XX y no podemos negar que el sistema electoral que hoy tenemos es el heredero legitimo de estas reformas. Creemos que fueron cuatro los momentos históricos que propiciaron la renovación significativa del *Derecho Electoral peruano, creando instancias independientes para organizar los comicios, nuevas circunscripciones electorales, modernos sistemas para asegura la representación proporcional del*

33 BASADRE, Jorge ... Elecciones y centralismo en el Perú. Apuntes para un esquema histórico. Lima, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1980.

electorado y la presencia de las minorías, garantías para llevar a cabo el escrutinio, permitir que el votante elija a sus representantes dentro de una lista propuestas, cambios en las organización de las entidades encargadas de los comicios, etc.

En 1931, en el marco de la crisis política provocada por la caída del oncenio de Leguía, se produjo lo que BASADRE denominó: "La aparente transformación del sistema en 1931"[34]. La legislación electoral de entonces tuvo la virtud de emancipar las dependencias eleccionarias del Poder Ejecutivo, creando un organismo autónomo: el *Jurado Nacional de Elecciones, entre otras reformas importantes.*

En 1962, treinta años después, luego de un golpe castrense contra el gobierno constitucional de Manuel Prado, se dictó un nuevo Estatuto Electoral que entre otras novedades contemplaba la creación de los distritos electorales departamentales, la cédula única de sufragio, el sistema de la cifra repartidora como mecanismo de representación proporcional a favor de las minorías, la no revisión de los resultados del escrutinio realizado en mesa, entro los más notables.

Entre 1979 y 1980, tras la finalización del Gobierno Militar (1968-1980) y la puesta en vigor de la nueva Constitución Política de 1979, las elecciones para restablecer el régimen democrático introdujeron cuestiones como el voto preferencial y se culminó el proceso de afirmación del sufragio universal confiriendo el derecho a votar a los analfabetos.

Finalmente, en 1993, después de perpetrado el golpe de estado y la adopción de un nuevo texto constitucional la reforma se orienta por la modificación de los órganos del sistema electoral peruano, separando las tareas relativas al registro electoral, la organización de las elecciones y la administración de justicia electoral, siendo presentada como un hito de modernidad. Además se estableció el distrito electoral único para la elección de la representación nacional, en detrimento de los departamentales y en congruencia con la eliminación del senado, como segunda cámara del Poder Legislativo. Pero cabe apuntar que esta reforma no prevaleció en el tiempo, pues fue objeto de cambios constitucionales que retornaron a los distritos electorales múltiples. No así la restitución del tradicional Senado de la República.

Más allá de las diferencias y críticas que podamos guardar frente a alguna de estas reformas, no podríamos negar so riesgo de pecar de unilateralidad que, en conjunto y en una perspectiva de larga duración que mira el interés nacional,

34 BASADRE, Jorge ... Op. Cit. p. 141.

fueron jalones necesarios, urgentes y positivos en la dilatada y ardua trayectoria de formación de nuestro sistema electoral.

Este aspecto meritorio y favorable de las sucesivas reformas electorales, no queremos ni podemos soslayar. Al contrario hay que saludar su vocación modernizante, la calidad técnica que se afianza con el correr del tiempo, los avances en la búsqueda de certeza reduciendo a límites manejables cualquier irrupción de incertidumbre, los mayores grados de transparencia alcanzados y la oportunidad adecuada para obtener resultados fiables. Y decimos más. Todo ello redunda en beneficio directo de nuestra Democracia constitucional.

Sin embargo, la visión de Democracia constitucional a la cual nos adherimos y postulamos no se circunscribe ni agota en los procedimientos, así sean estos los destinados a decidir y elegir autoridades democráticamente. Líneas arriba hemos visto cómo no es posible la identificación absoluta entre elecciones y democracia. Que a pesar de sus imbricaciones indispensables una con la otra, ambas nociones son irreductibles entre sí y, por lo tanto, pueden emanciparse y jugar sin problemas teóricos o morales, en otros contextos totalmente disímiles e, incluso, contradictorios.

Por estas razones sostenemos que salvo las medidas de extensión del sufragio a las mujeres en 1956 y a los analfabetos en 1979, nuestro Derecho electoral realmente existente, incluyendo sus reformas modernizadoras, no han contribuido a fortalecer e impulsar los derechos ciudadanos a la participación política, en tanto Derechos fundamentales vinculados a la razón de ser de la Democracia constitucional.

Y para hacer justicia habría que mencionar que también se inscribe en esta concepción, que FERRAJOLI describe como "la democracia a través de los derechos"[35], la decisión de derogar el Art. 53° de la Constitución Política de 1933 que proscribía la existencia legal de aquellos partidos políticos a los que se les imputaba pertenecer a alguna organización internacional y a quienes "pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función política". Este texto que el profesor Luis ALARCÓN QUINTANA calificó como: "el más grande genocidio cometido por la Constituyente del 31"[36], sirvió para colocar fuera de la ley a todos los políticos que se manifestaban

35 Es ni más ni menos que el título del libro ya citado de FERRAJOLI, Luigi ... Op. Cit.

36 ALARCÓN QUINTANA, Luis ... Origen y proceso de la Constitución de 1933. Lima, Editorial Científica SRL, 1978. p. 197.

opositores al gobierno de entonces. Finalmente fue expulsado de ordenamiento jurídico cuando la Constitución de 1979 entró en vigencia.

Prueba de ello es que tales reformas electorales -cuyas bondades en general jamás mezquinaremos- no coadyuvaron a estabilizar el proceso político democrático ni garantizar su continuidad. Repasemos brevemente.

La legislación electoral de avanzada de 1931 no fue óbice para la realización de unos comicios acusados de fraude y que desató una conflictividad en extremo aguda que culminó con la Revolución de Trujillo en 1932, las insurrecciones por todo el territorio de la República, abriendo las puertas a la guerra civil, la represión brutal desde el gobierno y los magnicidios desde la oposición. Esos "años de la barbarie" no cesaron con la muerte de Sánchez Cerro, pues el nuevo mandatario Benavides clausuró todos los espacios democráticos y cuando en 1939 el partido aprista desde las catacumbas orientó sus votos hacia Eguiguren, no tuvo empacho en desconocer los resultados. Los apristas solo recuperaron la legalidad en 1945, con el triunfo del *Frente Democrático Nacional con Bustamante a la cabeza.*

La innovadora legislación de 1962, con toda su modernidad y avances, fue incapaz para domeñar las tensiones incubas en el proceso político. Los derrotados en las urnas de 1963 jamás terminaron por asimilar el triunfo de Belaunde Terry. Reputaron el resultado a la deliberada actuación del gobierno militar que había nacido del golpe acaecido el año anterior, justamente contra ellos. Vieron, entonces en esas normas electorales flamantísimas, la causa de su frustración electoral. Por eso formaron una coalición parlamentaria (APRA-UNO) y desde el Congreso entorpecieron la gestión del gobierno belaundista y la puesta en marcha de sus programas gubernamentales. Apenas un lustro después, el 3 de octubre de 1968, se inauguraba en el Perú un gobierno militar de signo reformista. La bandera de la revolución puesta al tope se constituyó en la justificación propicia para cancelar el ejercicio de la democracia, durante el íntegro de la década del 70 del pasado siglo.

Cuando los militares deciden retirarse del gobierno allá por 1979, no dejaron de introducir reformas en nuestro sistema electoral. A diferencia de lo acontecido en los inicios de los 60 la ambición eleccionaria aparentemente tuvo un menor alcance, pues se limitó a las reglas para las elecciones de la Asamblea Constituyente de 1978, al introducirse el inédito voto preferencial, seguramente con el propósito de incomodar la postulación del jefe del Partido aprista. Sin embargo, contra lo que se cree comúnmente, no fue el gobierno de facto castrense quien diera legitimidad a esa práctica y menos la generalizó. En efecto, el Decreto

Ley N° 22652 de 27 de agosto de 1979, que modificó la llamada Ley de Elecciones Políticas de 1962, reiteró en su Art. 56° que no habría voto preferencial para los comicios de senadores y diputados de 1980.

Fue, entonces, para las elecciones generales de 1985, cuando los demócratas ya habían asumido plenamente las riendas del Estado, que nuestro Derecho electoral recepta el doble voto preferencial para elegir senadores y diputados. Además se injerta el ballotage francés, es decir la obligación de una segunda vuelta presidencial, si en la primera ninguno alcanzara la mitad más uno de los sufragios. Por la vehemencia de las posiciones enfrentadas quizá nunca se llegue a la evidencia que desvele para todos, el terrible e inconmensurable perjuicio que el voto preferencial ha cobrado al régimen democrático existente, al debilitar sustancialmente al sistema de partidos que lo sustenta. No será la única causa de la debacle partidaria en estos tiempos de crisis de la política, pero que tiene una cuota muy grande en ello, ¡no cabe la menor duda![37].

Por último, la reforma de la administración electoral de los 90 de la centuria anterior tampoco garantizó el desenvolvimiento democrático del país. Los comicios de la era fujimorista siempre fueron cuestionados y nunca lograron aceptación universal. Desde el referéndum para aprobar el documento de 1993 hasta los últimos ensayos reeleccionistas del año 2000. No merecieron, igualmente, crédito sus propuestas orgánico-administrativas. La desintegración del histórico *Jurado Nacional de Elecciones, único organismo electoral, reducido ahora lo contencioso-electoral, fue visto con recelo. Las sospechas que recaían sobre la ONPE y en menor medida sobre la RENIEC, como instancias susceptibles de manipulación y fraude, jamás se disiparon. Poco valieron los argumentos acerca la modernización del sistema electoral ni la proclamada eficiencia técnica de separar orgánicamente sus funciones.*

Como se percibe en todos los casos, las reformas electorales independientemente de su envergadura, direccionalidad y fortuna, no apoyaron debidamente

37 El *voto preferencial* no aporta a la cohesión partidaria, como objetivo legítimo. Al contrario, fomenta la diáspora y fragiliza la actuación colectiva porque incentiva toda clase de particularismos, en su deseo también legítimo de ganar una curul. El otro injerto, el *ballotage* absoluto, a más de la mitad de los sufragios, también está acusando problemas prácticos y conceptuales. Las minorías que perdieron las elecciones son las que terminan decidiendo el resultado final. Y en circunstancias de alta polarización se prefiere el triunfo de la mediocridad, antes que el irreconciliable enemigo político se alce con la victoria, lo que definitivamente no será un buen negocio para el país.

al proceso democrático. O, por lo menos, no impidieron su deterioro frente a los inmensos desafíos que debió afrontar.

Ahora bien, que quede claro que no estamos cargando a las medidas y cambios en el sistema eleccionario, con el mayor peso de responsabilidad en las crisis políticas que se suscitaron y, menos aún, con los desenlaces antidemocráticos en que desembocaron. Las causas son muchas y las tipologías establecidas para cada circunstancia varían en función de la historia y la naturaleza del enfrentamiento político concreto. Y lo electoral solo fue una entre tantas. Ni siquiera estamos diciendo que hubiera entre las reformas para elegir y la realidad política del entorno, una relación directa de causa y efecto. No, pero tampoco sería dable preterir cualquier clase de vínculo entre ambas. Indudablemente la lógica de las modernizaciones electorales no conllevó panacea alguna, que inmunizara a democracia política existente de la actuación de sus enemigos y su derrumbe final; como efectivamente sucedió.

Hasta aquí la historia que revela que las reformas electorales del siglo XX no inyectaron savia profiláctica a las raíces de la democracia peruana ni la revitalizaron lo suficiente, a pesar –como hemos dicho y repetimos ahora– que las medidas adoptas en su conjunto, al margen de apreciaciones singulares de algunas de ellas, fueron necesarias y pasos adelante en el perfeccionamiento de nuestro sistema electoral.

Cuando hacemos el trasiego de siglos e ingresamos al momento actual advertimos algunas curiosidades, que definen las notas de la reforma electoral presente.

Primero, el punto de partida. A diferencia de las reformas de 1931, 1962, 1979, la última concitó una vasta y sostenida resistencia. Mientras las anteriores no provocaron mayor reacción e incluso algunas fueron recibidas con beneplácito, la reforma electoral de 1993 tuvo un rechazo manifiesto y generalizado, político pero también académico.

Desde el comienzo se consideró que la fragmentación de las atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones, tres organismos separados, no solo era inconveniente en lo técnico-constitucional, sino se la percibió como una maniobra congruente con el autoritarismo político y antidemocrático que se estaba montando a consecuencia del golpe de abril de 1992. Las críticas no se hicieron esperar y arreciaron de tal forma que, en torno a ellas se forjó un consenso, que podía ser sintetizado por el jurista y Presidente de la República Valentín PANIAGUA:

"La Constitución de Fujimori ha introducido en nuestro régimen electoral reformas sustantivas que, como se verá, afectan al sistema representativo y contribuyen a centralizar el poder, corrompen las relaciones Estado-electorado y debilitan los mecanismos de relación institucional entre el Estado y la sociedad, y , sobre todo, liquidan, definitivamente, la autonomía y el significado político e institucional del Jurado Nacional de Elecciones"[38].

Más contundencia en el descredito a la reforma fujimorista, ¡imposible!. Por esta razón la *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, creada por el Decreto Supremo N° 018-2001-JUS de 26 de mayo de 2001, reflejando el consenso alcanzado por la academia, los juristas y las instituciones, recomienda como primera alternativa de cambio:*

"Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido lo es la RENIEC. Ambas dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes"[39].

La otra gran diferencia con las reformas electorales anteriores fue su convivencia con dilatados períodos políticos de oclusión de la vida democrática, incluso en su expresión electoral, al cancelarse los llamados a las urnas. Así sucedió entre 1933 hasta 1945 con la proscripción del partido político mayoritario y la realización de elecciones totalmente amañadas; aconteció también entre los años 1968 hasta 1980 con el gobierno de las FF.AA. tras la descomposición del régimen democrático que surgió de la *Ley de Elecciones Políticas de 1962 (D.L. N° 14250). Y entre 1992 al 2000 bajo la égida de Fujimori, aunque mantuviera las formas eleccionarias.*

En cambio la debacle del Fujimorato ha roto con esta secuencia. Se ha dado la apertura a un período de inusitada longevidad, para los estándares nacionales, de democracia electoral continua. La sucesión de los últimos cuatro Presidentes se ha realizado a través de elecciones irreprochables, en lo fundamental. Y vamos camino a 20 años, casi dos décadas, de estabilidad democrática, como jamás habíamos tenido en nuestra azarosa existencia republicana.

38 PANIAGUA CORAZAO, Valentín ... Sistema electoral. En Autores varios, La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales -10, 1994. pp. 219.

39 COMISIÓN de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, Ministerio de Justicia y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Julio 2001. p. 102.

Y es entonces donde irrumpe una sorprendente paradoja, la cual no puede explicarse en lo apretado de estas líneas. Nos limitaremos a describir los hechos.

Con la reforma electoral más importante del régimen fujimorista, la desmembración del Jurado Nacional de Elecciones, se ha producido un milagro de sobrevivencia. Los denuestos a granel, incluyendo la crítica de quién años más tarde sería Presidente de la República durante los meses de la transición democrática, de pronto fueron perdiendo impulso y se ralentizó la voluntad del restituir al Jurado la plenitud de sus competencias. Pero de mayor significado fue la suerte de la reforma de la Constitución de 1993, que incluía superar la fragmentación del sistema electoral. Quedó claro que la responsabilidad de la tarea le correspondería al futuro Congreso de la República, por lo que el dictamen de la Comisión formada por el Presidente Paniagua, sería solo un importante insumo. Instalado en julio de 2001, el cuerpo Legislativo se abocó a estudiar el tema, pero con suma renuencia[40]. En los años posteriores, hasta la finalización de su mandato en el 2006, se reformó únicamente el Capítulo XIV del Título IV relativo a la *Descentralización (impelido por la urgencia de aprobar la legislación sobre el restablecimiento de los gobiernos regionales y las elecciones que se llevarían en octubre de 2002). Nunca más se tomo en serio la voluntad de eliminar la organización tripartita del régimen electoral.*

En paralelo, quienes se desempeñaron ulteriormente como funcionarios de la ONPE, no mantuvieron sus antiguas posiciones con firmeza. Luego de este abandono conceptual se empezó a justificar la existencia de este organismo y, por ende, la separación de las funciones antes concentradas en el JNE. El discurso construido para la ocasión argüía que era menester diferenciar la consistencia técnica que la organización electoral múltiple pudiera tener, de sus usos manipuladores y fraudulentos. Que ambas cosas sucedían independientemente y, por lo tanto, no debieran confundirse[41].

El hecho cierto fue que entre las dilaciones interminables del Congreso de la República y el nuevo discurso esgrimido, la reforma electoral

40 Sobre el proceso seguido por la Comisión de Constitución del Congreso de la República para formular el proyecto de reforma constitucional alternativo al texto de 1993 ver PEASE GARCÍA, Henry ... Proyecto de Ley de reforma de la Constitución. Lima, Congreso de la República, 2002. pp. 13 y ss.

41 Ver esta reflexión en TUESTA SOLDEVILLA, Fernando ... Representación política: la reglas también cuentan. Lima, Pontificia Universidad Católica y Fundación Friedrich Ebert, 2005. pp. 175 y ss. El autor además de ser un destacado especialista fue Jefe de ONPE entre el 2000 y el 2004.

fujimorista contenida en la Carta Política de 1993, salió indemne de los cuestionamientos democráticos y casi 25 años después goza de buena salud.

Creemos que lo sucedido con la reforma electoral de 1993 marca decididamente el tono y las características en que se desenvuelve el debate electoral, en la actualidad.

La paradoja, a la cual aludimos cuando revisábamos la suerte del trípode electoral fujimorista, no se agota en el contraste entre las críticas demoledoras y su resistencia para sobrevivir. Tiene que ver con algo más profundo y delicado al mismo tiempo.

Observemos que la argumentación para defender la pluralidad de organismos electorales, se muda de lo propiamente político a las razones técnicas. No importaba el rol cumplido por ONPE en los fraudes electorales ni la debilidad del JNE para ejercer su rectoría. Eso era historia, reducida a determinadas circunstancias, por lo que no descalificaban las ventajas intrínsecas de separar lo administrativo de lo jurisdiccional se decía, ni ponía en tela de juicio la eficiencia tecnocrática que tomaba distancia del juego político.

Y así, poco a poco, el discurso relativo a lo electoral se fue sumergiendo en la lógica de la excelencia, de lo aséptico, a punto de impregnarse de un talante definidamente tecnocrático, donde la política y la participación popular ya no marcaban la pauta, sino habrían devenido en meros objetos para la intervención de los novísimos criterios. Imperceptiblemente se la cuestión electoral se autonomizaba de la política y lo ciudadano. Paradójicamente se habría consumado la despolitización de lo electoral[42].

Este desplazamiento hacia la hegemonía de lo técnico en el quehacer electoral ha tenido algunas manifestaciones significativas, que sirven para ratificar Dadas las limitaciones de este Informe nos ceñiremos a identificarlas, sin mayor desarrollo.

42 Este proceso se verifica pausadamente, cuando los partidos políticos son apartados de las instancias electorales, cuando los ciudadanos ya no son convocados por sorteo a participar en los Jurados Especiales, sino se prefieren los expertos en derecho electoral, cuando ya no hay interés en promover organizaciones políticas, sino la tarea ahora es fiscalizarlos, cuando las reformas propuestas se hacen para facilitar la actuación de los órganos electorales, en lugar de desarrollar los derechos de participación política, entre otras.

Primero.- En los últimos tiempos, curiosamente, todas las propuestas de reforma electoral han provenido de las autoridades, del *Jurado Nacional de Elecciones. Incluso las disposiciones de la Ley de Partidos Políticos*[43]. *Llama poderosamente la atención que en este esfuerzo el protagonismo no le haya correspondido a los partidos políticos. Sin duda, ¡signos de los tiempos!*

Segundo.- Por esta razón casi todas las propuestas normativas están impregnadas de un marcado espíritu fiscalizador. El afán de controlar, poner nuevas reglas, atiborrar de requisitos, imponer sanciones y garantizar su ejecución son los rasgos dominantes de las reformas electorales. Poco o nada de apoyo, impulso y promoción a los partidos y al derecho a la participación política.

Tercero.- La misma propuesta de Codificación del *Derecho electoral -la reforma insignia del Jurado- es en lo sustancia una medida técnica para facilitar el uso de la legislación electoral por parte de los usuarios, empezando por el propio JNE. Por otro lado es ostensible la vocación del Proyecto por reforzar las instancias del Jurado, profesionalizando cuadros y procurando una mayor dotación de recursos.*

Cuarto.- El espíritu tecnocrático que imbuye las propuestas oficialistas de reforma electoral, las lleva a que adolezcan de un grave defecto: la ilusión que la realidad puede ser manipulada a su antojo a través del dictado de leyes. Este activismo legalista del JNE y de las ONG que comparten el ideario tecnocrático, es puro idealismo pues se le otorga a las normas capacidades de demiurgo sobre la realidad. Por ejemplo, la ausencia o debilidad de los partidos políticos pretende ser corregida o subsanada con el voluntarismo normativo, como si el *deber ser dispusiera siempre sobre el ser y lo pudiera cambiar a discreción. Ahora bien, lo grave de este espejismo son los resultados, casi siempre, contradictorios con los objetivos que se propusieron. Es un hecho que la mayor regulación de los asuntos partidos no ha redundado en la fortaleza de esas organizaciones.*

Quinto.- La visión tecnocrática tiene otros bemoles, igualmente nocivos. Genera inconscientemente un desprecio hacia la actividad política, absolutamente incoherente con la regulación que se pretende aplicar. Y

43 Para conocer tanto el volumen como el itinerario de los diversos proyectos de ley presentados por el JNE, sugerimos repasar el texto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley: Código Electoral 2017. Lima, Jurado Nacional de Elecciones, 2017. pp. 263 a 272.

esto se expresa cuando al referirse a las dirigencias políticas se las moteja despectivamente como "cúpulas partidarias". Y, en consecuencia, toda la legislación propuesta apunta a entorpecer su rol directriz, afectando por esta vía, a la propia organización política.

Sexto.- En la misma línea, el desconocimiento del universo político y particularmente el ámbito de los partidos políticos, los lleva a generar todo tipo de sospechas de eventuales conductas ilícitas frente a las organizaciones y la participación política en sí. Por eso buena parte de la legislación electoral propuesta persigue el combate contra la corrupción, el lavado de activos y el terrorismo, pero lo hace sin tener en cuenta la praxis política en sí y sus características. El resultado: quizá se alcancen algunos objetivos en la lucha contra el delito, pero ciertamente el sacrificio de la política y su organización, será el costo de las mismas. Nos preguntamos si el mismo celo se tuviera frente a la actividad empresarial y económica ¿podría esta esfera de la vida social funcionar con normalidad?

Séptimo.- Esta aprehensión a la política fruto, a su vez, de esa vocación tecnocrática mencionada, contrasta con el apego y apoyo a las actividades económicas. El neoliberalismo en boga ha sancionado que estas últimas no sean objeto de control o, a lo sumo, de regulaciones mínimas e indispensables. La idea que reposa es que la menor presencia de lo público y lo estatal, es una condición para el crecimiento económico. Y éste se concibe como producto de la libre iniciativa de millones de actores, en los mercados. *Contrario sensu el quehacer político –despreciado y sometido a eterna sospecha– involuciona frente a la tendencia que opera en la economía. Cada vez mayor regulación y control. La proliferación de requisitos (para ser candidatos o formar un partido), apareja inexorablemente una mayor presencia de la autoridad pública. Mientras el mundo económico se liberaliza, el universo político se estatiza, peligrosamente.*

Octavo.- Los vientos tecnocráticos arriban, como no podía ser de otra manera, a lo contencioso-electoral. Las decisiones jurisdiccionales del Jurado que deberían tomar en cuenta que los actores políticos, ciudadanos o partidos actúan con la libertad que la Constitución les garantiza- deberían ajustarse a ese mandato. Tendrían que asumir, también, que en última instancia es el cuerpo electoral quien tiene la última decisión en las controversias, en virtud del principio de la soberanía popular. Por lo tanto, el ejercicio jurisdiccional en materia de elecciones debería garantizar esos márgenes de libertad para la actuación, ya sea de los actores

como del propio electorado. Preferir que las resoluciones provengan de los usos de esa libertad, antes que imposiciones de la autoridad. Empero viene sucediendo todo lo contrario. Las decisiones electorales son cada vez más externas, producto de la intervención de los poderes públicos, mediante figuras como la actuación de oficio, y el principio que "la autoridad conoce el derecho", por lo cual se auto faculta a intervenir y conocer cualquier denuncia, faltando escasos día para la apertura de las urnas y haciendo caso omiso al principio de *preclusión. En consecuencia, el proceso del contencioso-electoral también se ha estatizado, pues el impulso de oficio será el dominante, en detrimento de la libertad de las partes.*

Todas estas manifestaciones del predominio tecnocrático en la legislación y jurisdicción electoral, que hemos anotado, vienen a demostrar palmariamente que a pesar de la vigencia de un contexto democrático general, las reglas, instituciones y principios sobre la materia eleccionaria no están alineadas con el sentido y lógica de la Democracia constitucional que postula el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, adoptado por el Perú desde la entrada en vigor de la Constitución de 1979.

Esta Democracia sustantiva y no solo formalista, asociada al neo constitucionalismo, que se verifica "a través de los derechos", como nos recuerda FERRAJOLI, resulta traicionada por unas reformas electorales de humor tecnocrático. Pues –como hemos tenido oportunidad de evidenciar– están en cualquier cosa menos en la búsqueda de impulsar y dar contenido material y efectivo al Derecho fundamental a la participación en la vida política de la Nación y en concordancia con éste propender al fortalecimiento de la Garantía institucional de los partidos políticos.

En resumen, si lo electoral no camina de la mano con el Derecho fundamental y la Garantía institucional, a la participación política y al fomento a los partidos políticos, sencillamente no tenemos una Democracia constitucional como es debido.

ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE LEGISLACIÓN ELECTORAL CONTRARIAS A LOS POSTULADOS DE LA *DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL* Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

La *Democracia constitucional en el Perú, esa que corresponde a la vigencia del paradigma del Estado Constitucional de Derecho, se encuentra amenazada por normas y proyectos de normas electorales, los cuales colisionan con los Derechos fundamentales a la participación política, en un sentido fuerte y auténtico.*

Estos derechos incluyen, en primer término, el de organizarse en partidos políticos, concebidos por la Constitución como una Garantía institucional. De esta manera nos tomamos en serio el principio que los partidos "concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular". Por lo que son el corazón y nervio de la democracia política.

Vamos, a reglón seguido, a examinar algunos aspectos de la legislación vigente relativa a las elecciones, el derecho al sufragio, a ser candidato y ser elegido, los partidos políticos, así como las propuestas más emblemáticas de reforma electoral planteadas para el debate nacional.

Obviamente será imposible analizar y pronunciarse sobre una materia que en su visión sintética, codificada, bordea los 500 artículos, al tiempo que abarca asuntos muy disímiles, a pesar de su vinculación. Por eso, para efectos del presente Informe, nos centraremos en tres aspectos fundamentales. Los mismos poseen la virtud de graficar, cual elocuente muestra temática, el panorama integral de la cuestión electoral en el Perú. Nos referimos, en primer lugar, a los derechos a la participación política afectados por un conjunto de disposiciones. Inmediatamente después a la situación de los partidos políticos que acusan dificultades por la mayor intervención estatal en sus fueros y el atiborramiento de requisitos para su funcionamiento. Finalmente los problemas que acusa nuestra llamada justicia electoral, en la medida que colisiona con las reglas del debido proceso.

a) Cómo ciertas reformas electorales lesionan los derechos a la participación política.-

Como habíamos adelantado la concepción tecnocrática que ostensiblemente domina el espacio de producción de normas electorales, aprovechando la coyuntura signada por la reforma del régimen eleccionario, ha lanzado un conjunto de iniciativas legales que, a juicio nuestro, afectan el Derecho fundamental a la participación en la vida política de la Nación, de las personas y colectividades partidarias.

Analicemos las más relevantes. Vamos a comenzar por las propuestas formuladas por el Poder Ejecutivo, al amparo del Art. 107° de la Constitución Política y presentadas al Congreso de la República el 26 de abril del año en curso. La razón es que, pese a ser una propuesta reciente, a diferencia de las provenientes del JNE y del Grupo de Trabajo presidido por la Congresista Patricia Donayre, en este

caso, su objetivo es más directo: "asegurar la trasparencia en el Financiamiento de las Organizaciones Políticas y su Fortalecimiento Institucional"[44] .

En efecto, el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros entre la diferentes modificaciones propone una redacción adicional del Art. 12° de la Ley Orgánica de Elecciones, justamente relativo al "Ejercicio de derecho".

El texto original señala:

"Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas tales como partidos, movimientos, o alianzas, conforme a la legislación sobre la materia".

La propuesta del Gobierno, en la parte que queremos llamar la atención dice:

"La sola inscripción de cualquier ciudadano como candidato en un proceso electoral , según la legislación correspondiente, **habilita el levantamiento de su secreto bancario, así como de su reserva tributaria y bursátil a efectos de que esta información pueda ser de acceso directo por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú."**

.....

"En los casos que el candidato resulte elegido, esta habilitación se mantiene ininterrumpidamente hasta dos años después del término de su mandato".

Resulta impresionante que en el mismo artículo que reafirma el Derecho fundamental a la participación política organizando partidos políticos, se coloque esta restricción al derecho a la intimidad que gozan todas las personas al secreto bancario y demás reservas tributarias y bursátiles. Seamos claros. Si esto no es una forma de impedir o complicar al máximo el derecho constitucional a ser elegido, en comicios democráticos ¿qué cosa es?.

Pero el asunto se torna más grotesco cuando se contrasta esta restricción, que pretende ser aplicada solo a las autoridades provenientes del voto popular, con

44 Oficio N° 130-2017-PR de 26 de abril de 2017, por medio del cual se presenta el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo, suscrito por el Presidente de la República y el Presidente del Consejo de Ministros.

la ausencia total de la misma para los Ministros de Estado, Jefes de los Organismos Públicos e Instituciones Descentralizadas, Directores del Banco Central de Reserva y en general todos los altos funcionarios del Poder Ejecutivo. A ninguno de ellos se le pide nada parecido al levantamiento de sus cuentas bancarias y ser investigados por la UIF.

Por eso no resulta sincero que se afirme que estas medidas:

"buscan reducir al mínimo la posibilidad de que tengamos más autoridades corruptas, que se filtre dinero ilícito en las campañas electorales y que se pueda fortalecer los partidos políticos para el bien de la representatividad que esperan los ciudadanos"[45].

Y consten que no solo nos referimos a la última parte de la frase, porque los partidos jamás resultarán fortalecidos por estas políticas; sino al hecho inconcuso que la corrupción a gran escala alcanza prioritariamente a los miembros más encumbrados del Ejecutivo. Las investigaciones sobre el caso *Lava Jato certifican este aserto: las malas artes con los recursos públicos son ejercidas principalmente por los funcionarios nombrados en base a la confianza, sus influencias y relaciones, antes que a los elegidos popularmente.*

En esta misma línea de menoscabar el ejercicio de los derechos a la participación política, entorpeciendo la voluntad de postular en comicios como candidato a los cargos de elección popular, están los añadidos al Art. 23° de la Ley N° 28094 Ley de Organizaciones Políticas, propuesto por el Poder Ejecutivo:

"La siguiente información económica:

- El monto de impuestos pagados en los últimos cinco (5) años.
- Las fuentes y modos de sus ingresos de los últimos cinco (5) años.
- Los bienes inmuebles y muebles inscribibles de los que es propietario en el país y en el exterior.
- Las personas jurídicas de las que ha sido socio o accionista en los últimos cinco (5) años."

Ciertamente constituye un exceso la información solicitada, un fastidio innecesario pues esta información resulta totalmente anodina para la

45 Ayuda Memoria sobre la Reforma Electoral, preparada por la *Presidencia del Consejo de Ministros PCM, para facilitar las explicaciones acerca de la presentación de un proyecto de ley que contenía reformas electorales, para el debate.*

amplia mayoría de votantes, como los es también la mayoría de la información requerida para la llamada "Declaración Jurada de Hoja de Vida".

Pero además de la molestia personal, los requerimientos adicionales multiplican exponencialmente las causales por las que el *Jurado Nacional de Elecciones está facultado para retirar al candidato que omita o falsee la información declarada en la Hoja de Vida, precarizando las candidaturas hasta 10 días antes de llevarse a cabo las elecciones. (Inc. 5, del Art. 23° de la Ley de Partidos Políticos).*

De esta forma, el derecho a ser elegido y candidatear, como parte integrante del Derecho fundamental a la participación política se ve seriamente afectado, en la medida que se torna doblemente vulnerables. Primero, a las denuncias maliciosas de los adversarios y competidores, que persiguen sembrar dudas entre los electores y causar preocupaciones artificiales entre los candidatos, a escasos días de la fecha de realización de los comicios. Segundo, exponiendo al peligro el sagrado derecho político a ser elegido por el voto popular, ante las decisiones de buena parte de miembros de los Jurados electorales que son inescrupulosos, venales, interesados, carentes de imparcialidad, ignorantes o corruptos, o todo junto.

Existe una relación directamente proporcional entre el número de datos para la "Declaración Jurada de Hoja de Vida" y su alta complejidad, con el incremento del facilismo para excluir candidaturas de las elecciones, por parte de las autoridades electorales; o el sometimiento a chantajes, negociaciones indignas y otras formas de extorsión, para permanecer en la carrera electoral.

A esta penuria se reduce el ejercicio de un derecho constitucional, porque la legislación electoral de desarrollo, en lugar de protegerlo garantizando su preservación, ha sido trocada en una máquina para cercenar candidaturas a granel. Al ser desnaturalizada la Hoja de Vida, el derecho ciudadano a ser elegido se vuelve frágil hasta nomás. El ciudadano-candidato ya no adquirirá vigor y luces nutriéndose de su solvencia moral, capacidad política, liderazgo social, sabiduría y representación popular. En vez de ello, se ha vuelto dependiente de circunstancias que no maneja, así como de volubles humores, caprichos necios y decisiones injustas de no pocas autoridades electorales. La seguridad jurídica que envolvía la asunción de derechos fundamentales, como una garantía para su legítimo ejercicio, ha devenido en cosa del pasado.

Pero no se crea que solo se trata del atiborramiento en la Hoja de Vida y sus terribles consecuencias en contra de la estabilidad de la candidaturas. No. Es la propia concepción de la Hoja de Vida como una Declaración Jurada de naturaleza coercitiva, lo que debe ser puesto en cuestión. En su primera versión, la Ley de

Partidos del 2003 no hacía mención alguna a la Hoja de Vida. Fue recién en el 2005, cuando la Ley N° 28624 la introduce, pero básicamente para hacer conocido al candidato entre los electores.

Es con el paso del tiempo, cuando se va perfilando la mentalidad tecnocrática y perfeccionista, que la "Declaración Jurada de Hoja de Vida" va a empezar a ser utilizada como instrumento para la depuración formal de candidaturas. Para ello fue menester modificar su naturaleza. De vehículo para darse a conocer en lo fundamental, mutó a mecanismo de control y excusa para expulsar candidatos que no reunieran una pretendida idoneidad estandarizada.

De esta manera, la información solicitada debería poseer un grado de exactitud requerida solo para los concursos de méritos, donde esta en juego el acceso a un puesto de trabajo. Pero una elección política dista demasiado de ser una justa meritocrática de los títulos del personaje. En los comicios populares se gesta una empatía entre el líder y su público, donde la carga subjetiva y los elementos emocionales resultan esenciales. Nada más lejano que la evaluación de los méritos ajustado a los criterios más objetivos posibles.

Es muy peligroso, por ello, extrapolar razones y fundamentos de un escenario a otro, porque apareja consecuencias graves en los resultados por obtener. Si la meritocracia se politiza reinaran la mediocridad y la impericia a la postre. Pero si se pretende manejar las decisiones políticas como las elecciones, por ejemplo, con criterios tecnocráticos no se conseguirá perfeccionar la política, como suponen los ingenuos. Mas sí se reforzará la arbitrariedad en su empeño por desconocer la voluntad mayoritaria y adulterar las formas de decisión y razones del juego propiamente democrático. ¡Que otra cosa podría ser entonces, el ukase de retirar a un candidato que había sido alcalde probado, por no acreditar con precisión en que escuela había recibido su educación primaria! ¿Acaso ese dato, tiene relevancia para las decisiones democráticas?. ¿El electorado elige a su autoridad o representante basándose en esos criterios? ¿Sacarlo de carrera no ha sido un acto abusivo y antidemocrático?

La "Declaración Jurada de Hoja de Vida" concebida como una herramienta de depuración política, con disfraz moralista y apariencia racional, se ha convertido en uno de los principales obstáculos para el desempeño del Derecho fundamental a la participación en la vida de la Nación. Y, por lo tanto, una Democracia constitucional que promueve los derechos fundamentales, no la puede tolerar.

Y del mismo modo, queda claro, también, que la introducción de objetivos anticorrupción, antiterroristas y la persecución de otros delitos en el sistema elec-

toral, como hemos visto, no solo son impropios y ajenos. Terminan conculcando los derechos de participación política y, por esa vía, afectando gravemente al régimen democrático-constitucional.

Dejamos suelta la pregunta, si ambas reformas electorales finalmente anti-democráticas no estarían incursos en la parte final del Art. 31° de la Constitución Política:

"Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos".

Por lo expuesto, proponemos rechazar las propuestas del Poder Ejecutivo en materia electoral, 1) porque introduce objetivos ajenos a la razón de ser de las elecciones y 2) porque carga información en la "Declaración Jurada de Hoja de Vida" para redoblar los mecanismos de control y depuración de candidaturas, en forma totalmente arbitraria.

Creemos también en la necesidad de replantear el lugar y los usos de la Hoja de Vida, de modo que retorne a ser, en lo fundamental, un mecanismo de reconocimiento del ciudadano-candidato ante sus electores, en lugar de la espuria máquina depuradora de candidatos que hasta ahora lo es.

b) Impedimentos en la formación y desarrollo de los partidos políticos.-

Los partidos políticos ocupan la centralidad de nuestro análisis porque, sin duda alguna, son ellos la condensación más acabada de aquella gama de facultades ciudadanas que hemos convenido en agregar como *Derecho fundamental a la participación en la vida política de la Nación. Dada su obvia trascendencia se encuentra consagrado en el Inc. 17) del Art. 2° de la Constitución del Estado peruano.*

No podía ser de otro modo, porque después de todo, la política es una praxis social por antonomasia, una forma de estar en el mundo en comunión con los otros. Aunque se puede reconocer alguna actividad individual, la forma natural de hacer política siempre implicará una asociación plural de voluntades. Como nos recuerda Giovanni SARTORI la política es en esencia una "acción inteligentemente llevada"[46], en la medida que la convocatoria de voluntades tiene como propósito la ejecución de proyectos destinados a conquistar objetivos, los cuales no solamente serán comunes, sino que, en relación a sus resultados,

46 SARTORI, Giovanni .... La política. Lógica y método en las ciencias sociales. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 131.

interesan y afectan a todos sin excepción, ya sea deliberadamente o, por defecto, sea esta pasividad o resignación.

Para actuar políticamente, entonces, será menester asociarse y la forma de organización idónea, apta y natural será el partido político. De lo que se colige que el derecho a la participación política encuentra su concreción en la constitución de partidos. Sin la posibilidad de asociarse políticamente, el derecho constitucional a la participación política sería letra muerta, un ideal sin eficacia práctica alguna.

En consecuencia, podríamos establecer una correlación necesaria entre los derechos participativos y los partidos políticos. De la forma amplia, libre y democrática como se desempeñan estos últimos, se puede indagar cuanta participación política existe en una sociedad y, lo más significativo, preguntarnos por su calidad y excelencia, lo que nos conduce directamente a una democracia consolidada.

Sostenemos la tesis que en nuestro medio las normas electorales, en general y la Ley de Partidos, en particular, no ayudan mucho a la concretización de los anhelos de participación política, justamente, porque dicho cuerpo normativo electoral no apunta a remover los obstáculos que la realidad impone a los partidos políticos que hacen los esfuerzos por tramontarla. Al contrario, a pesar de lo que sostienen las declamaciones más solemnes, el espíritu tecnocrático dominante -otra vez- ha incubado nefastos prejuicios sobre organizaciones que no responden a la racionalidad de otros institutos que giran en torno a actividades extrañas a la política.

De ahí emana la profunda incomprensión a la política y a los partidos políticos, en específico, instalada cómodamente en los predios de la tecnocracia que por esas cosas del destino se arroga la toma de decisiones en dicha esta materia. Afirmamos que será difícil en extremo que personas carentes de experiencia política en la organización de partidos, que no sepan nada acerca de las razones de la militancia partidaria, ni valoren adecuadamente los esfuerzos y sacrificios de los dirigentes, puedan decidir con acierto en esta clase de cuestiones.

Y lamentablemente observamos que el balance adecuado entre personas con antecedentes políticos y quienes poseen otra clase de conocimientos (ecuación, por cierto necesaria, para corregir el eventual yerro que "los políticos" s se miren solo el ombligo), sencillamente no existe. Casi todas las autoridades del sistema electoral provienen de una tecnocracia

plagada de sentimientos anti políticos, con una desconfianza *per se hacia las organizaciones partidarias.*

Es lógico, entonces, que se instale la sospecha frente a la actuación de los partidos políticos. Y que la legislación electoral y la relativa a los partidos, en buena medida, esté dirigida a "combatir esa sospecha". Si hay duda al respecto, me remito a la reforma de la Ley N° 29038 Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administraciones Privadas de Fondos de Pensiones, propuesta por el Gobierno en el Proyecto de Ley de modificaciones electorales. El Art. 3° Inc. 2, quedaría redactado de la siguiente manera:

"3.2. Asimismo son **sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas y/o registrar operaciones de acuerdo al umbral que determine la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, e implementar un sistema acotado de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, las personas naturales y jurídicas siguientes:**

1) **Las organizaciones políticas comprendidas en la Ley 28094, Ley de Organizaciones Políticas".**

En este caso, como en otros, se parte de sospechar la comisión de un sinnúmero de inconductas atribuidas a los partidos políticos. Aunque no siempre se dice -solo por razones de hipocresía- la premisa metodológica es que siendo los partidos fuente de irregularidades y conductas sospechosas, toda la legislación sobre la materia deberá estar orientada a corregir esos entuertos. De ahí el sobre peso, alta carga, que tienen las restricciones a sus actividades y la mayor fiscalización en casi todas las propuestas de modificación de la Ley Partidos.

Más aún, se manifiesta con toda naturalidad que los problemas que acusa la vigente legislación estriban en la falta de controles y la poca intervención de lo organismos del sistema electoral en sus asuntos internos. Con este diagnóstico no cabe espacio para medidas que fomenten las adherencias políticas, la capacitación de sus miembros, ni oportunidades destinadas a participar en los asuntos públicos de interés general. Por eso no es extraño que el Acuerdo Nacional, verdadero foro de partidos políticos, languidezca y su importancia se desvanezca con el paso del tiempo.

Pensemos un momento que si una tesitura similar se tuviera ante las organizaciones que navegan en el mundo de la economía, ante las entidades que producen bienes y servicios, ante las empresas cuyo fin es generar una legítima ganancia económica. Si sospecháramos metodológicamente que mediante una gran número de ellas se lavan activos, trafican influencias, corrompen funcionarios, se esconde el narcotráfico, el terrorismo y otros crímenes infames. Si para disolverlas sobre fuera necesaria decisiones de la administración pública, como SUNAT por ejemplo y no el mandato de un juez competente.

¿Sería esto factible y deseable?. Pero a pesar que la respuesta se impone de suyo, este es el desolador panorama que viven los partidos políticos. Y así luego se reclama airadamente partidos sólidos y legitimados. Y sectores de la academia no se cansan de repetir como una letanía infecunda, que los partidos son "el corazón de la democracia". ¡Qué ironía tan perversa!

Otro tanto ocurre en la consideración a los líderes partidarios. La animadversión es tan profunda que ya no puede disimularse. Y si bien el sentimiento es generalizado -habiendo probablemente razones fundadas para ello- lo cierto es que, en buena medida, los responsables de las instancias electorales han sido contagiados de este parecer. Lo grave es que de ellos provienen las iniciativas legislativas en cuestiones electorales y de partidos políticos, por lo que sus propuestas no escapan a esta teñidas de esta acrimonia.

Por eso se entiende que, incluso en los documentos oficiales y en aquellos textos que se precian de científicos utilizan la noción despectiva de "cúpula partidaria" para aludir a los dirigentes políticos. El prejuicio es tan generalizado que ha provocado una ceguera colectiva, pues no se correlaciona hechos y evidencias, que si la praxis política se encuentra hoy desacredita es justamente por la ostensible ausencia de los grandes cuadros de la política. La amnesia colectiva que ronda por doquier, nos ha hecho olvidar que figuras como Haya de la Torre, Fernando Belaunde, Cornejo Chávez, Jorge del Prado, Javier Diez Canseco y Bedoya Reyes, fueron en su tiempo y circunstancia componentes destacados de la "cúpula partidaria".

No es de extrañar entonces la existencia de toda una batería de proyectos legislativos que, en el fondo, rezuman las voces anti-partido.

En este caso el caballito de batalla es la *Democracia interna, porque ahora se sospecha que las "cúpulas partidarias" la niegan y desvirtúan en todos los idiomas, para afirmar su ilegítimo poder. La cruzada contra esta supuesta arbitrariedad de las cúpulas, tiene un nombre, de veras glorioso e incontestable: Democracia interna.*

Resulta imposible oponerse al avance raudo de estas reformas que se cobijan tras magnífico estandarte. Después de todo la Democracia interna de los partidos políticos tiene fundamento constitucional. El segundo acápite del Art. 35°, a la letra dice:

"La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos".

Sin embargo, siendo esto cierto, los partidos políticos son instituciones que se movilizan en el ámbito de la libertad de los ciudadanos. En la medida que los partidos están conformados por ciudadanos su organización y funcionamiento tiene que ser esencialmente libre, lo que significa que la actividad del estado siempre será limitada en su capacidad de intervención.

El texto constitucional de 1993 no hace alusión a esta dimensión que sí es reconocida por la mejor doctrina de todo el derecho comparado. Pero si estaba contemplada en el Art. 68 ° de la Constitución Política de 1979:

> *"Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía.* **Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley.**
>
> **Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos".**

Que, como se observa, tanto por sus conceptos como por su redacción es muy superior al artículo vigente.

El Art. 68° de la Carta de1979 fue tributario del Art. 6° de la Constitución Española marcando la tendencia universal:

> **"Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Consti-**

tución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

En consecuencia la sustancia de libertad que caracteriza a los partidos políticos para su creación y funcionamiento, no puede ser abrogada por los órganos del Estado. Y existe el mandato para las autoridades públicas de hacer compatible esta exigencia constitucional con aquella otra que postula su "funcionamiento democrático"[47].

Lo que no es dable es que se trate a los partidos políticos como si fueran una agencia gubernamental, además de la sospecha de ser privilegiada fuente de ilicitud, como hemos revisado líneas arriba. Que se pretenda determinar su dinámica interna, injerir en sus decisiones políticas, apostar por sustituir sus competencia en nombre de la fiscalización y la asistencia (que ONPE organice las elecciones primarias, por ejemplo), son manifestaciones de un abuso o exceso de poder, que solo cabe rechazar.

Recordemos que los partidos políticos en la medida que han sido constitucionalizados, adquieren prerrogativas a defender a través de la figura de la *Garantía institucional. Por lo que esa clase de intervenciones que por ahí se reclaman, tienen un estigma de inconstitucionalidad, sin duda.*

Reprobamos, por ello, la propuesta del Jurado Nacional de Elecciones de Código Electoral, toda vez que en su Art. 93° ha identificado incorrectamente los principios de la Democracia interna, con una sola modalidad de elecciones primarias: las directas con el voto de todos sus afiliados. Y sin fundamento alguno conforme a la Constitución ha proscrito las elecciones indirectas a cargo de delegados reunidos en una asamblea. Que los miembros del Jurado tengan sus preferencias es legítimo, pero resulta arbitrario impedir que cada partido político determine con libertad cual será el procedimiento más adecuado a su grado de evolución, crecimiento y demás particularidades. Y es aberrante por decir los menos, las elecciones indirectas no pertenecen a la familia de la democracia. Ello implicará condenar nuestra democracia de representantes y olvidar que en USA la decisión final del proceso electoral lo realizan los colegios electorales. ¡Qué lo diga Al Gore, por ejemplo, a coro como Hilary Clinton!. Se desconoce quizá que en muchos países de Europa el gobierno se forma por las mayoría parlamentarias y no por el electorado directamente.

47 Sobre este complejo y espinoso asunto revisar el libro de PERÉZ-MONEO, Miguel ... La selección de candidatos electorales en los partidos. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Ciertamente este mal ejemplo del JNE ha sido replicado por la propuesta de Ley presentado por el Gobierno. En efecto ahí se plantea la modificación del Art. 23º, Inc. 7, de la Ley de Partidos Políticos, en los mismos términos. Y dice además que se podría adoptar también el modelo de "elecciones primarias abiertas", desechando radicalmente el sistema de elecciones internas indirectas.

Creemos que estas propuestas no deben prosperar y habrá que revisar las reglas existentes sobre la Democracia interna, de modo que ajusten y nivelen con los imperativos constitucionales, respetándose el principio que los partidos políticos son fundamentalmente libres.

LA REELECCIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL Y REGIONAL: NOTA DE APROXIMACIÓN

Domingo García Belaunde

El tema de la reelección, si bien con alcances muy amplios, está referido a problemas relacionados con la dirigencia de una agrupación, sea cultural, científica, religiosa, deportiva, social o política. Y se basa en el supuesto de que existen cargos directivos que: i) deben ser elegidos por los miembros de la agrupación y b) tengan un periodo determinado de duración, fijado de antemano.

Aplicado a las agrupaciones religiosas esto es más flexible, pero con los años se ha admitido que en principio los cargos tienen periodos de duración y que al término de ellos se procede a elecciones que deben ser limpias y transparentes o a su designación por autoridades superiores, de acuerdo a las peculiaridades de cada entidad religiosa (El Papa, como se sabe, es elegido por un conclave de cardenales). Y en los demás casos, se reconoce a quien alcance la mayoría, aun cuando sea por milésimos, como fue el caso de la Gran Bretaña en el BREXIT y antes en el Quebec canadiense o en fecha más reciente la elección como presidente de Pedro Pablo Kuczynsky y la derrota de la propuesta de paz en Colombia.

Si pasamos de este punto a la política, el asunto se vuelve más interesante y atractivo, si bien hay que distinguir los niveles y los sistemas o formas de gobierno. Así, en los regímenes parlamentarios esto no se ve mal, pues comprobamos que funciona sin problemas, como es el caso inglés,

español y alemán, en donde los primeros ministros, jefes de gobierno o cancilleres pueden durar mucho. Pero en el sistema presidencial la situación es más complicada. La Constitución norteamericana de 1787 no decía nada sobre la reelección, pero Washington, el padre fundador, llegó a la conclusión de que no podía permanecer más de dos periodos en el cargo de presidente y rehusó una tercera tentativa que se la ofrecían en bandeja. Y esa costumbre permaneció inalterada hasta que a mediados de los treinta del siglo pasado la norma fue rota por Roosevelt quien se reeligió tres veces. La consecuencia de esto es que en 1951 se modificó la Constitución permitiendo la reelección inmediata por una sola vez.

En la América Latina las reelecciones también se dieron al principio, pero esto alentó las dictaduras y largos regímenes autoritarios y mañosos como fueron en el siglo XIX Rosas (Argentina), Porfirio Diaz (México), Francia y Lopéz (Paraguay), lo que se replicó en el siglo XX con Leguía (Perú), y más recientemente el caso de los Somoza (Nicaragua), Stroessner (Paraguay), Duvalier (Haiti), Trujillo (República Dominicana) entre otros. La reelección, sobre todo la inmediata fue vista con malos ojos en la América Latina. Pero el ejemplo de Fujimori en la década de los 90 precipitó un efecto dominó y ahora existe en muchos países la reelección inmediata por una sola vez (que otros tantos no aceptan) pero también la reelección permanente, aun cuando disimulada y con tendencia al autoritarismo (Chávez y luego Maduro en Venezuela, Ortega en Nicaragua, Evo Morales en Bolivia) si bien Correa en el Ecuador ha optado por la figura del alter ego.

A nivel parlamentario existe la reelección desde siempre y no ha sido discutida en puridad. Y es que un parlamentario, al margen de la influencia que tenga, no dispone por sí solo de dinero o poder, pues se encuentra dentro de un colegiado. Y además las reelecciones prolongadas no son la norma sino la excepción, como las estadísticas lo comprueban.

En el caso del mundo local y regional, esto es, las municipalidades y regiones, el problema se ha planteado desde 1980, cuando se restableció sin interrupciones, la elección popular de autoridades municipales y regionales.

La vigente Constitución de 1993 apostó por el "municipalismo" y desactivó las regiones, de las que nunca quiso saber nada - en parte por el fracasado diseñado consagrado en la anterior Constitución de

1979, que no llegó a culminar -. En la práctica, el texto en su versión original disminuyó el papel de las regiones y se quedó solo con los "departamentos" que en realidad son una entelequia. Dividió al país en regiones, departamentos, provincias y distritos. Las regiones no existen, pero si existen los gobiernos regionales.

En cuanto a su periodo y en relación con los municipios, señaló que los alcaldes y sus regidores eran elegidos por 5 años y podían ser reelegidos. En cuanto a las regiones no se dijo nada y se remitió a una ley orgánica que nunca se dio.

Al caer el fujimorismo, se cambió todo el título constitucional relativo a la descentralización (en el 2002) el cual estableció un periodo de 4 años con posibilidad de ser reelegido tanto en las regiones como en los municipios.

Ahora bien, en el país existen alrededor de dos mil municipios - entre distritales y provinciales - y veinticinco regiones. Sucede que en algunos de ellos - unas cinco regiones y una veintena de municipios entre los mayores - surgieron escándalos y denuncias de corrupción, que tenían visos de verosimilitud, como las investigaciones posteriores lo han demostrado. Aun más, un presidente regional tuvo actitudes antisistema y actuaba erráticamente y en claro enfrentamiento con el poder central. Ante esto, congresistas poco avispados y con el temor de la calle apresuraron en 2015 una reforma constitucional que consistió básicamente en lo siguiente:

a) que los titulares de cada región no sean denominados presidentes sino gobernadores-como si fuésemos un estado federal- y sin distinguirlo claramente de los gobernadores que son designados por el Poder Ejecutivo.

b) ratificó que el periodo de gobernadores y alcaldes sea de cuatro años, y

c) que no exista reelección inmediata en ninguno de los dos casos.

*****

Como de costumbre, el miedo y el apresuramiento son malos consejeros y ya se ha cuestionado este punto, innecesario por cierto. Y si existió corrupción, la pregunta es ¿dónde estuvo la Contraloría y el Ministerio Público?

La formula originaria no estaba mal: o sea, cinco años pero pudieran ser cuatro. Pero prohibir la reelección inmediata ha demostrado ser un error. Entendemos que debe modificarse esto y permitir la reelección inmediata por una sola vez y transcurrido un periodo, se posibilita una nueva elección. Esto permitirá que un alcalde y un gobernador regional pueda quedarse más tiempo y hacer una mejor planificación de su gestión.

Y por cierto, ello no impide la revocación en el cargo, como ya se ha visto en anteriores oportunidades, que es la manera como el elector manifiesta su desacuerdo con dichas autoridades, si bien en el caso de la alcaldesa Villarán, pese a la golpiza electoral que le dieron, siguió con un discurso altisonante y vacuo.

Un último punto que va a estar en debate y que puede enturbiarlo, es el hecho de que en lo que va del año se han presentado en el Congreso de la República seis (6) proyectos de reforma constitucional que pretenden regresar al texto derogado de los artículos 191 y 194 de la Constitución, sin ponerse de acuerdo si la reelección inmediata es solo para alcaldes o también para los gobernadores regionales, pues de no ser así se estaría favoreciendo tan solo a los primeros en desmedro de los segundos.

En realidad, estos son detalles que ocurren con frecuencia, pues al final es inevitable que las reformas terminen favoreciendo mas a unos que otros, si bien lo importante es ver con qué razones se hace esta distinción. Pero al margen de esto existe el problema de la aplicación de la norma en el tiempo, ya que algunos pueden pensar que podría aplicarse en forma retroactiva, otros por el contrario que tendría aplicación inmediata y finalmente que lo sea en un futuro a determinar que no sea el 2018.

En síntesis, el problema sería el siguiente: las últimas elecciones municipales y regionales se realizaron en el 2014 cuando existía la posibilidad de la reelección inmediata, pero la reforma constitucional que la prohibía se dio recién en 2015, o sea un año después. La pregunta que surge es si esta norma no reeleccionista de 2015 se aplica a los elegidos en 2014 o no.

Si se aplica, tendríamos el caso de que los actuales alcaldes y gobernadores regionales no podrían presentarse como candidatos en el 2018; de lo contrario, si podrían hacerlo. De esta manera se crearía una desigualdad entre los candidatos. Y podría darse el caso de que una autoridad reelegida en 2014, podría postular por tercera vez en 2018, con lo cual se crearía en

principio una contradicción con el espíritu de la reforma que solo pretende una sola reelección inmediata y no dos.

Entiendo que es un problema difícil de resolver, que tendrá que afrontarse en su momento. Pero podría pensarse también que en las disposiciones transitorias que acompañen a la proyectada reforma constitucional se establezca que esta norma se aplicará solo a partir de 2018, con independencia de que el candidato tenga uno o dos periodos, pero como norma de excepción. Bajo cualquier circunstancia la solución no es fácil y por eso quizá el legislador está demorando en tomar una decisión que tiene aristas más que complejas. Sumado a ello advertimos que el tiempo que se tiene para aprobar una reforma constitucional se hace corto, pues las elecciones regionales y municipales de 2018 deben ser convocadas a mediados del mismo año. O sea, dentro de pocos meses.

La reforma constitucional sobre todo en materia electoral, debe responder a criterios técnicos, más no a apresuramientos políticos, como el que se dio a fines del 2014 que pensó con ello remediar la corrupción en los gobiernos regionales y municipales. Ello genera conflictos interpretativos que saldrán cuando sus actores los hagan públicos, comprometiendo al Jurado Nacional de Elecciones y al propio Tribunal Constitucional, de ser el caso.

Pero por otro lado y al margen de lo que se decida, es bueno recordar que los alcaldes o gobernadores reelegidos no pasan del 30%, es decir, constituyen un porcentaje minoritario.

Y un punto adicional: el que exista corrupción no nos debe llevar al extremo de eliminar una modalidad democrática. Es como si los sucesivos choques automovilísticos que vemos en las ciudades, nos llevasen a prohibir el tránsito en automóviles. El problema de la corrupción tiene otras fuentes y otras maneras de combatirlas. Las normas por lo general, sino son acompañadas por una voluntad política y un aparato represivo, sirven de muy poco.

Lima, mayo de 2017

DIREITO ELEITORAL E REFORMA POLÍTICA NO BRASIL:

Sugestões para reformas legais, jurisprudenciais e culturais à ótima concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto[1]

Ruy Samuel Espíndola[2]

Não obstante a importância dos temas que estão sendo debatidos e tomam a atenção dos congressistas brasileiros neste momento (voto distrital misto; financiamento público de campanhas; voto em listra fechada; fim das coligações eleitorais, etc, etc), entendemos que

1 Artigo apresentado ao XI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL "RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI", ciudad de Lima, Perú, del 24 al 26 de agosto del 2017, dentro de las instalaciones de la Universidad San Ignacio de Loyola.

2 Advogado sócio gerente da Sociedade Advocatícia *Espíndola e Valgas*, com sede em Florianópolis, Santa Catarina, Brasil - Professor de Direito Constitucional, de Direito Processual Constitucional, de Direito Eleitoral e de Direito Processual Eleitoral da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) - Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina – Consultor da Comissão Nacional de Estudos Constitucional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - Membro das Comissões de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral do Conselho Estadual da Ordem dos Advogados de Santa Catarina, da Academia Catarinense de Direito Eleitoral, do Instituto Catarinense de Direito Administrativo e do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – Acadêmico vitalício da Academia Catarinense de Letras Jurídicas - ruysamuel@hotmail.com, www.espindolaevalgas.com.br, www.facebook.com/ruysamuel. Fone 55 (48) 3224-6739.

a grande reforma política a empreender no Brasil é a reforma do direito positivo eleitoral, a reforma do direito material e processual eleitoral vigente, tanto em seus aspectos legais, quanto jurisprudenciais e mesmo culturais. Isso por que temos constatado em nosso País um "mar revolto de insegurança jurídica" quanto ao resultado das escolhas realizadas pela soberania popular, em qualquer âmbito de circunscrição eleitoral, notadamente na municipal e na estadual, e como vimos recentemente, no plano federal, após ser julgada ação de impugnação de mandato eletivo, que julgou a validade da eleição da ex-Presidente Dilma Roussef e seu Vice, hoje Presidente do Brasil, Michel Temer.

Em nosso País, o Brasil, há uma verdadeira corrida de obstáculos para o candidato e o partido político sofrerem para transformar votos em mandato: o candidato escolhido em convenção partidária e que teve seu nome levado a registro, não tem certeza se seu registro permanecerá hígido até a data da eleição; eleito, a depender das impugnações que venha a sofrer (AIRC, AIJE, Representação eleitoral), não tem certeza se conseguirá ser diplomado; diplomado, não tem certeza se tomará posse, sempre a depender das ações eleitorais (AIME, Recdiplo, AIJE do 30-A), das decisões judiciais tomadas e a fase processual em que se encontram; se tomar posse, não tem certeza se cumprirá o mandato inteiro; se cumprir o mandato, não tem certeza se estará elegível para a próxima eleição.

Este estado de insegurança jurídica no processo eleitoral brasileiro vigente é fruto da crescente judicialização das eleições, o que tem tirado a própria imediatidade do voto do eleitor.

Isso tem feito, muitas vezes, periclitar a democracia representativa[3], especialmente os dois pilares fundamentais de sua existência: os direitos fundamentais políticos de voto e de candidatura.

3 Remetemos ao leitor para nosso artigo que tematiza democracia representativa e democracia participativa: Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população. Análise do caso brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3153, 18 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21124>. Acesso em: 18 fev. 2012. E também ao que trata de democracia e sua relação com os princípios constitucionais: A Constituição como garantia da democracia. O papel dos princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21059>. Acesso em: 11 fev. 2012.

No amplo espectro desses problemas, o Direito Eleitoral (tanto de *lege lata*, quanto de *lege ferenda*), para ser instrumento de proteção, garantia e homenagem da democracia representativa (e consequentemente, dos direitos de voto e de candidatura), precisa de uma construção técnico-dogmática que se enraíze, primeiro, no conjunto de regras, princípios, direitos e instituições a ela ligadas, positivadas na Constituição da República, notadamente no sistema de direitos fundamentais, nos quais se encontram os direitos fundamentais de candidatura e voto[4], chamados, inadvertidamente, e em termos ordinários, de *capacidade eleitoral passiva* e *capacidade eleitoral ativa*.

A falta de um diálogo do Direito eleitoral, da Justiça eleitoral, da jurisprudência e da doutrina eleitoral brasileira com a Constituição, a teoria dos direitos fundamentais e os adequados métodos de interpretação constitucional contemporâneos, e mesmo o desapego aos clássicos métodos de interpretação literal, sistemático, histórico-evolutivo e teleológico, tem feito do Direito Eleitoral brasileira, na última década e meia, *uma instância sobrecarregada com as responsabilidades de atender os reclamos de uma falsa ideia de ineficiência punitiva do direito penal e mesmo do direito sancionador de improbidades*. Querem alguns, sem o confessarem, que o Direito Eleitoral

4 No último lustro produzimos uma série de artigos que tematizam, criticamente, muitos dos aspectos salientados nesse breve introito: A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011; STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa? Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18790>. Acesso em: 2 maio 2011; Lei Ficha Limpa estadual e limites constitucionais de sua produção legislativa. Análise da inacessibilidade a cargos em comissão por condenados por improbidade administrativa sem trânsito em julgado: o caso da lei catarinense. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3051, 8 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20385>. Acesso em: 8 nov. 2011; Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do □moralismo eleitoral□). Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21674>. Acesso em: 6 maio 2012. Leia mais: http://jus.com.br/revista/texto/21674/abuso-do-poder-regulamentar-e-tse-contas-eleitorais-rejeitadas-e-quitacao-eleitoral#ixzz1u4OY6zDe; Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22745>. Acesso em: 5 out. 2012.

seja o "filtro moral da representação política brasileira", em todos os níveis da federação.

Isso tem levado a justiça eleitoral do Brasil, muitas vezes, a frustrar o ideário democrático (positivado em plena ditadura!), consagrado no artigo 1º, do Código Eleitoral: "Art. 1º Este Código contém normas destinadas a *assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.*"

E frustra o ideário democrático pois a justiça eleitoral tem se tornado uma instância de interdição aristocrática da vontade das urnas, e, antes, dos direitos fundamentais de candidatura e voto. Somos o País das inelegibilidades positivadas em lei, para além da lei e contra *constitutione*. Em nosso País, o direito de candidatura não tem recebido a devido proteção e a ele não tem sido conferido a sua importância jusfundamental, um direito pelo qual tantos já morreram em tantos lugares, como mostra a África do Sul e a história de Nelson Mandela e mesmo a experiência pela luta dos direitos civis de voto nos EUA, empreendida por Martir Luther King - e que seu histórico discurso de maio de 1957, "Nos deixem votar"[5] é um marco emblemático na história do voto popular e do direito de candidatura. O filme "Selma: uma luta pela igualdade", que concorreu ao Oscar 2015, no qual se narra parte da luta empreendida por King, para se assegurar o direito de voto aos negros, esclarece ainda mais nossa assertiva.

Tínhamos 883.000 eleitores com os direitos políticos suspensos em 2013 (registro do Tribunal Superior Eleitoral brasilerio). Tínhamos, em tese, mais de 350.000 pessoas inelegíveis, segundo a redação atual da lei da ficha limpa (lei de inelegibilidades brasileira), tendo em conta o ano eleitoral de 2014 (fonte site TSE). Tínhamos 250.000 presos provisórios, sem sentença ou sentença trânsita em julgado, que tínham impossibilidade "prática" de votar. Cassamos muito mais do que 2.500 candidaturas eleitas, com processos eleitorais judiciais, de 2000 a 2016. Se o Tribunal Superior Eleitoral mostrar os números oficiais dessas "cassações", teremos resultados ainda mais surpreendentes. E não estamos a incluir o indeferimento

5 Vale ler esse discurso, publicado no Brasil, com edição de coletânea □Os melhores discursos de Martin Luther King: um apelo à consciência.□, editado por Clayborne Carson e Kris Shepard, trad. Sergio Lopes, pela Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2006, 179 p. O discurso □Nos deixem votar□, encontra-se nas páginas 49-54.

de candidaturas não eleitas. Referimo-nos somente aquelas que foram cassadas no registro, diploma ou mandato, por causas diversas da ação de impugnação de registro de candidatura, ou seja, das representações eleitorais, ações de investigação judicial eleitoral, recurso contra expedição de diploma e ação de impugnação de mandato eletivo.

Ministério Público Eleitoral e Justiça Eleitoral se vangloriam dos números de impugnações, de indeferimento de registros e suas cassações. Isso é ruim para a democracia, pois mostra-nos uma patologia, identificada na opinião pública como se isso fosse um bem, um valor, um "crescimento republicano", e não se vê a questão como o ponto de declínio da nossa institucionalidade democrática e uma menos valia dos direitos políticos fundamentais que lhe alicerçam.

Estamos, no Brasil, envoltos em moralismos de toda a ordem, especialmente no Direito Eleitoral, como nos adverte o mestre brasileiro Adriano Soares da Costa, com a sua precisa crítica do que tem chamado de "moralismo eleitoral"[6], moralismo que apregoa, inconfessadamente,

6 Vejam suas palavras que explicam o conceito crítico de *moralismo eleitoral*:

"Já há algum tempo tenho chamado a atenção para o que denominei de "moralismo eleitoral", um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral. (...). O moralismo eleitoral transforma todos os debates jurídicos eleitorais em debates morais e - o que é tanto pior! - sempre no compromisso de interditar o mais que possível que os políticos sejam... políticos. Há sempre um sentimento embutido nessa lógica: entrou na política, bandido é. E, na ânsia de higienização da política, deseja-se acabar com os políticos, o que nada mais é do que selar o fim da própria democracia. E, nessa concepção de mundo, esqueceram de um pequeno detalhe: o expurgo a ser feito deveria ser através do voto, salvo em casos extremos de crimes adrede positivados. Mais, em uma era da entronização acrítica do "*fichalimpismo*", o moralismo eleitoral reina absoluto, sem compromisso nenhum com o direito positivo vigente. É a justiça de mão própria togada, armada do direito achado na rua.

Trata-se de uma marcha insana de muitos em defesa do moralismo eleitoral, para a instauração de uma democracia sem votos, sem eleitor. Uma visão ingênua, casuística, em certo sentido reacionária. É a tentativa de construção de uma democracia tutelada, ao fim e ao cabo, de uma democracia sem previsibilidade, em que a segurança jurídica é um mal a ser combatido, em que as garantias individuais não passam de um estorvo pequeno burguês.

É isso, afinal, do que se trata: o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de uma adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuada-

uma democracia sem voto, sem eleitores, com juízes platônicos, "filósofos", decidindo no lugar do povo sobre quem deverá dirigir as cidades e estados de nossa federação.

Tendo em conta essas preocupações e norte de reflexão crítica, sugerimos adiante alguns pontos que possam melhorar a saúde dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto em na democracia repre-

---

mente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto. Em nome de princípios defendidos por determinadas minorias (ou mesmo maiorias, pouco importa) afasta-se a aplicação de determinada norma jurídica positivada, recriando antidemocraticamente o próprio ordenamento jurídico, sem observar os meios próprios para tanto. Esse fenômeno crescente de, a partir de uma leitura principiológica da Constituição, enfraquecer a própria positividade das normas infraconstitucionais ao ponto limite de deixarem elas de ser vinculativas para o aplicador, passou a ser sentido de modo alarmante na leitura que vem se fazendo de relevantes questões eleitorais .

O moralismo eleitoral parte normalmente de uma compreensão equivocada da teoria da inelegibilidade, que se põe a serviço de um certo justiçamento antidemocrático, ainda que movido pelas melhores intenções. Não há dúvidas que é necessário depurarmos as nossas instituições, porém essa é uma tarefa complexa, que não se esgota em medidas irrefletidas, movidas por um certo voluntarismo, que de tanto simplificar os problemas apenas cria novos problemas.

Ora, em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. (...). Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votar. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. *O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo.*

Mas o hipermoralismo eleitoral *não quer saber o que é juridicamente sustentável ou não; interessa a sua sanha macartista, ainda que a Constituição seja desrespeitada.* Este é o ponto: *estamos sempre criando atalhos para sustentar essas normas inconstitucionais, mas com apelo popular, conferindo, assim, ao ordenamento jurídico um tratamento bizarro, sem pé nem cabeça, alimentando a insegurança jurídica.* É disso que se trata. A mim me parece que não podemos negociar a aplicação adequada da Constituição; devem-se evitar soluções casuísticas que, ao final, se voltarão contra a própria sociedade. (Instituições de Direito Eleitoral, 9 ed., Fórum, p. 16-17)

sentativa brasileira, e que, de algum modo, pode ser útil a este congresso de direito constitucional em solo Peruano e Íbero-americano.

II - REFORMAS LEGAIS NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

Para a melhor efetividade dos direitos fundamentais de candidatura e voto no âmbito brasileiro, discorreremos sobre alguns pontos de reformas que deverão ser positivadas no Direito Eleitoral, segundo nossa opinião submetida à intersubjetiva crítica dos leitores de meu País e dos congressistas presentes neste evento.

Para o Brasil, insistimos, a principal reforma "política" reclamável pelos interesses legítimos de nossa democracia constitucional representativa é a reforma de nosso direito e instituições eleitorais, ou melhor, a que reclama a reforma do direito material e do direito processual eleitorais.

O Direito Eleitoral aplicado pelos tribunais brasileiros e as suas consequências sobre a validade das decisões populares é que deve ser objeto da mais atenta, séria e refletida reforma política em solo brasileiro. Ou seja, principalmente as formas jurídicas que positivam a intervenção da justiça eleitoral sobre a validade de registros, diplomas, mandatos e decisões dos colégios eleitorais. E o Direito Positivo, ou o direito aplicável, vai muito além do direito legislado, como demonstra a teoria jurídica[7] e nossas práticas forenses, para alcançar o direito fruto da jurisprudência e o método de compreensão, interpretação e aplicação judiciais do Direito Eleitoral entre nós.

Vejamos algumas dessas necessárias alterações legais ou jurisprudenciais reclamada para o bem dos direitos fundamentais de candidatura e de voto no Brasil, segundo nossa opinião de estudioso e advogado brasileiro.

---

7 Por todos, ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* [*Reine Rechtslehre*]. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991. 371 p; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. [*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*]. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico* [*Teoria dell'ordinamento giuridico*]. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1989. 184 p.

1º

No Brasil, precisamos de um novo Código Eleitoral (que unifique a matéria eleitoral) e de um Código de Processo Eleitoral, no qual haja unificação de ritos, diminuição de prazos para o aforamento de ações em prol da preclusividade e da segurança jurídica do processo eleitoral e do respeito às decisões de soberania popular.

As "condutas vedadas" devem ter tempo reduzido para exercício do direito de ação ao dia da eleição ou até dez dias depois da ocorrência do fato[8]; assim como Ação de Investigação Judicial Eleitoral sobre abuso de poder econômico (e AIJE do 41-A), político e abuso dos meios de comunicação, até 15 dias após a data das eleições[9], com prazos decadenciais. Abusos cometidos antes do processo de registro deverão ser deduzidos em Ação de Impugnação de Registro de Candidatura e em seu prazo legal,

8 Atualmente este prazo vai até a data da diplomação, cf. art. 73, § 12º, da Lei 9.504/97, o que pode ocorrer até 19 de dezembro, pelo calendário eleitoral do TSE, ou seja, dois meses e meio depois da eleição concluída, o que permite um "armazenamento tático"dos adversários do candidato eleito. No passado, uma saudável jurisprudência eleitoral, estimulada pelo então Ministro Cesar Peluso, chegou a especificar que em 05 dias, contados do conhecimento provado ou presumido do fato, perderia o interesse de agir o proponente da demanda eleitoral, para coibir referidas "táticas". Ver TSE Ac. nº 748, Questão de Ordem em Recurso Ordinário, Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, publicado no DJ de 26/08/2005, p. 174: "Representação eleitoral. Condutas vedadas. Lei nº 9.504/97, art. 73. Questão de ordem. Acolhimento. " O prazo para o ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73 da Lei das Eleições é de cinco dias, a contar do conhecimento provado ou presumido do ato repudiado pelo representante. "Recurso ordinário. Representação. Intempestividade. Recurso desprovido". Vale registrar que o Mestre Adriano Soares da Costa, em notável artigo, combateu "a forma jurídica" como foi instituído esse prazo: "Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art.96 da lei eleitoral", acesso em 29.06.15, 08:32, http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n060-2006-adriano-soares-da-costa. Concordamos com as críticas de Soares da Costa quanto a forma, mas referendamos as preocupações postas na motivação da questão de ordem que suscitou o acórdão do TSE no R.O. n. 748, de 2005.

9 Atualmente é assim: art. 41-A, § 3º, da Lei 9.504/97: "A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)."

sob pena de decadência, como defende, há muito, Adriano Soares[10] e já fora jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral[11].

10 Em seu afamado Instituições de Direito Eleitoral, 9ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 304:

"... a AIJE apenas pode ser ajuizada contra candidato beneficiado por abuso de poder econômico, abuso de poder político, uso indevido dos meios de comunicação social etc., na forma do caput do art. 22 da LC n. 64/90. Se a ação deve ter, obrigatoriamente, como um dos sujeitos passivos, o candidato beneficiado pelo abuso de poder, além de quem lhe deu causa " se não foi apenas ele próprio -, resta claro, de uma luminosidade solar, que não pode ser a AIJE proposta contra quem ainda não tenha sido indicado em convenção partidária e pedido de registro de sua candidatura, qualificando-se como pré-candidato oficial.

Por essa razão, com supedâneo em nosso direito positivo, entendo que a AIJE deve ser proposta contra fatos ilícitos ocorridos após o pedido de registro de candidatura, podendo ser manejada até a diplomação.

Sendo assim, temos que advertir que o abuso de poder econômico ou abuso de poder político praticado antes do pedido de registro de candidatura, além daquelas inelegibilidades não reputadas constitucionais, devem ser atacadas pela ação de impugnação de registro de candidatura, sob pena de preclusão. A AIRC é a ação própria, concebida pelo ordenamento jurídico, para fustigar os fatos geradores de inelegibilidade ocorridos antes do pedido de registro de candidatura, inclusive, e com maioria de razão, aqueles previstos pela Lei Complementar n. 64/90, de escalão infraconstitucional, mercê da possibilidade legal de sua preclusão."

11 "RECURSO ESPECIAL. ARGUICAO DE ABUSO DE PODER POLITICO E ECONOMICO. IMPUGNACAO AO REGISTRO. PRAZO DECADENCIAL. EXTINCAO DO PROCESSO. ART. 3 DA LC 64/90. EM SE TRATANDO DE ALEGACAO DE ABUSO DO PODER POLITICO E ECONOMICO, QUE TERIA OCORRIDO EM PRACA PUBLICA, A VISTA DE TODOS, ANTES DO REGISTRO, E MESMO DA ESCOLHA DOS CANDIDATOS A SENADOR, A GOVERNADOR E A VICE-GOVERNADOR, E FORA DE DUVIDA QUE, NAO TENDO ELA SIDO VEICULADA POR MEIO DE IMPUGNACAO AO REGISTRO DAS RESPECTIVAS CANDIDATURAS, VERIFICOU-SE A DECADENCIA, RAZAO PELA QUAL OUTRO NAO PODERIA TER SIDO O DESFECHO DA REPRESENTACAO SERODIAMENTE MANIFESTADA, SENAO A EXTINCAO DO PROCESSO. RECURSO NAO CONHECIDO. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 12676, Acórdão nº 12676 de 18/06/1996, Relator(a) Min. JOSÉ BONIFÁCIO DINIZ DE ANDRADA, Relator(a) designado(a) Min. ILMAR NASCIMENTO GALVÃO, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 8, Tomo 2, Página 119 DJ - Diário de Justiça, Data 16/08/1996, Página 28134)"

2º

O Brasil deve positivar regra processual que determine o acatamento de causas supervenientes que suspendam a inelegibilidade propriamente dita, e as que regularizem a quitação eleitoral (que levam a inelegibilidade prática), nos processos de registros (e nos que cassam registros e diplomas), até que se ultime a jurisdição eleitoral junto ao Tribunal Superior Eleitoral. Revogando-se a jurisprudência retrocessiva do TSE, que em 2012, no tema de eleições municipais, admitiu isso somente até a instância recursal ordinária do TRE[12]. Isso, sugerimos, para que seja aceito somente em manifestação da defesa do Réu Candidato, de seu partido ou coligação.

Recentemente, evoluiu a jurisprudência do TSE para dizer que até data da diplomação seria possível adução de tal causa superveniente[13]. Pensamos que deveria ser até se esgotar a jurisdição do TSE ou

12 "Rejeição de contas e fato superveniente à interposição do recurso especial. O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, reafirmou o que foi decidido no julgamento do REspe nº 263-20, em 13.12.2012, no sentido de que os fatos supervenientes à propositura da ação, que influenciem no resultado da lide, só podem ser considerados até o julgamento em segundo grau de jurisdição, não sendo possível a arguição destes em sede de recurso especial. Na espécie vertente, o candidato obteve provimento do recurso de revisão pelo Tribunal de Contas, que passou a considerar regulares com multa as contas reexaminadas. Entretanto, a decisão favorável foi superveniente à interposição do recurso especial eleitoral e não afastou a inelegibilidade do candidato. Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 112-28, Mineiros/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, em 7.2.2013."

13 "Concessão de liminar afastando condenação por improbidade administrativa e prazo para consideração das causas supervenientes ao registro que afastam a inelegibilidade. (Extraído do Informativo nº 25/2014.) O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, assentou que a concessão de liminar, até a data da diplomação, suspendendo os efeitos de condenação por improbidade administrativa, causa do indeferimento de candidatura, constitui fato superveniente a permitir o registro do candidato. Ressaltou o Colegiado ser caso de aplicação da norma constante do art. 26-C da Lei Complementar nº 64/1990, que preconiza: O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

do processo eleitoral em si considerado, que pode compreender a apreciação do tema, em recurso extraordinário eleitoral, junto ao STF. Se não mudar a jurisprudência retrocessiva criticada, que a lei a fixe e assim tratará com mais segurança a matéria de causas supervenientes a suspenderem inelegibilidades e outras situações impedientes equivalentes (como a ausência de quitação eleitoral), eis que jurisprudência do TSE tem se mostrado instável - em vários temas, não só nesse.[14] Aliás, o TSE entendia que somente a inelegibilidade poderia se beneficiar das causas supervenientes à suspensão ou cancelamento de seus efeitos. Não estendia isso para as condições de elegibilidade, nos quais incluía as causas de falta de quitação eleitoral. Isso mudou recentemente, de modo positivo, para se admitir que as condições de elegibilidade, preenchidas supervenientes ao registro, possam ser levantadas para o seu deferimento, desde que

Destacou que, estando em curso o processo eleitoral e não havendo trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro de candidatura, cabe conhecer provimento judicial liminar deferido após as eleições, que afasta a causa de indeferimento do registro do candidato. Enfatizou ainda que o conhecimento de fatos supervenientes ao pedido de registro tem sido admitido por este Tribunal nas hipóteses de reconhecimento de inelegibilidade, motivo pelo qual haveria razão para conhecê-los nos casos de afastamento da inelegibilidade. Vencida a Ministra Maria Thereza, que rememorava entendimento deste Tribunal no sentido de ser a data das eleições termo limiar para serem considerados no processo de registro de candidatura fatos posteriores ao pedido, alteradores da condição de elegibilidade do candidato. O Tribunal, por maioria, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para deferir o registro de candidatura do embargante, nos termos do voto do relator. Recurso Ordinário nº 294-62, Aracaju/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, em 11.12.2014."

14 Exemplo emblemático: o tempo de contagem da inelegibilidade, se ânuo, na forma posta no Código Civil ou se por ano cheio. Oscilou a Corte entre essas orientações, e, □ultimamente□, vigora o primeiro entendimento, depois de □indas e vindas□. Entendimento mais ajustado a uma interpretação liberal, no sentido de que restrições a direito devem receber interpretação restritiva, e nunca ampliativa, como era o caso defendido na ideia de □ano cheio□. Vingou então a interpretação liberal: conta-se o ano da data da última eleição.

se apresentem até o último lanço da fase recursal ordinária, não compreendida a de estrito direito.[15]

3º

Mandato para os juízes de tribunal e Ministros do TSE de 06 anos, sem recondução, em qualquer hipótese. Isso dará maior estabilidade na jurisprudência eleitoral e eficaz aproveitamento da experiência do juiz que se tornou maduro na e para atividade juseleitoral. E que seja garantida a possibilidade de dedicação exclusiva do Juiz durante o mandato, ao menos ao Juiz tribunalício. Remuneração de quem não é juiz de carreira igual a quem é magistrado, com impedimento à advocacia, durante o tempo de magistratura eleitoral, tendo como parâmetro de vencimento, o vencimento médio entre os magistrados de carreira do tribunal eleitoral.

4º

O recurso especial eleitoral (recurso de estrito direito) deve ter súmulas e hermenêuticas processuais próprias, devido às peculiaridades evidentes do processo eleitoral, que não comporta largamente ação rescisória (somente nos casos de decisão de inelegibilidade proferida pelo

15 "ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. QUITAÇÃO ELEITORAL. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. MULTA. AUSÊNCIA ÀS URNAS. FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. PAGAMENTO POSTERIOR. ART. 11, § 10º, DA LEI Nº 9.504/97. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, aplica-se o princípio da fungibilidade, para receber como especial o recurso ordinário interposto contra acórdão de TRE que verse sobre condição de elegibilidade. *In casu*, quitação eleitoral. 2. O pagamento de multa eleitoral após a formalização do registro, desde que ainda não esgotada a instância ordinária, preenche o requisito da quitação eleitoral, por também ser aplicável o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97 às condições de elegibilidade, e não apenas às causas de inelegibilidade (Precedente: REspe 809-82, Rel. Min. Henrique Neves, em sessão de26.8.2014).3. Em respeito ao princípio da segurança jurídica, não se abarca esse entendimento jurisprudencial aos registros de candidatura que se refiram a casos anteriores ao pleito de 2014. 4. Recurso provido, para deferir o registro de candidatura." RO - Recurso Ordinário nº 52552 - Campo Grande/MS Relatora Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, j. 03/09/2014

TSE). Resp que deve ter conformada, legislativamente, uma funcionalidade técnico-processual mais própria aos bens tuteláveis nos feitos eleitorais; que precisa ter princípios orientadores diferenciados, devido ao tempo de existência do objeto a que cuidam: mandatos populares e eleições, que tem prazo certo para se exaurirem.

Por exemplo: devem-se conhecer questões de ofício nos recursos de estrito direito na seara eleitoral, ainda que não tenha havido prequestionamento no tribunal "a quo"; e nas matérias que tratam de registro, diploma ou mandato, assim como inelegibilidade, é preciso admitir maior incursão na matéria fática da causa, sem óbices da súmula 7 - STJ, em prol do direito de voto e da candidatura eleita ou em disputa; isso pela ideia de *favor rei*, o *in dúbio* pro réu na seara eleitoral, que amalgama, no caso, o povo eleitor e seu candidato eleito ou em campanha, pois ao se nulificar um registro de candidatura, anulam-se todos os votos válidos dados ao candidato nas urnas.[16]

5º

Previsão legal expressa do direito do réu de ser ouvido, após a oitiva de todas as testemunhas, bem como o direito de essas serem intimadas judicialmente, notadamente se a parte o requerer de maneira fundada. Como deflui de tratados internacionais, notadamente do Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8º, 1, é direito da parte obter o comparecimento compulsório das testemunhas[17]. Como se encontra positivado no direito positivo processual interno, cabe a parte levar a testemunha, independente de intimação judicial[18], o que fere o seu direito à prova e ao devido processo

16 Ver nosso artigo, para aprofundar esses aportes críticos: "Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica". Revista Brasileira de Direito Eleitoral. RBDE. Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 8, jan./jun, 2013.

17 "Artigo 8º - Garantias judiciais, 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, (...) 2. (...). toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...). f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; (...)".

18 Lei complementar 64/90, artigo 22: "V - findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de

legal, instituindo verdadeira inconvencionalidade na regra doméstica. O direito de serem intimadas judicialmente as testemunhas, nos processos eleitorais, é demais esclarecido na pena do jurista brasileiro Marcelo Ramos Peregrino, em inovadora obra:

> "O Artigo 5º da Lei das Inelegibilidades afasta o comparecimento coercitivo das testemunhas, retirando, do candidato, um meio absolutamente necessário para a prova em seu prol:
>
> Art. 5º Decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.
>
> No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[19], os Estados se comprometem a assegurar o acesso a recurso a qualquer pessoa cujo direito tenha sido violado (...). Uma das garantias do Artigo 14 que merece transcrição:
>
> e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
>
> A Convenção Americana, em seu Artigo 8º, expressamente, aduz ser um direito da defesa:
>
> f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
>
> No procedimento, cuja pena pode redundar em perdimento da capacidade eleitoral passiva por muitos anos, a impossibilidade de se coarctar testemunhas e peritos para comparecerem em juízo, é quebra insofismável do devido processo convencional.
>
> Destarte, o procedimento formal estabelecido pela Lei das Inelegibilidades destoa, de forma incisiva, do conteúdo do bloco de constitucionalidade acima transcrito, ao impedir e privar o réu da ampla

testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, *as quais comparecerão independentemente de intimação*".

19 Decreto nº 592 de 5 de julho de 1992.

defesa e da convocação de testemunhas, devendo ser considerado inconvencional." (PEREGRINO, Marcelo Ramos. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015. p. 210-211.

6º

Necessitamos regra que proíba a mudança de precedentes, que vede a alteração da jurisprudência no curso do ano eleitoral, prejudiciais às candidaturas (eleitas ou não), tanto quando se tratar de preceito material ou de norma processual, para fim de se conferir ao princípio da anualidade eficácia paralisante não só em matéria legislativa, mas também na questão jurisprudencial.

Assim, necessário estabelecer regra processual que impeça a mudança de jurisprudência no curso da eleição que seja prejudicial ao direito de candidatura, por quaisquer de nossas cortes regionais eleitorais, TSE e STF. Regra que impeça que no ano da eleição se altere entendimento benéfico às candidaturas para *in malam parte*, com violação da segurança jurídica assegurada pelo artigo 16 da Constituição brasileira. Embora haja precedente do STF RE-637485, Rel. Gilmar Mendes, no sentido da proposição ora defendida, rico será ao Direito Eleitoral a positivação de norma legal expressa com esse teor garantista.[20]

20 *"Prefeito itinerante" e segurança jurídica - 11 - "Desta feita, sobrelevou que a importância fundamental do princípio da segurança jurídica para regular o transcurso dos processos eleitorais plasmar-se-ia no postulado da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da CF* ("A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência"). Então, as decisões do TSE que implicassem alteração de jurisprudência, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, não incidiriam de imediato no caso concreto e somente possuiriam eficácia sobre outras situações no pleito eleitoral posterior. *Finalizou que a decisão do TSE em tela, apesar de ter asseverado corretamente que seria inelegível para o cargo de prefeito o cidadão que exercera por 2 mandatos consecutivos cargo de mesma natureza em município diverso, não poderia retroagir a fim de alcançar diploma regularmente concedido a vencedor das eleições de 2008 para prefeito de outra municipalidade. Aquilatou que se deveria assegurar a conclusão do mandato a ele. Por fim, assentou, sob o regime da repercussão geral, que: a) o art. 14, § 5º, da CF, interpretar-se-ia no sentido de que a proibição da segunda reeleição seria absoluta e tornaria inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já cumprira 2 mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; e b)* as decisões do TSE que acarretassem mudança de

A interpretação *in bonam* parte, que preserve o resultado da soberania popular, poderá retroagir como aplicação dessa garantia constitucional, como se faz em Direito Penal com a chamada *lex mitior, ex vi* dos artigos 2º[21] do Código Penal e 5º, XL[22], da Constituição da República. Ou seja, pode-se admitir a retroação benigna, mas não se pode permitir a retroatividade maligna da interpretação nova. Diante dessa premissa soa estranho julgamento recente do TSE[23], que não aplicou ao passado entendimento mais benigno, alegando óbice decorrente do princípio da segurança jurídica. Justamente a segurança jurídica é garantia para se proteger o grande plexo de liberdades do réu, e não para elevar a capacidade punitiva do Estado ou para abastecer as expectativas punitivas da Sociedade. Trata-se de uma garantia contramajoritária.

Essa garantia de uma interpretação ou aplicação de entendimento *in bonam parte* não pode ser desprezada no processo *penal* eleitoral *não-criminal*, devendo receber o mesmo tratamento do processo que aplica penas de liberdade ambulatória o processo que aplica penas políticas de AIJE (como são a cassação de registro, diploma e inelegibilidade, além da multa). O

---

jurisprudência no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento não se aplicariam imediatamente ao caso concreto e somente teriam eficácia sobre outras situações em pleito eleitoral posterior. *RE 637485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.8.2012. (RE-637485)"*

21 "Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"

22 "XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;"

23 "ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. QUITAÇÃO ELEITORAL. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. MULTA. AUSÊNCIA ÀS URNAS. FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. PAGAMENTO POSTERIOR. ART. 11, § 10º, DA LEI Nº 9.504/97. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. (...) 2. O pagamento de multa eleitoral após a formalização do registro, desde que ainda não esgotada a instância ordinária, preenche o requisito da quitação eleitoral, por também ser aplicável o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97 às condições de elegibilidade, e não apenas às causas de inelegibilidade (Precedente: REspe 809-82, Rel. Min. Henrique Neves, em sessão de26.8.2014). 3. *Em respeito ao princípio da segurança jurídica, não se abarca esse entendimento jurisprudencial aos registros de candidatura que se refiram a casos anteriores ao pleito de 2014.* 4. Recurso provido, para deferir o registro de candidatura." RO - Recurso Ordinário nº 52552 - Campo Grande/MS Relatora Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, j. 03/09/2014.

TSE, pelo seu plenário, em antológico julgado, de 21.05.15, afirmou: "*As sanções eleitorais, embora não sejam propriamente criminais, enquadram-se no âmbito mais amplo do direito sancionador, de modo que a elas devem ser aplicados, naquilo que pertinente, os princípios penais e processuais penais.*"[24]

Nesse viés, há que se atentar que não menos importante se mostram as liberdades políticas (especialmente candidatura e voto) e segurança processual, as quais, tal qual a liberdade individual ambulatória (protegível nos feitos criminais), hão de ser resguardadas e aplicadas em todos os processos judiciais. E para uma justa leitura analógica entre *processo penal* e *processo civil eleitoral*, nas quais essas liberdades estão em defesa, tem-se, inegavelmente, que *aos acusados de delitos cíveis eleitorais devem ser aplicadas por completo as ordens legais que garantam suas amplas defesas e a segurança jurídica de suas posições de liberdade.*

Exemplo que demonstra a necessidade dessa regra é o julgado "in malam parte" (por tal, retrocessivo) do TSE n. RO 401-37.2014.6.06.0000, de 26.08.14, Rel. Min. Henrique Neves[25], que tematizou o julgamento de contas publicas de prefeito pelo Tribunal de Contas e seus reflexos no plano do direito de candidatura[26].

24 Conforme excerto do aresto proferido nos Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 670-73.2012.6.24.0088 - Blumenau - SC, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.05.15.

25 "ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. CARACTERIZAÇÃO. (...). 2. Nos feitos de registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso 1 do art. 10 da LC nº 64, de 1990, pode ser examinada a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas. 3. *Entendimento, adotado por maioria*, em razão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e da ressalva final da alínea g do art. 10, 1, da LC nº 64/90, que reconhece a aplicação do "disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição". 4. *Vencida neste ponto, a corrente minoritária, que entendia que a competência para julgamento das contas do prefeito é sempre da Câmara de Vereadores.* (...)."

26 No entendimento mais benéfico (à candidatura) anterior se entendia que para o caso de Chefes do Executivo, como os Prefeitos Municipais, o título oriundo de julgamento final de tribunal de contas, que tenha rejeitado as contas, não se prestava para embasar alegação de inelegibilidade. Ou melhor, entendia-se, como regra geral, que somente os julgamentos realizados e ultimados pela Câmara de

Esse precedente ocorreu em 26.08.14, 51 dias depois do processo eleitoral iniciado, e menos de 40 dias antes das eleições, e após o prazo para que todos os processos de registro tivessem sido julgados em todas as instâncias da justiça eleitoral (21.08.14).

Ele corporificou mudança jurisprudencial, injustificado "overruling" que levou ao indeferimento de inúmeras candidaturas, cujos registros tinham sido deferidos em primeiro grau nos Tribunais eleitorais no ano de 2014[27]. Como exemplo, podemos indicar decisão monocrática no caso do RO 526-04/SC, em que atuamos como advogado da parte prejudicada no TSE: o candidato a deputado estadual, após ter obtido seu registro no TRE-SC, com base no entendimento consolidado antes de 26.08.14, teve seu registro indeferido por ato monocrático de Ministra junto ao TSE, que aplicou "a nova e prejudicial regra jurisprudencial" aos fatos pretéritos![28]

Ou seja, no ano de 2014, iniciada a propaganda eleitoral em 05 de julho, vigorava um entendimento, e em meados de agosto mudou o TSE

Vereadores poderiam gerar inelegibilidade. A viragem "maléfica", no curso da eleição, e retroativa, foi a que mudou tal entendimento para entender que qualquer julgamento efetivado pelo Tribunal de Contas, que não a título de parecer prévio, é apto a embasar adução de inelegibilidade.

27 Apenas para ilustrar nossa crítica, apontamos que 03 meses e 08 dias antes, faltando apenas 45 dias para o início do período eleitoral, vigorava este entendimento no TSE: "RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PREFEITO. REJEIÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CAUSA DE INELEGIBILIDADE. JULGAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE VEREADORES. PRECEDENTES. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. *À exceção das contas relativas à aplicação de recursos oriundos de convênios, a competência para o julgamento das contas prestadas por prefeito, inclusive no que tange às de gestão relativas a atos de ordenação de despesas, é da respectiva Câmara Municipal, cabendo aos Tribunais de Contas tão somente a função de emitir parecer prévio, conforme o disposto no art. 31 da Constituição Federal.*(...).. (AgR-REspe n. 658-95.2012.620.0015, Acórdão de 20/05/2014, Relatora Min. Laurita Hilário Vaz - original sem grifo)."

28 Em agravo regimental a decisão foi reformada somente após a eleição, para se deferir o registro, mas por outro fundamento e não o que criticara a violação ao artigo 16 da CF. E isso custou a falência da candidatura a deputado, pois as pesquisas indicavam em prol do concorrente um número 60% superior ao registrado nas urnas, antes do indeferimento pelo TSE, que ocorreu 14 dias antes das eleições. Um flagrante caso de intervenção indireta da Justiça eleitoral no resultado das eleições!

a sua jurisprudência de sorte a confundir todas as previsões das candidaturas em curso, tornando incerta a atividade defensiva e o trabalho dos operadores do direito, mormente dos advogados e seus constituintes, assim como dos magistrados eleitorais das instâncias ordinárias.

Por tal situação, e outras mais, necessitamos no Brasil de regra que já existe para o processo administrativo federal, e que deveria estar, *mutatis mutandis*, positivada no Código Eleitoral à preservação dos direitos fundamentais de candidatura e voto:

> "Art. 2o (...). Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de(...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Ou seja, deveríamos ter a seguinte normativa na legislação eleitoral brasileira: "Nos processos eleitorais, notadamente os sancionadores, serão observados, entre outros, os critérios de interpretação da norma material ou da norma processual eleitorais da forma que melhor garanta proteção do direito de candidatura e de voto, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação se prejudicial a esses direitos fundamentais."

7º

Maximação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em conta a liberdade de candidatura e a soberania das urnas, com a proibição de uma ação eleitoral iniciar com uma imputação, sobre determinado crivo legal, e, após o debate processual e a sentença, no recurso, inaugurar-se nova classificação jurídica para os fatos, realizando indevidamente uma *emendatio libeli* eleitoral. Precisamos, nos pleitos eleitorais, afastamento da ideia de que o réu apenas se defende dos fatos, e não dá classificação jurídica, como em perspectiva crítica leciona o jurista brasileiro Néviton de Oliveira Batista Guedes[29], em importante artigo divulgado em sua coluna *Constituição e Poder*, do site brasileiro *Conjur*.

29 Conforme "Quem só pode se defender dos fatos acaba sendo atingido pelo Direito", publicação de 24.09.14, 20:47 h., acesso em 17.02.15, 14:00 h., http://www.conjur.com.br/2014-set-23/constituicao-poder-quem-defender-fatos-acaba-sendo-atingido-direito:

"(...) no direito brasileiro, especialmente nos processos acusatórios – na ação penal e de improbidade administrativa –, tem-se admitido a condenação do acusado com base em dispositivo diverso do que foi proposto na petição inicial; tudo sob a consideração de que *o acusado se defende dos fatos, não da norma que os qualifica*, partindo-se da premissa de que a sua condenação com base em norma diversa da apontada na inicial não lhe prepara qualquer prejuízo, nomeadamente, diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O que fundamenta essa orientação jurisprudencial, contudo, agora podemos dizê-lo, é a crença de que haveria sempre uma clara distinção entre a atividade de delimitar os fatos e aquela outra, em que eles são classificados ou definidos juridicamente. Ou seja, persiste a crença, divulgada sem contestação, de que o juízo sobre os fatos não compromete o juízo sobre a sua qualificação jurídica (juízo sobre normas), e vice-versa.

Entretanto, como veem, a estarem corretas as premissas que introduziram o presente artigo, no mínimo, devemos tomar a sério essa antiga orientação de nossos tribunais de que, em nenhuma circunstância, o acusado sairá prejudicado pelo fato de o magistrado, ao final do processo, conferir aos fatos que lhe são imputados uma *classificação jurídica diferente* daquela que foi expressamente sugerida na inicial e que, o que é mais grave, foi tomada em consideração durante toda a instrução do processo. (...).

Contudo, (...), a partir de H-G Gadamer, juristas como Konrad Hesse, têm acentuado que, na atividade de qualificação dos fatos, o mais certo é que ocorra um verdadeiro *círculo hermenêutico*, em que o intérprete seleciona a norma a partir do fato colhido na realidade, mas, da mesma forma, o fato é selecionado tendo em consideração uma prévia antecipação da norma que se pretende aplicar. Se isso é verdade, não é difícil perceber que, no mais das vezes, o acusado tenderá – durante toda a instrução probatória – defender-se não apenas dos fatos puros, mas dos fatos como foram qualificados pelo autor. Aliás, em processo judicial e no âmbito do direito, não existem *fatos puros*, mas fatos qualificados por uma ou outra norma.

O autor não imputa "fatos puros" ao acusado. Diversamente, são-lhe imputados fatos previamente destacados da realidade à luz de abstrata consideração ou qualificação normativa. Descrição de fatos no direito é, em primeiro lugar, *descrição ou imputação jurídica* de fatos.

(...).

Entretanto, no que tange ao fato ao qual se dirige uma norma, para que se possa isolá-lo do mundo da vida com as características que têm importância para a aplicação do direito, há de se perceber e descrevê-lo com a ajuda do *Tatbestand* hipotético da norma. De outro lado, na exata dedução de Alexy, essas características relevantes do fato podem oferecer motivo para, no caso concreto, não se aplicar a norma que inicialmente se tinha *diante dos olhos*, assim como para preci-

Exemplifiquemos: os casos em que as ações judiciais eleitorais discutem "conduta vedada", com base no inciso VII do artigo 73 da Lei 9.504-97[30], gastos com publicidade. Como hipótese, vislumbremos ação em que todo o debate se deu desde a inicial à contestação, passando pela sentença, tendo como *thema decidendum* a média anual com gastos de publicidade. Dada a sentença de improcedência, recorre o autor, perspectivando "ex novo" o tema como abuso do poder político, do qual a conduta vedada seria espé-

---

sar, ou rejeitar algumas marcas distintivas do próprio *Tatbestand* normativo, ou mesmo para acrescentar-lhe alguns indícios antes considerados como não relevantes. Dá-se aqui o instrutivo *ir e vir de perspectiva* de que nos falava K. Engisch, isto é, para compreender e delimitar o caso concreto, carecemos da perspectiva da norma; para compreender a norma, precisamos da perspectiva no fato.

Assim, não obstante se reconheça que o acusado deva se defender dos fatos, o certo é que *ele se defenderá dos fatos como foram qualificados pelo próprio autor*. (...). A exceção de classificação normativa abertamente indevida e teratológica, o mais certo é que o acusado se defenderá, durante toda a instrução probatória, dos fatos *como juridicamente descritos e qualificados pelo autor*.

Atento a isso, em posição contrária à nossa jurisprudência, tem o Tribunal Constitucional alemão emprestado especial homenagem ao *princípio da não-surpresa processual*, não aceitando que qualquer condenação seja imposta ao acusado sem que antes ele possa falar dos motivos de fato e de direito que, ao final, concretamente servirão de base à sua condenação. Cumpre ao Tribunal, portanto, *não lhe surpreender* com condenação baseada em fatos, ou normas de direito, que não foram indicadas na ação inicialmente admitida pelo órgão julgador.

(...).

No Brasil, também já encontra repercussão entre ilustradas vozes o princípio da não surpresa em matéria de processo acusatório. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero acentuam o direito à segurança do cidadão, precisamente, na suas relações com o poder judiciário, especialmente, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa. De fato, "por força dessa nova conformação da ideia de contraditório, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda o juízo de '*terza via*'. Há proibição de decisões surpresa (*Verbot der Überrachungsentscheidungen*)."

30 "Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...). VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição."

cie, e toma o teor da publicidade, sua qualidade - não mais como *quantum* de gastos -, para dizer que houve publicidade abusiva, violadora do artigo 74[31], da Lei 9.504, etc.

> Ora, isso tem sido corrente em tribunais eleitorais brasileiros, até mesmo juízes procedendo de ofício a essa indevida "emendatio", que pode trazer julgamentos inválidos pois serão *extra petita*, como demonstra um caso em debate no TSE, em que atuamos como defensores do vice-prefeito em chapa eleita e empossada, relativos à eleição de 2012: o Recurso Especial Eleitoral n. 336-45, de Brusque-SC, relator Min. Gilmar Mendes, em que se improveu o recurso para manter decisão de segundo grau que alocará o tema de abuso de poder econômico, ao lado do tema de conduta vedada.

8º

Estabelecimento de regra que imponha o uso restrito e excepcional das presunções em matéria de prova no processo cível eleitoral, notadamente se os julgamentos se derem após as eleições e se tratar de candidatura eleita. É preciso restringir o alcance e o uso do artigo 23[32], da LC 64/90, que tem gerado abusos judiciais, notadamente em primeiro grau de jurisdição, para acolher presunções contra as candidaturas, notadamente as eleitas, para sanarem falhas das acusações advindas do ministério público, candidaturas ou partidos adversários aos réus.

Ao assim agir o juiz eleitoral deixa de ser o terceiro imparcial, por sobre as partes em conflito, e passa a integrar, de maneira inconfessa, o lado da persecução eleitoral, que só cabe aos autores das ações eleitorais. A imparcialidade da jurisdição periclita, quando isso acontece, quando a

31 "Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)."

32 "Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

larga se utiliza o artigo 23 para se admitir fatos não alegados pelas partes ou se tirar conclusões baseadas em presunções sem base legal específica.

9º

Precisamos revogar todas as regras de inelegibilidades previstas na vigente LC 64/90 que contrastem com tratados internacionais de direitos humanos. A exemplo:

(i) as alíneas que prevejam a restrição do direito de elegibilidade com base em decisões fundadas em processos administrativos disciplinares[33] e de julgamento de contas públicas[34] ou de processos não penais;

(ii) positivação de regra legal de vedação para que não haja aplicação da lei ficha limpa a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência (04.06.10);

(iii) pedimos a revogação das hipóteses que preveem inelegibilidade nas demissões disciplinares ou exclusões dos órgãos de classe. Todavia, se mantidas pelo legislador, que se introduza a distinção de que só deve haver inelegibilidade apenas nas causas relacionadas com

33 "Art. 1º, I: (...) m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010); (...). o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010); (...) q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

34 "Art. 1º, I, g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

improbidade administrativa ou crimes previstos na legislação eleitoral que gerem inelegibilidade.

Os itens "i" e "iii" pelo fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana preveem a impossibilidade de restrição do direito de elegibilidade com base em decisões fruto de processos administrativos.

Sabemos que desde 1990, com a Lei Complementar n. 64, tem se aferido inelegibilidades com base na alínea "g"[35] - hipótese de inelegibilidade apreciada pela justiça eleitoral tendo em conta o resultado do julgamento de contas públicas efetivado pela casa legislativa (Câmara de Vereadores, Assembléia Legislativa ou Congresso Nacional) ou tribunal de contas, cujo teor foi apenas alterado pela LC 135/10. E também sabemos que nunca se cogitou sequer da inconstitucionalidade de sua redação. Não se desconhece que há 25 anos a LC 64/90 trata de processo administrativo sancionatório a gerar inelegibilidades para candidaturas, sendo que o Poder Judiciário eleitoral, por sua cúpula máxima, o TSE, nunca entendeu inválida essa normativa, pois sob nenhum parâmetro ela foi questionada, seja o constitucional ou o convencional.

Mas afirmarmos a inconvencionalidade da alínea "g" pois há estudos recentes que apontam a possibilidade do controle de convencionalidade de qualquer lei[36] pelo Judiciário nacional, e, de outro, sobre a lei ficha limpa (lei de inelegibilidades), que a contrastam com tratados internacionais de direitos humanos.

Estudo com o viés que abrange essas duas perspectivas é o do jurista brasileiro Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, na obra o *Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa - direitos políticos e inelegibilidade.*

35 Art. 1º, I, *g*: são inelegíveis, para qualquer cargo, "os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

36 Ver MAZZUOLI, Valério. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Aliás, Marcelo Peregrino, em aresto de sua lavra como juiz do TRE-SC (vaga dos juristas), foi o primeiro magistrado brasileiro a reconhecer, em precedente judicial, que é possível sim o controle de convencionalidade em processos judiciais eleitorais. Vejamos excerto do julgado, no qual atuamos como advogado suscitante do tema:

> "(...). AUSÊNCIA DA OITIVA DO RECORRENTE E DE TESTEMUNHAS. INCIDÊNCIA NA ORDEM INTERNA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - *Status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º da CF/88. *Possibilidade do controle de convencionalidade* (doutrina de Flávia Piovesan e Cançado Trindade). Ausência de violação à ampla defesa e contraditório na falta de interrogatório do recorrente. *Inteligência do art. 8º, 2, D, Convenção Americana de Direitos Humanos, art. X e XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 3º, "b" e "d" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.* (Precedentes STF e STJ RHC 7.463, rei. Min. Vicente Cernecchiaro). (...)" (Acórdão n. 28.812, RECURSO ELEITORAL Nº 670-73.2012.6.24.0088. j. 14.10.13) (sublinhamos!)

O julgamento de contas pelos Tribunais de Contas e Câmaras de Vereadores, que pode gerar a inelegibilidade de agentes públicos na alínea "g", é fruto de decisões tomadas em procedimentos administrativos e não procedimentos judiciais penais, como esclarece o publicista brasileiro Rodrigo Valgas dos Santos, em obra[37] a respeito de procedimento administrativo e julgamento de contas.

---

37 Conforme lição de seu livro:

"iii) A caracterização do *procedimento* enquanto *processo*, se realizado em *contraditório*, pode mitigar uma adequada visão da processualidade administrativa. A variedade de procedimentos dentro da Administração não implica uma gradação de importância, no sentido de considerar certos procedimentos mais importantes que outros, pois todos os procedimentos traduzem o exercício da função administrativa, ainda que de um modo diferenciado na forma pela qual se exteriorizam; a noção procedimental vai além da simples noção de litígio, sendo mais adequada na seara administrativa a terminologia *procedimento*.

iv) Para nós, *procedimento* é gênero no qual os *procedimentos* (em sentido estrito) e os *processos* (ocorrentes no âmbito judicial) são espécies. Os *processos* judiciais

E processos administrativos disciplinares, de contas, de corporações profissionais são processos não-judiciais e que não podem gerar restrição a direito político fundamental de candidatura ou de voto. Isso por imperativo de garantia convencional. Vejamos o teor da norma parâmetro contrastada pela alínea "g" - parâmetro defluente do Pacto de São José da Costa Rica, que é direito interno para o Brasil, *ex vi* do Decreto Presidencial n 678, de 06.11.92:

"Artigo 23 - Direitos políticos:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal."

---

guardam peculiaridades que os distinguem dos *procedimentos*, embora comunguemos da idéia de uma processualidade ampla que ocorre em todas as funções estatais.

v) Essa visão procedimental tem importante repercussão nos procedimentos de julgamentos de contas públicas, pois as atividades e as funções dos tribunais de contas veiculam-se, fundamentalmente, pela via procedimental. De conseguinte, a processualidade nas cortes de contas, sem exceção, realiza a função administrativa e de controle que lhes é peculiar, devendo resguardar ao máximo os direitos e as garantias fundamentais das partes. Assim, presentes os litigantes ou acusados, não há que negar-se o contraditório e a ampla defesa, sob fundamento de que se está diante de procedimento e não de processo, até porque tal imposição decorre da Constituição e não de querelas terminológicas." in Rodrigo Valgas dos Santos. *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais – contas anuais, princípios e garantias constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 229/230.

E vejamos as normas da lei ficha limpa, que podem ser objeto de eventual controle de convencionalidade, e por tal, necessitam de revogação reparadora do Congresso Nacional:

"Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...).

"g) Los que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

(..).

m) Los que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

(...).

o) Los que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)."

O contraste entre esses dispositivos está no fato de que as normas nacionais eleitorais pressupõe processo administrativo de contas, disciplinar ou corporativo sancionador, e a normativa internacional exige a restrição ao direito à elegibilidade exclusivamente em face de decisão condenatória advinda de processo judicial penal. Ou seja, o Pacto não admite restrição a direito de candidatura com base em decisão tomada em processo administrativo, como é o caso dos julgamentos de contas públicas procedido pelos Tribunais de Contas e Câmaras de Vereadores, processos disciplinares e de corporações profissionais.

As normativas das alíneas "g", "m" e "o" restringem o direito de elegibilidade, o direito político fundamental de candidatura, com base em decisões tomadas em processos administrativos. Daí resulta o contraste inconvencional. Por isso se justifica a necessidade de revogação dessas alíneas.

E nas hipóteses convencionais citadas, a elegibilidade, o direito de candidatura, não pode sofrer restrição com base em decisão condenatória definitiva tomada em processo administrativo, mas somente por decisão tomada em processo judicial, em processo sancionador penal desenvolvido perante Órgão do Poder Judiciário. O legislador e o juiz eleitorais estão vinculados ao cumprimento das convenções internacionais quando estas constituírem direito interno por atos legislativos legítimos, *ex vi* dos artigos 4°, II[38], 5°, § 2°[39], 49, I[40], 84, VIII[41], da Constituição da República c/c com o artigo 23, 1.b e 2., da Convenção Americana de Direitos Humanos (decreto presidencial n. 678, de 06.11.92).

A fundar nossa afirmação nos baseamos nas lições de Marcelo Peregrino:

> "A Corte Interamericana afirmou os limites da intervenção restritiva dos direitos políticos ressaltando a necessidade de obediência àqueles requisitos convencionais previstos no Artigo 23.2 da Convenção, ou seja, a mitigação somente pode ocorrer por "(...) idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal":

38 "Art. 4° A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos."

39 "Art. 5. (...) § 2° - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.□ (sublinhamos!)

40 "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional."

41 "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...). VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional."

'De acordo com o artigo 23.2. da Convenção se pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso 1 do artigo, exclusivamente pelas razões estabelecidas no inciso. A restrição deve encontrar-se em lei, não ser discriminatória, basear-se em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo e ser proporcional a este objetivo. Quando há várias opções para alcançar esse fim, deve se escolher o que restrinja menos o direito protegido e guarde maior proporcionalidade com o propósito que se persegue. (tradução nossa)'." (obra citada, p. 150).

O Judiciário e Legislador brasileiros estão comprometidos, no plano interno, a observar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, verifiquemos o que tem decidido essa Corte Internacional *sobre restrição ao direito de sufrágio passivo (direito de candidatura) baseado em decisões administrativas, tomadas por autoridades administrativas, em processos administrativos.* Mais uma vez calha ler, com atenção, o que nos diz Marcelo Peregrino:

"A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso *López Mendoza v. Venezuela*, decisão de 11 de setembro de 2011, discutiu, exatamente, a inelegibilidade do autor para participar da vida política de seu país por decisão lavrada por autoridade administrativa (Controladoria-Geral da República da Venezuela[42]) nas eleições regionais de 2008. (...).

López Mendonza foi considerado inabilitado para o exercício de funções públicas. Posteriormente, o Conselho Nacional Eleitoral aprovou normas para as eleições, as quais afastavam a elegibilidade daqueles considerados interditados ou inabilitados para o exercício da função pública, sendo que 400 (quatrocentas) pessoas foram atingidas pela medida administrativa.

A Corte Interamericana deixou assentada a violação aos direitos políticos de López apontando a desobediência aos requisitos para a

42 "A Controladoria Geral da República é órgão com matiz constitucional integrante do chamado Poder Cidadão que é exercido pelo Conselho Moral Republicano. Este poder está incumbido da prevenção investigação e sanção dos fatos que atentem contra a ética pública e a moral administrativa, dentre outras atribuições. (...)". *(nota da obra de Marcelo Peregrino)*

restrição deste direito fundamental no caso concreto (art. 23.2), em especial, a ausência da condenação por um juiz criminal, não sendo qualquer sanção possível de causar a inelegibilidade:

'En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.'

(...).. *En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.*

En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza.'

(...).

Outro caso muito interessante ocorreu na Colômbia e dizia respeito ao candidato a Prefeito de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego que teve seus direitos políticos suspensos por uma resolução, de natureza "disciplinar", emitida pela Procuradora-Geral da Nação, que o destituiu e o inabilitou por 15 (quinze) anos, em face de alegadas irregularidades quando de sua administração como prefeito da mesma cidade. A Comissão Interamericana, assim, concedeu uma medida provisional suspendendo a decisão administrativa, em março de 2014, ressaltando a necessidade de preservação dos parâmetros convencionais para a restrição de direitos políticos.

(...)." (Obra citada, p. 255/259).

Assim, nos é lícito concluir: o direito de elegibilidade, o direito fundamental de candidatura, não pode ser restringido com base em decisão tomada em processo administrativo, como são o caso das decisões tomadas por tribunais de contas, processos disciplinares de servidores públicos ou processos ético-corporativos, mas somente por decisões extraídas de processos judiciais penais. Por isso que se apregoa a revogação dos dispo-

sitivos citados, como forma de se realizar, no plano interno, a eficácia da convenção americana de direitos humanos.

Sobre o tema da retroatividade da lei ficha limpa e seu contraste com os direitos humanos, o artigo 9º[43] da CADH - não obstante a declaração de constitucionalidade ocorrida nas ADC's 29 e 30-STF - justifica a necessidade de revogação ou alteração jurisprudencial sobre o tema, no âmbito do TSE e Supremo Tribunal Federal (Suprema Corte brasileira). Mais uma vez vale lermos Marcelo Peregrino, no *Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa*, páginas 231-246:

> "Quanto ao Artigo 9º da Convenção, as dificuldades da Lei Complementar nº 135 se iniciam na sua aplicabilidade imediata colhendo referências e condutas passadas e, nos casos de condenação judicial, anteriormente fixadas pelo Poder Judiciário em definitivo, para se impor o alargamento do prazo da sanção de 3 (três) para 8 (oito) anos, ou seja, ofensa clara à coisa julgada.
>
> (...).
>
> Os contornos do Artigo 9º da Convenção, segundo a Corte Interamericana, não deixam dúvida quanto à inconvencionalidade da majoração mencionada face à sua superveniência ao fato, como se retira do precedente:Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, 23 de novembro de 2010."

10º

Introdução de regra na LC 64/90 que positive a modulação de pena entre 04 a 08 anos, e que haja a detração de tempo de inelegibilidade, quando o tempo final da pena for incerto, durante o exercício do direito de defesa pelo réu, nos processos de improbidade ou nos penais, tal qual sugerido no voto do Relator Ministro Luiz Fux, na ADC 30-STF, vencido

43 "Artigo 9º - *Princípio da legalidade e da retroatividade* - Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

nesta parte[44]. Não podemos tolerar a inelegibilidade processual, tão bem criticada e revelada por Adriano Soares, em seu afamado blog.[45]

44 Como demonstra o item 12 da ementa de seu voto relatorial não majoritário nesse capítulo, na ADC n. 30: "12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado."

45 "A sanção de inelegibilidade e o trânsito em julgado: a nova "inelegibilidade processual"

(...).

Cunho a expressão *inelegibilidade processual* para denominar a inelegibilidade que decorre exclusivamente do ônus do tempo do processo, sendo a sua causa e razão de ser gerar uma sanção processual indireta pelo manejo de recursos inerentes ao devido processo legal (*due process of law*), criando assim limitações gravosas e antidemocráticas ao pleno exercício da pretensão à tutela jurídica e ao livre acesso ao Poder Judiciário.

A *inelegibilidade processual* seria decorrente da decisão de órgão colegiado, enquanto durar o processo, sem direito a uma espécie de *detração eleitoral* para o cômputo da inelegibilidade material de 8 anos. Essa *inelegibilidade processual* seria, portanto, um desestímulo ao uso dos meios recursais próprios, em verdadeira negativa de acesso ao Judiciário: recorrer seria um ônus insuportável para quem tivesse a inelegibilidade decretada por um órgão colegiado.

Sem juízo de constitucionalidade, se fôssemos aplicar a LC 135 a secas, teríamos alguns exemplos graves de inelegibilidade da LC 64/90, com a redação da LC 135:

Art. 1º, I, "e": soma das seguintes inelegibilidades: (a) inelegibilidade a partir da decisão condenatória do órgão colegiado, enquanto durar o processo penal (*inelegibilidade processual*); (b) inelegibilidade enquanto durar o cumprimento da pena de natureza penal, decorrente da suspensão dos direitos políticos; e (c) inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena.

Art.1º, I, "l": a soma das seguintes inelegibilidades: (a) inelegibilidade a partir da decisão condenatória do órgão colegiado, enquanto durar o processo por improbidade que decretou a suspensão dos direitos políticos (*inelegibilidade processual*); (b) inelegibilidade enquanto durar o cumprimento da pena de suspensão dos direitos políticos; e (c) inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena.

Note-se que, em hipótese de inelegibilidade decorrente de ilícitos não-eleitorais (condenação criminal transitada em julgado, *v.g.*), há agora a criação de uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual, como gravíssimo ônus para inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário e tornar inviável ou insuportável o manejo de recursos processuais, ainda que viáveis, firmes e sérios.

11º

Limitação legal do número de fatos componentes da causa de pedir e do número de réus em ações eleitorais. Positivação de regras mais rigorosas para que se possa delimitar o cúmulo objetivo ou subjetivo de ações em processos eleitorais. Ou melhor: fatos que não guardem relação de tempo, circunstância, lugar, modo e concorrência de autorias, não deverão ser objeto do mesmo processo. Para tal se faz necessário também a previsão de regra que faculte o seccionamento do processo, seu desmembramento, a requerimento fundado das partes.

12º

Asseguramento por lei, de até seis testemunhas por fato, para cada parte, notadamente por cada parte passiva, pessoa física, seja ela candidato ou não, para que não reste a acusação como a moduladora do direito de

---

No caso da condenação criminal, se o recurso contra a decisão condenatória, proferida por órgão colegiado, tiver um resultado demorado (digamos, 5 ou 10 anos), a *inelegibilidade processual*, somada ao cumprimento da pena (acaso improvido o recurso) e à inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena, poderá levar a uma sanção total de inelegibilidade de mais de 30 anos, o que nada mais é do que o degredo político.

Aqui, parece-me, será o ponto correto a ser debatida a inconstitucionalidade da *inelegibilidade processual* sem que haja sequer uma detração, uma subtração daquela *inelegibilidade material de 8 anos. O correto, o constitucional, seria a LC 135 ter previsto a aplicação da inelegibilidade de 8 anos desde a decisão de órgão colegiado, como execução imediata*. Mas criar um *inelegibilidade de natureza meramente processual*, como terrível ônus do processo, é uma solução legislativa fascista, criminosa e estapafúrdia.

Sim, um caso para a psiquiatria forense, como afirmou o Min. Gilmar Mendes.

Desse modo, chamo a atenção para as seguintes conclusões:

(a) a sanção de inelegibilidade pode ter execução imediata, desde a decisão de órgão colegiado, exceto nos casos proibidos pela Constituição (condenação criminal e improbidade administrativa);

(b) a *inelegibilidade processual*, enquanto durar o tempo do processo, é inconstitucional, viola o princípio da proporcionalidade/razoabilidade e impede o acesso frutuoso ao Poder Judiciário; e

(c) a solução constitucional adequada teria sido a LC 135 ter previsto a execução imediata da inelegibilidade cominada potenciada de 8 anos (sem, portanto, postergá-la para o trânsito em julgado e absurdamente criando uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual)."

defesa do réu, diante dos fatos que alega e dos sujeitos que indicará no polo passivo do processo.

13º

Alteração da alínea "g", do artigo 1º - caso não seja revogada totalmente -, que trata do julgamento de contas públicas nos processos oriundos do Tribunal de Contas, para elencar, fixamente, o rol de condutas que se enquadram como aptas a gerar inelegibilidade, sem que a justiça eleitoral, caso a caso, sem devido processo legal antecedente, decida, *ad hoc*, sobre improbidade dolosa, com base em material de instrução (provas e debate argumentativo) em que nunca se debateu improbidade, dolosa ou culposa.

A nosso ver há inconstitucionalidade a ser considerada, que nunca foi objeto de enfrentamento pela doutrina e jurisprudência brasileiras (as Adc´s n. 29 e 30 não a trataram, por ausência de debates judiciais em controle difuso), que diz respeito à violação aos artigos 2º e 5º, II, 14, § 9º da Constituição da República, dispositivos que tratam do princípio da reserva legal qualificada ou da legalidade estrita e da separação de poderes, eis que a alínea "g", na forma positivada desde 1990 e alterado em 2010, delega indevidamente ao Judiciário eleitoral o direito de dizer, *ad hoc*, da ocorrência não só de improbidade como de inelegibilidade, sem que haja um critério jurídico seguro antecedente (regras jurídicas claras e taxativas, com os tipos hipotetizados das condutas), além de não haver um devido processo legal a lhe respaldar essa aferição no plano do Tribunal de Contas, pois nele não se discute, no feito administrativo, dolo e/ou improbidade.

Ocorre com a alínea "g" uma indevida delegação legislativa ao Judiciário e uma inconstitucional capitulação do dever de legislar por parte do legislador eleitoral, nos termos postos pela LC 135/10 e sua alínea "g".

A norma instituída na alínea "g" é autorizativa de delegação ao Judiciário para "constituir/estatuir ´ad hoc´ inelegibilidades, e pode ser considerada *norma objeto* em juízo de constitucionalidade. A *norma parâmetro* para aferirmos sua inconstitucionalidade encontra-se no princípio constitucional especial da reserva legal qualificada para a definição de inelegibilidade (artigo 14, § 9º, da CR que exige lei complementar), que densifica o princípio constitucional geral da legalidade/liberdade (artigo 5º,

II, da CR), o qual, por sua vez, dá consistência ao princípio constitucional estruturante do Estado de Direito[46] (artigo 1º, da CR).

Vejamos as razões que justificam nossa posição no que tange ao princípio da legalidade qualificada para a prática de atos judiciários e para a definição estrita de hipóteses de inelegibilidades.

Na ordem jurídica brasileira, irradiada pelo princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, as decisões mais importantes referentes às atribuições dos órgãos judiciários, ao atuar concreto dos membros da justiça eleitoral, aos caminhos a serem seguidos pelos juízes no desencargo de suas funções institucionais, cabem ao legislador, à lei, à legislatura.

À lei incumbe definir, com supremacia sobre qualquer ato de cunho judicial, as hipóteses de configuração de ilícitos, inelegibilidades, competências, funcionamento e organização dos órgãos estatais. E essa definição deve conter um certo nível de segurança jurídica e determinabilidade que impeça o juiz de surpreender o cidadão com decisões jurídicas que não haviam sido queridas e/ou tomadas pelo legislador[47].

---

46 Para a compreensão do discurso estruturante sobre princípios constitucionais ver nossos: *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p. e *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 02, jul./dez. 2003, p. 393-426. Para uma visão dos princípios como garantidores da democracia ver nosso *A Constituição como Garantia da Democracia: o papel dos Princípios Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 11, abr./jun. 2003, n. 44, p 75/86. E para um olhar crítico sobre o uso e abuso dos princípios ver nosso *Princípios e retorno do pêndulo " crítica ao chamado neoconstitucionalismo. Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 87, ano 16, set./out. 2014, p. 63-67.

47 Rico ler as lições de J. J. Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, 6 ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 372:

"*O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas idéias fundamentais. A primeira é de exigência de clareza das normas legais (...). A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um ato legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de:*

Assim, quando a lei especificar competências, definir restrições a direitos, ordenar atribuições, conferir modos de atuação às autoridades judiciárias, deve fazê-lo de tal maneira clara, precisa e determinada, que não enseje ao juiz, via sentença (ou acórdão), o direito de subverter a ordenação legislativa (o querer ordenante do legislador), ocasionando, com isso, a ocorrência do que a doutrina constitucional chama de cláusulas demissórias ou abdicatórias do poder de legislar.

Ou seja, não poderá o legislador instituir opções legais tão abertas a ponto de permitir ao juiz o exercício de delegação legislativa indevida, concedendo-lhe a faculdade de realizar, via sentença, aquilo que somente ao ato legislativo cumpriria fazer. Ou melhor: é vedado definir a inelegibilidade "*ad hoc*". Dizer se o ato "configurará" ou não hipótese de improbidade em processo de registro de candidatura, quando isto já deveria ter sido feito com precisão e certeza pelo legislador eleitoral, a quem caberia especificar, taxativamente, quais condutas ou grupo de condutas implicariam este juízo, como a lei fez ao definir os tipos de crimes que gerariam inelegibilidades.

Em outras palavras: quando houver cláusulas legais autorizando a delegação judiciária de competências legislativas (como a de estatuir inelegibilidade), essa autorização legal não deve ser tão exageradamente genérica e imprecisa a ponto de tornar inócuo o próprio regramento normativo estabelecido pelo legislador, que, por ato do juiz, poderá ser de todo subvertido.

Em nosso entendimento doutrinário a regra da alínea "g" incorre em tal vício de inconstitucionalidade, pois sua redação autoriza que o Judiciário, "ad hoc", defina o que será ou não será inelegibilidade, ao dizer se houve ou não improbidade dolosa, vez primeira, sem que o tribunal de contas tenha debatido no processo administrativo de contas esses temas de maneira original e primeva.

"- *alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos* [como é garantia definição de inelegibilidades por lei complementar];

"- *constituir uma norma de atuação para a administração* [como garantia de legalidade dos atos judiciais que deferem ou não registro às candidaturas nas eleições geridas, administrativa e judicialmente, pela justiça eleitoral];

"- *possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.*"

A alínea "g", na forma posta pela Lei Complementar brasileira n. 135/10, não estabelece o rol de atos que entende como configurável de improbidade, e, delega, indevidamente, tal estatuição, caso a caso, ao Judiciário eleitoral, o que subverte a ordem constitucional, no que toca a exigência de reserva legal qualificada de lei eleitoral estatuídora de inelegibilidades (Lei complementar clara, específica e exauriente quanto à matéria normada!). Insistamos: a generalidade da delegação para estatuir inelegibilidade é tão exagerada na alínea "g", por ato próprio do judiciário eleitoral, que antes da lei complementar 135/10 o TSE entendia que não aplicar 25% na educação não gerava inelegibilidade[48]. Hoje[49], com a nova

48 "Registro de candidatura - Contas rejeitadas - (...). Possibilidade de a Justiça Eleitoral verificar se as irregularidades são insanáveis, mesmo havendo decisão do Tribunal de Contas e da Câmara Municipal desaprovando as contas. (...). Não-aplicação do mínimo constitucional da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino - Irregularidade que não acarreta inelegibilidade. Recurso conhecido e provido. RESPE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 16433 - Cananéia/SP, Relator Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, j. 05.09.2000."

"AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO TSE. 1. A falta de aplicação do percentual mínimo em educação não gera inelegibilidade. Precedentes.(...). Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30169 - Nova Serrana/MG, Relator Min. EROS ROBERTO GRAU, j. 28.04.2009."

49 "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA.INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO DE 25% EM EDUCAÇÃO (...). DESPROVIMENTO. 1. A rejeição de contas do agravante em virtude da não aplicação do percentual mínimo de 25% exigido no art. 212 da CF/88 configura irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, incidindo a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90 (REspe 246-59/SP, de minha relatoria, PSESS de 27.11.2012).(...). AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 7486 - General Salgado/SP, Relatora Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 29.11.2012."

"ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. REJEIÇÃO DE CONTAS. NÃO APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXIGIDO CONSTITUCIONALMENTE EM EDUCAÇÃO. IRREGULARIDADE INSANÁVEL E CONFIGURADORA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, I, G, DA LC Nº 64/90. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A não aplicação do mínimo constitucional exigido na área de educação consubstancia irregulari-

redação da 135/10, se entende que não aplicar os mesmos 25% na educação é ato de improbidade doloso e por tal gera a inelegibilidade.

Assim, o judiciário ficou com "carta branca" para dizer e desdizer o que entende, em cada caso, como sendo ato doloso que configura improbidade e inelegibilidade, em completa subversão da segurança jurídica e da possibilidade de cálculo pelo cidadão de seu enquadramento na "genérica" alínea "g".

Essa volatilidade de significados, essa abertura sem limites, é que denuncia o vício de invalidade que acoima a alínea "g". Sua cláusula (in) especifadora de inelegibilidade consagra *conteúdo abdicatório ou demissório do poder de legislar*[50], pois não predefine, de forma determinada, precisa e

dade de natureza insanável e configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, atraindo, bem por isso, a inelegibilidade inserta no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90.2. *In casu*, neguei seguimento ao ordinário considerando que a não aplicação do mínimo constitucional exigido na área deeducação caracteriza irregularidade insanável e configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, enquadrando-se na inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. (...) Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 178285 - Belo Horizonte/MG - Relato Min. LUIZ FUX, j. 11.11.2014."

50 Conforme Gilmar Ferreira Mendes em seu texto "Questões Fundamentais de Técnica Legislativa", inserido na *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 01, 1993, p. 262-263:

"Alguns princípios constitucionais balizam a formulação das disposições legais. Do princípio do Estado de Direito e de alguns postulados dele derivados podem-se inferir alguns requisitos que devem nortear a elaboração de atos normativos.

"O princípio do Estado de Direito exige que as normas jurídicas sejam dotadas de alguns atributos, tais como precisão, ou determinabilidade, clareza, densidade suficiente para permitir a definição das posições juridicamente protegidas e o controle de legalidade da ação administrativa.

(...).

"O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas sejam pautadas pela precisão e clareza, permitindo que o destinatário das disposições possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem. Devem ser evitadas, assim, as formulações obscuras, imprecisas, confusas ou contraditórias.

(...).

"Esse princípio está sintetizado, na Constituição (art. 5º, II), pela seguinte fórmula:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

indene de dúvidas, quais atos praticados pelos agentes públicos, e julgados pelas cortes de contas, gerarão inelegibilidades. Essa certeza deveria ser reclamada até pelas Cortes de Contas, para que seus juízes tivessem ideia precisa das consequências "eleitorais" de suas decisões.

Ao dar aplicação judicial a tal dispositivo legal os juízes eleitorais de cada Estado brasileiro subvertem a ordem jurídica eleitoral, regrando "ad hoc" por ato judicial o que o legislador eleitoral deveria ter normado por ato legislativo.

Tendo em conta todas essas premissas teóricas é possível afirmar a inconstitucionalidade da alínea "g". E por tal deve o Congresso Nacional proceder com sua revogação ou haver a declaração de sua inconstitucionalidade,

---

"Os postulados do Estado de Direito, da Democracia (art. 1º) e o princípio da reserva legal (Cf. art. 5º, II) impõem que as decisões normativas fundamentais sejam tomadas pelo legislador.

(...).

"A doutrina assinala, majoritariamente, que há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-se-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição. (...).

"É verdade que a identificação de uma delegação legislativa indevida, em virtude da adoção de cláusula de conteúdo abdicatório ou demissório, há de ser feita em cada caso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fornece, todavia, elementos para que se estabeleça uma orientação mais ou menos segura sobre o assunto.

"Embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de caráter demissório, a doutrina dominante sempre entendeu legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os standards, isto é, "os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa." Esforçando-se por sistematizar esse entendimento, afirma Carlos Maximiliano que seriam inconstitucionais as leis cujo conteúdo se cingisse ao seguinte enunciado:

"O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas."

Aceitam-se, porém, como legítimas fórmulas que enunciem, v. G.:

"Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) (...)".

"Na elaboração da lei devem ser evitados as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível caráter renunciativo. Elas representam inequívoca deserção da obrigação de deliberar politicamente e podem caracterizar afronta ao princípio da reserva legal." (grifos nossos)

seja no controle difuso (por qualquer órgão judicial) ou no controle concentrado de constitucionalidade (pelo STF).

III - REFORMAS JURISPRUDENCIAIS E CULTURAIS DO E NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

O direito eleitoral devido a estrutura da justiça eleitoral brasileira e do modo como ela tem procurado desincumbir sua missão nos últimos 15 anos, tornou-se um direito fortemente "jurisprudencializado". Um direito que para o seu escorreito entendimento e devida aplicação exige do operador jurídico que acompanhe as inúmeras mudanças que a jurisprudência "positiva" em cada eleição.

Além de uma legislação fragmentária que tornou inócua muitas disposições do velho Código Eleitoral de 1965, o direito eleitoral sofre a mudança não só da jurisprudência, mais de outro fenômeno encontrável somente na justiça eleitoral: o caráter inovador primário de muitas resoluções normativas do TSE, que alteram, ao talante discricionário de 07 ministros sem investidura popular, o próprio direito positivo. As críticas a essa tendência arredia ao Direito Constitucional brasileiro, expusemos em nosso artigo *Abuso do Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral - as eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral")*. Resenha Eleitoral - Revista Eletrônica do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, n. 3, jan./jun de 2012, acesso em 28.07.13.

14º

Abandono de falsas ideias: do pré-conceito do "candidato inimigo"[51], do "eleitor infante" e da "demonizacão da democracia representativa". Abandono dos neofascismos involuntários, retomados nas práticas institucionais por falta de perspectiva histórica e por esquecimento dos ideais de liberdade e respeito às garantias legais, constitucionais e convencionais conquistadas.

51 Interessante ler o instigante artigo de Marcelo Ramos Peregrino, "Direito Eleitoral do Inimigo", publicado no site empório do direito em 11.04.15, http://emporiododireito.com.br/direito-eleitoral-do-inimigo-por-marcelo-peregrino/

15º

Olharmos, no Brasil, para a história das democracias ocidentais e para o direito de voto e de candidatura como direitos fundamentais que asseguram a protetividade de todos os demais direitos, como nos demonstrou a história de Mandela e África do Sul, a luta pelas diretas já no Brasil e mesmo as lutas de Martin Luther King pelo direito de voto dos negros na década de 50 e 60 nos EUA. E como nos ensina o riquíssimo texto, componente do novo evangelho do direito eleitoral brasileiro, de Néviton Guedes, ao comentar os artigos 14 a 16, da Constituição Federal:

> "Com razão já se disse que os demais direitos inseridos numa Constituição, ainda que mais básicos, *seriam ilusórios* se o direito de participar das decisões políticas fundamentais da comunidade nacional não for assegurado. Nos Estados Unidos, por exemplo, já em 1886, a Suprema Corte daquele país pôde afirmar a qualidade de direitos fundamentais aos direitos políticos, precisamente, porque neles reconheceu, em última e mais elevada instância, a salvaguarda e defesa de todos os demais direitos. Portanto, não parece haver dificuldade em se aceitar que tanto o direito de votar como o de ser votado são daqueles direitos essenciais à preservação dos demais direitos fundamentais (como preferem os norte-americanos, *preservative of all rights*)." [52]

16º

Curarmo-nos, enquanto sociedade, da esquizofrenia política reinante: queremos o melhor da política e dos políticos, mas quem de nós se lança para política ou para ela aconselha que seus filhos a adentrem, ou a mocidade em geral a procure. A mídia e a opinião pública desenham ao País um quadro catastrófico da política e dos políticos, igualando todos os mandatários pelo pior critério de avaliação possível. Necessidade de se estimular de que os políticos que amam o ofício nele permaneçam e estímulo para que novas lideranças apareçam no cenário político e partidário. Desinteligência sobre o espaço da política na vida republicana: queremos

52 Em seus comentários aos artigos 14 a 16 *in*: - SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio, et all. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2014, p. 660.

política, mas não queremos fazê-la, vivê-la ou cooperar com ela. Fazemos pouco e pedimos muito.

17º

Abandonarmos a ideia de que a moralização da política se dê por repressão a partir do Direito Eleitoral. De que o Direito Eleitoral deverá curar as insuficiências dos processos de improbidade e penais criminais para excluir da vida pública pessoas que não mereçam a chancela popular por práticas ilícitas.

18º

Conscientizarmo-nos que o foco para a mudança é a educação, e a educação para servir a República, a educação cívica e civilizatória, com a divulgação dos valores do constitucionalismo e da democracia para todas as classes sociais, plasmando a consciência coletiva para valorizar as instituições republicanas, sem atitudes que enalteçam a democracia retoricamente, mas que, em termos pragmáticos, a enfraqueçam.

V - BIBLIOGRAFIA

ARCE, Jorge Luis Cáceres. *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano.* Arequipa/Peru: Adrus, 2007. 175 p.

BELAUNDE, Domingo Garcia. *La Constitución Y Su Dinâmica.* Lima: Palestra, 2006. 452 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico* [*Teoria dell'ordinamento giuridico*]. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1989. 184 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional,* 6 ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 372.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral.* 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

---. "Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art. 96 da lei eleitoral", acesso em 29.06.15, 08:32, http://www.

justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n060-2006-adriano-soares-da-costa.

---. "A sanção de inelegibilidade e o trânsito em julgado (a nova "inelegibilidade processual"). http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/2011/03/sancao-de-inelegibilidade-e-o-transito.html. Publicação de 26.03.2011, acesso em 30.06.15, 13:13h.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população. Análise do caso brasileiro.* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3153, 18 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21124>. Acesso em: 18 fev. 2012.

---. "A Constituição como garantia da democracia. O papel dos princípios constitucionais." In: - HABERLE, Peter, BELAUNDE, Domingo Garcia (coord.). *El Control de Poder: libro homenaj*e a Diego Valadés. Arequipa/Peru: Universidad Inca Garcilaso de La Veja, 2012. Tomo I, p. 739-753.

--- *A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável.* Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011.

---. *STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa?* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18790>. Acesso em: 2 maio 2011;

----. *Lei Ficha Limpa estadual e limites constitucionais de sua produção legislativa. Análise da inacessibilidade a cargos em comissão por condenados por improbidade administrativa sem trânsito em julgado: o caso da lei catarinense.* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3051, 8 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20385>. Acesso em: 8 nov. 2011;

----. *Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do "moralismo eleitoral").* Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21674>. Acesso em: 6 maio 2012.

---. *Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica.* Jus Navigandi,

Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22745>. Acesso em: 5 out. 2012.

---. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas.* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 02, jul./dez. 2003, p. 393-426.

---. *A Constituição como Garantia da Democracia: o papel dos Princípios Constitucionais.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 11, abr./jun. 2003, n. 44, p 75/86.

---. *Princípios e retorno do pêndulo – crítica ao chamado neoconstitucionalismo. Revista Interesse Público.* Belo Horizonte: Fórum, n. 87, ano 16, set./out. 2014, p. 63-67.

---. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.* 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

GUEDES, Néviton. *Quem só pode se defender dos fatos acaba sendo atingido pelo Direito,* publicação de 24.09.14, 20:47 h., acesso em 17.02.15, 14:00 h., http://www.conjur.com.br/2014-set-23/constituicao-poder-quem-defender-fatos-acaba-sendo-atingido-direito.

---. Comentários aos artigos 14 a 16. *in:* - SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio, et all. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2014. p. 655-689.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* [*Reine Rechtslehre*]. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991. 371 p.

KING, Martin Luther. "Nos deixem votar" in: - "Os melhores discursos de Martin Luther King: um apelo à consciência.", editado no EUA por Clayborne Carson e Kris Shepard, trad. Sergio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, 179 p, p. 49-54.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 2. ed. [*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*]. Trad. de José Lamego. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p.

MARCOS, Edgar Carpio. "La Primeira Cátedra Peruana de Derecho Constitucional." In: - HABERLE, Peter, BELAUNDE, Domingo Garcia (coord.). *El Control de Poder: libro homenaj*e a Diego Valadés. Arequipa/Peru: Universidad Inca Garcilaso de La Veja, 2012. Tomo II, p. 1473-1499.

MAZZUOLI, Valério. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa,* inserido na *Revista Trimestral de Direito Público,* nº 01, 1993, p. 262-263.

MUÑOZ, Òscar Sánchez. "La igualdade de Oportunidades em La Competicion Electoral." In: - *Direito Eleitoral – debates ibero-americanos: memórias do V Congresso Ibero-americano de Direito Eleitoral e do IV Congresso de Ciência Política e Direito Eleitoral do Piauí.* Curitiba: Íthala, 2014. p. 349-362.

NAVAS, Xionara. "La financiación electoral: subvenciones y gastos" - NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia, ZOVATTO, Daniel (compiladores). *Tratado de Derecho Electoral Comparado.* México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998. 856 p., p. 454-488.

NOHLEN, Dieter, SABSAY, Daniel. "Derecho electoral" In: - NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia, ZOVATTO, Daniel (compiladores). *Tratado de Derecho Electoral Comparado.* México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998. 856 p., p. 13-24.

PEREGRINO, Marcelo Ramos. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa - direitos políticos e inelegibilidades.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

---. *Direito Eleitoral do Inimigo.* Site empório do direito, publicado em 11.04.15, acesso em 30.06.15, 14:12h., http://emporiododireito.com.br/direito-eleitoral-do-inimigo-por-marcelo-peregrino/.

RADA, Francisco Miró Quesada. "La democracia directa em el Perú: aspectos constitucionales y procesales del referendum durante el régimen ditactorial de Alberto Fujimori". In: - CANTÚ, Hugo A. Conha (Coord.) *Sistema Representativo Y Democracia Semidirecta: memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.* México: Unam, 2002. p. 475-493.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. "A propósito del 'juez actor', del 'juez investigador' y del 'juez preservador', en el Derecho Procesal Constitucional." In: - HABERLE, Peter, BELAUNDE, Domingo Garcia (coord.). *El Control de Poder: libro homenaj*e a Diego Valadés. Arequipa/Peru: Universidad Inca Garcilaso de La Veja, 2012. Tomo I, p. 991-1004.

---. "Las Relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales em Materia de Derechos Humanos." In: SÁGUÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 247-266.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais – contas anuais, princípios e garantias constitucionais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VALLE, Rubén Hernández. "La Democracia Interna de Los Partidos Políticos". In: HERNÁNDEZ, Maria Del Pilar (coordinadora) *Partidos Políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas* – memória Del VII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitutucional. México: Unam, 2002. 376 p. (p. 145-161)

WOLDENBERG, José. "El Financiamento a La Politica." In: HERNÁNDEZ, Maria Del Pilar (coordinadora) *Partidos Políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas* – memória Del VII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitutucional. México: Unam, 2002. 376 p.

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA POLÍTICA

Enrique Pestana Uribe[1]

I. NOTA INTRODUCTORIA

No cabe duda que las organizaciones políticas, entendidas estas como los partidos y movimientos, cumplen un rol fundamental en todo sistema democrático, pues es a través de ellas que se canaliza el ejercicio de la voluntad popular expresada en las ánforas. De este modo el poder soberano del pueblo se concretiza mediante la participación política activa o pasiva, siendo así que la primera de ellas sólo puede darse en el ámbito de los partidos políticos, quienes luego participan en los procesos electorales para lograr la representación tanto en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo.

Sin la participación de las organizaciones políticas es absolutamente inviable la existencia de un Estado democrático de derecho, pero por otra parte es esencial contar con partidos políticos sólidos y con vocación de permanencia, que sean el medio idóneo para encausar los ideales, propuestas y anhelos de los distintos sectores de la sociedad. Sin embargo, ello sólo es factible cuando se dan las condiciones fácticas y jurídicas que

1 Abogado especializado en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y docente de la Academia de la Magistratura. Actualmente encargado de la jefatura del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones.

garantizan la organización y manejo transparente del partido bajo reglas claras basadas en sólidos principios democráticos.

Nuestro trabajo modestamente pretende esbozar una visión histórica sobre la formación y evolución de los partidos políticos en el Perú, su problemática y el papel que estos han cumplido en la vida republicana de nuestro país para, finalmente, hacer algunas reflexiones sobre aquello que podemos considerar positivo para el sistema democrático y sobre lo que desde nuestra perspectiva habría que hacer para mejorar la formación, actuación y funcionamiento de las organizaciones políticas, todo lo cual pasa, necesariamente, por una profunda reforma política que lamentablemente hasta el momento no se ha podido plasmar, muchas veces por soterrados intereses de grupo o simplemente por puro cálculo político.

II. SOBRE EL ORIGEN Y CONCEPTO DE PARTIDO POLÍTICO

La existencia de los partidos políticos ciertamente no es de reciente data. Como bien lo señala Maurice Duverger[2], los verdaderos partidos aparecieron hace apenas un siglo, y en 1850 ningún país del mundo - con excepción de los Estados Unidos - conocía partidos políticos en el sentido moderno de la palabra. Para Duverger el nacimiento de los partidos políticos está ligado al de los grupos parlamentarios y los comités electorales.

Según Fernando Tuesta Soldevilla[3], "*Los primeros estudios sistemáticos sobre partidos políticos se desarrollaron al interior de teorías generales sobre democracia, desde Moisei Ostrogorski o Robert Michels hasta Maurice Duverger, pasando por los contemporáneos Giovanni Sartori o Manuel García Pelayo quien sostiene, por ejemplo, que el Estado democrático será siempre un Estado de partidos*". Tuesta también nos dice que el propio término "*partido*" ha tenido un largo recorrido, confundiéndose y superponiéndose en muchas oportunidades con otros, como *facción o secta*, por lo que ha llegado a tener una connotación negativa. En efecto, es un hecho que no sería posible siquiera imaginar un Estado constitucional de derecho sin la existencia de un sistema de partidos, pues son estos la vía comunicante entre la

2 DUVERGER, Maurice. Los Partidos Políticos. Fondo de Cultura Económica. Vigésimo tercera edición. México 2014. p. 15

3 TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Sistema de Partidos Políticos en el Perú 1978-1995. Fundación Friedrich Ebert.

voluntad popular y el ejercicio del poder, sobre todo en los sistemas de representación democrática.

Por su parte, Carl J. Friedrich señala que *"un partido es un grupo de seres humanos que tienen una organización estable con el objetivo de conseguir o mantener para sus líderes el control de un gobierno y en el futuro dar a los miembros del partido ventajas materiales e ideales por medio de tal control"*[4], mientras que para Giovani Sartori[5] puede denominarse partido a *"cualquier grupo político que se presenta a competir en elecciones y que puede colocar mediante ellas a sus candidatos en cargos públicos"*.

Como podemos advertir, el concepto de partido político está esencialmente ligado al ejercicio del poder como parte fundamental del fenómeno político, sin el cual carecería de sentido alguno. Pero ello parte asimismo del concepto de organización social y sobre todo del Estado como resultado de la estructura jurídica que le ha sido dotada a la Nación mediante la Constitución, pues es a partir de allí que nace la necesidad de dirigir los poderes públicos - entiéndase el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo - y que ello se logre mediante la representación popular a través de elecciones que, a sus vez, solo pueden canalizarse democráticamente mediante el sistema de partidos.

Para Andrés Malamud[6], los partidos políticos, en la acepción más amplia del término, poseen hoy una característica significativa: su universalidad. No hay casi país independiente que pueda exhibir un sistema político carente de partidos, a no ser por dos casos particulares: un puñado de sociedades tradicionales de estructura familiar patrimonial como las que pueblan el Golfo Pérsico, y las dictaduras militares que son, sin embargo, fenómenos siempre temporarios. Aparte de tales excepciones, y no obstante el tipo de régimen, la ubicación geográfica o los antecedentes históricos, cada Estado-nación cuenta con (al menos uno de) estos actores institucionales. Más aún, ninguna democracia occidental -u occidentalizada— es concebible sin ellos.

4 FRIEDRICH, Carl J. Teoría y realidad de la organización constitucional democrática. Fondo de Cultura Económica. P. 297.

5 SARTORI, Giovanni. Partidos y Sistemas de Partidos. Alianza Editorial. Madrid. 1980.

6 PINTO, Julio (compilador). Introducción a la Ciencia Política, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2003 (cuarta edición).

Pero, no cabe duda que los partidos desde su génesis han estado asentados en los intereses, ya sean personales o de grupo, de quienes los conforman y que estos intereses ya sean económicos o políticos, han sido un factor determinante para la adopción de las ideologías más diversas, desde la ultraderecha más recalcitrante hasta la extrema izquierda más delirante, puesto que después de todo y, al final de cuentas, siempre se trata de lo mismo: de una lucha constante entre sectores diversos de la sociedad que de una u otra forma tratan de defender y preservar sus intereses de grupo de manera organizada.

Tal como lo señala Paoli[7], conforme las sociedades se van haciendo más complejas, los partidos van asimilando la necesidad de captar la pluralidad de intereses y condiciones sociales. Agrega que hay un cierto movimiento paralelo entre las sociedades y los partidos. Así, en la medida que se trata de sociedades más simples, con menor división del trabajo, y pasan de una solidaridad *mecánica* a otra *orgánica*, los partidos tienen un condicionamiento que les permite avanzar dejando atrás los intereses parciales y construirse como entidades de interés general o público. Esta condición sociológica, es la que en términos generales se advierte, cuando se reconoce y define a los partidos a nivel constitucional, después de la segunda guerra mundial.

III. LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.

La historia de los partidos políticos en el Perú nos demuestra las vicisitudes que las primeras organizaciones tuvieron que pasar para alcanzar sus objetivos en los albores de nuestra vida republicana y sobre todo los intereses sociales y económicos que estaban detrás de ellas. Pero la pregunta que cabría hacerse es ¿Cuándo empiezan los partidos políticos en el Perú? Al respecto, Jorge Basadre en el prólogo del libro "Historia de los Partidos" de Santiago Távara[8] nos dice que el primer intento se dio con el "Club Progresista" fundado durante el proceso electoral de 1851 que

7 PAOLI BOLIO, Francisco. Constitucionalización de los partidos políticos en América Latina. En: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 2002. p. 236.

8 TAVARA, Santiago. Historia de los Partidos. Biblioteca de la República Volumen I. Editorial Huascarán. Lima 1951. p. XLVIII y XLIX

auspició la primera candidatura civil de Domingo Elías, conocido como "el hombre del pueblo".

Sin embargo, el mencionado historiador refiere que el primer partido político con nombre de tal fue el Partido Civil, fundado por Manuel Pardo durante el proceso electoral de 1871 y 1872, aun cuando entre 1872 y 1881 se llegó a hablar de un partido "nacional" y hasta de un partido "constitucional", ninguno de los cuales por cierto tuvo organización definida. Posteriormente, tuvieron algún protagonismo el partido demócrata organizado en 1884 por Nicolás de Piérola, mientras que en el siglo XIX aparecen el partido liberal de Augusto Duran, así como la Unión Nacional y el partido constitucional fundado por Andrés Avelino Cáceres.

Por su parte, en un valioso trabajo de Henry Pease y Gonzalo Romero[9] se hace referencia a la "República aristocrática", señalando que durante ella tuvieron participación el Partido Civil y el Partido Demócrata, pero agregan que pese a la existencia de estos partidos, "*es difícil hablar de un verdadero proceso democrático, no solo porque la mayoría de los peruanos no tenían el derecho del sufragio, sino también a que las elecciones rara vez fueron competitivas. Esa coyuntura se debió principalmente a dos factores: usualmente antes de las elecciones, los miembros de los partidos políticos que representaban a la oligarquía tendían a acordar una solo candidatura, lo que significaba que ni siquiera había competencia dentro de ese reducido grupo; y cuando este acuerdo no estaba presente, el control de los organismos electorales por un partido político significaba que las elecciones no serían libres ni justas*".

En la misma línea de lo antes mencionado, Fernando Tuesta Soldevilla[10] sostiene que "Los primeros gobiernos republicanos, salvo contadas excepciones, estuvieron signados por el fraude y la intriga, y no tuvieron como origen el sufragio sino un sinnúmero de revueltas, sublevaciones y golpes de Estado". Tuesta agrega que a lo largo de medio siglo de República, la inestabilidad política fue la característica constante de la vida institucional: partidos y sistema de partidos inexistentes, participación política restringida, sufragio censitario y antidemocrático, lucha de caciques regionales y pugna entre caudillos, lo cual facilitó los golpes militares, las

9 PEASE GARCIA, Henry y ROMERO SOMMER, Gonzalo. La Política en el Perú del Siglo XX. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 2013. p. 41-46

10 TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Sistema de partidos políticos en el Perú 1978-1995. Fundación Friedrich Ebert.

guerras civiles y las guerras internacionales que, a su vez, conformaron elementos autodestructivos de la propia democracia política.

Ahora bien, independientemente de los elementos facticos que caracterizaron a los primeros partidos políticos que se constituyeron en el Perú republicano, también es relevante la configuración constitucional que tuvieron en las sucesivas normas fundamentales que han regido desde 1823 hasta la actualidad, pues dicho aspecto nos muestra la evolución jurídica y política así como también los cambios que las organizaciones políticas sufrieron históricamente. Al respecto, cabe precisar que en ninguna de las Cartas Fundamentales desde la de 1823 hasta la de 1933 se hace mención expresa a los partidos políticos, sino es hasta la de 1979 que en su artículo 68 se señala que *"Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley. Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos."*

Por su parte, la actual Constitución prescribe en su artículo 35° que *"Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general".*

Como podemos constatar, la configuración constitucional de los partidos políticos aparece por primera vez con la Constitución de 1979, es decir hace 38 años, pese a que en la práctica los partidos existieron desde 1871, teniendo activa participación en los procesos electorales de aquella época.

Sin embargo, más allá de esta larguísima omisión constitucional, tenemos que para los constituyentes de 1979 y de 1993 los partidos políticos son parte fundamental del sistema democrático y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular. Incluso la actual Constitución les reconoce personería jurídica a partir de su inscripción en el registro

de organizaciones políticas (ROP), dependencia que se encuentra a cargo del Jurado Nacional de Elecciones, con lo cual gozan de vida orgánica al estar dotados de estamentos internos, estatutos, idearios, etc., pudiendo además desarrollar actividades proselitistas y participar activamente en la vida política del país.

No menos relevante es que en los últimos años el escenario político peruano no solo ha estado dominado por las organizaciones políticas de alcance nacional, sino también por movimientos regionales que han ido adquiriendo mayor protagonismo, a tal punto que en buena parte de las circunscripciones han logrado desplazar a los grandes partidos haciéndose de la mayoría de los gobiernos subnacionales (municipios y gobiernos regionales). Esto se debe, según Fernando Tuesta Soldevilla[11] , a que en la década de 1990 *"el Perú se sumergió en un acelerado proceso de fraccionamiento político, tanto a nivel nacional como subnacional"*. Para Tuesta, desde una perspectiva multinivel se observa algo más complejo de aquello que se muestra a nivel nacional. El referido autor señala que si bien los partidos históricos y emergentes lograron copar la representación nacional, ambos fueron perdiendo elecciones a nivel subnacional, donde nuevas organizaciones de alcance regional local se hicieron del poder.

Es evidente, pues, que el fraccionamiento de los partidos políticos se debió a que muchos de ellos no lograron "sintonizar" con el clamor y las expectativas de los pueblos al interior del país, lo que hizo que la población no se sintiese representada por las organizaciones políticas tradicionales, volcando sus esperanzas en movimientos locales o regionales de muy reciente creación y sin mayor trayectoria política. Por otra parte, la debilidad de los partidos ha generado la aparición de candidaturas improvisadas y emergentes que se han sostenido sobre la base de organizaciones políticas que les han brindado su vigencia y habilitación para posibilitar su candidatura. Así, los llamados "vientres de alquiler" han servido para encaramar a candidatos fulgurantes que generalmente no han tenido mucho éxito en las contiendas electorales, pero cuya participación en los sucesivos comicios demuestra la precariedad de nuestro sistema de partidos.

11 TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Partidos Políticos y Elecciones. Representación Política en América Latina. Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones. Primera Edición. Lima-2016. p. 251 a 256.

IV. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS, PARTIDOS Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

La configuración del Estado peruano y fundamentalmente su modelo político se asientan en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno, tal como lo establece el artículo 3 de la Constitución de 1993. Tales principios, que constituyen preceptos básicos sobre los cuales se sostiene el entramado constitucional, dan a su vez sustento a lo expresado en el artículo 43 de la Norma Fundamental cuando señala que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana, que su gobierno es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Por su parte, el artículo 45 de la Constitución prescribe que el poder del Estado emana del pueblo, con lo cual se rescata el concepto de soberanía popular como máxima expresión de la voluntad del pueblo, primero delegada en el poder constituyente y luego trasladada al poder constituido mediante el sistema representativo de gobierno.

Obviamente, la representación política solo puede lograrse dentro de un esquema de participación democrática, en el que los ciudadanos puedan expresar sus ideales respecto al modo en que se debe gobernar una Nación y los mecanismos más equitativos para acceder al poder, pues es el ejercicio de ese poder el que determina la plena vigencia del sistema representativo de gobierno.

Ahora bien, en todo sistema democrático la decisión soberana del pueblo sólo puede ser expresada en las urnas a través del voto, pero es mediante las organizaciones políticas que se concretiza dicha participación, bien sea con la simple militancia en ellas o a través de una candidatura. Empero, sin el derecho al sufragio no es posible hablar de un auténtico sistema democrático y como acertadamente señala Manuel Aragón[12] *"no basta el carácter universal del sufragio para considerarlo democrático: ha de ser también libre, igual, directo y secreto. El voto de los ciudadanos ha de valer igual, ha de emitirse sin intermediarios y ha de ser la manifestación de una decisión libre, esto es, de una voluntad no coaccionada"*.

12 Aragón, Manuel. Derecho de Sufragio: Principio y Función. En: Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. Volumen I. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición México 2007. p. 163

Aragón agrega que hoy en día no cabe desconocer la función mediadora, articuladora, que cumplen los partidos en la representación política. Esa importante función incluso les está reconocida de manera expresa en casi todas las constituciones latinoamericanas (Argentina, art. 38; Bolivia, arts. 222-224; Brasil, art. 17, Colombia, arts. 107-111; Costa Rica, arts. 96 y 98; Chile, art. 19.15; Ecuador, arts. 36-38; El Salvador; arts. 77 y 85; Honduras, art. 47; México, art. 41; Nicaragua, art. 55; Panamá, arts. 132-135; Paraguay, arts. 124 y 125; Perú, art. 35).

Sin perjuicio del listado anterior, nosotros mencionaremos con especial énfasis lo prescrito por el artículo 77 inciso 11 de la Constitución Uruguaya, el cual no solo le encomienda al Estado velar por el aseguramiento de la más amplia libertad a los Partidos políticos, sino que además también les exige a estos ejercer efectivamente la democracia interna en la elección de sus autoridades y dar la máxima publicidad a sus Cartas Orgánicas y Programas de Principios, en forma tal que el ciudadano pueda conocerlos ampliamente. Creemos, en ese sentido, que la Carta uruguaya ha ido más allá de una simple asignación de roles a las organizaciones políticas al imponer también condiciones claras respecto a cómo es que éstas deben de conducirse.

Pero es obvio que no basta con la existencia de partidos políticos adecuadamente estructurados y que puedan actuar con libertad plena para que se garantice el libre ejercicio del juego democrático, sino que además deben darse las condiciones mínimas para que aquellos puedan participar activamente en los procesos electorales de manera igualitaria y con reglas claras que sean respetadas por todos los actores sociales.

Al respecto, como lo afirma Erich Luna[13], las tres condiciones fundamentales que poseen los procesos electorales en los países democráticos son: 1) la libre elección de los ciudadanos, es decir, que el voto de los ciudadanos sea libre; 2) el hecho de que no exista únicamente un partido; y 3) que cualquier partido tenga la posibilidad de ganar. En relación a la primera condición, poco es lo que podríamos decir adicionalmente, pues se trata de algo absolutamente esencial e indiscutible que no admite disquisición alguna. Sobre la segunda, no obstante, debemos de entender que está referida a que el Estado debe garantizar la pluralidad de opciones

13 Luna Jacobs, Erich. El sistema electoral durante la República Aristocrática (1895-1919). Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Primera Edición Lima 2014. p, 24.

políticas, pues de lo contrario bajo ningún supuesto podríamos hablar de un auténtico sistema democrático. La existencia de dos o más partidos posibilita la alternancia en el ejercicio del poder, aun cuando en muchos casos esta condición no la garantiza necesariamente, como en efecto ocurrió durante más de 70 años en México donde el Partido Revolucionario Institucional (PRI) obtuvo victorias sucesivas y gobernó el país sin alternancias desde 1930 hasta el 2000.

V. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTIDOS.

Tal como nos lo recuerda Iván Escobar,[14] fue Grecia la cuna de la democracia, de la cual heredamos tradiciones y principios. Grecia estaba compuesta por pequeñas ciudades-Estado, la *polis,* integrada por un territorio, población y gobierno propios y autónomos. Son pequeños Estados con su propia fisonomía, derecho y vida peculiar como Atenas y Esparta. La Asamblea del pueblo o *ecclesia,* dice Escobar, era el fundamento del sistema democrático directo.

Aludiendo al profesor español Javier Pérez Royo, el referido autor sostiene que, debido a su reducida dimensión y el poco tiempo de vida, la democracia ateniense tuvo escasa influencia en la democracia de los Estados constitucionales modernos. Agrega que la reflexión relevante sobre la democracia directa se produce con la Revolución francesa. No está de más decir que el constitucionalismo del siglo XVIII se inspiró en los ideales de la política inglesa que propugnaba el reconocimiento de los derechos individuales, la separación de poderes y el principio de la soberanía popular. Estas ideas se convirtieron en realidad en dos revoluciones: a) en la revolución norteamericana, que estableció en la Constitución de 1787 un régimen liberal que tiene más de 200 años de duración, y b) la Revolución francesa de 1789 que estableció un régimen democrático liberal, cuyos ideales fueron consagrados en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano y que posteriormente sirvieron de inspiración para la aprobación de los primeros tratados sobre derechos humanos.

14 ESCOBAR FORNOS, Iván. El Sistema representativo y la democracia semidirecta. En: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 2002. p. 127.

Por su parte Le Brazidec[15] sostiene que la opinión según la cual el régimen representativo, común al conjunto de las llamadas "democracias pluralistas", es la única y verdadera forma de democracia, tal como lo afirma Bockenforde, es bastante compartida tanto en la doctrina *iuspublicista* como en ciertas escuelas de ciencia política. Le Brazidec afirma que, en este sentido, se puede considerar que el criterio principal del régimen representativo es la elección de los dirigentes por el sufragio universal, a través de elecciones competitivas, disputadas y con periodicidad regular.

Según Pierre Bourdieu[16], si se puede afirmar que hoy las en día todas las democracias consolidadas son "representativas", también podríamos considerar la representación como "un coup de forcé symbolique". Para Brazidec las democracias pluralistas (o liberales) articulan, según la ciencia política, dos nociones muy distintas: por una parte, "un principio representativo, en virtud del cual el pueblo, reputado soberano, delega a un pequeño número la facultad de expresar su voluntad; por otra parte, un principio liberal que privilegia la libre confrontación de los candidatos a la representación".

VI. EL ROL CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

Los partidos políticos cumplen una función dentro del sistema democrático, y esta se encuentra delimitada en la propia Constitución política en cuyo artículo 35 se establece que las organizaciones políticas concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular.

Paoli sostiene que en América Latina los partidos aparecen en una primera etapa con influencia del sistema norteamericano, en la que se desarrollan en sistemas bipartidistas. El surgimiento de los partidos en Estados Unidos es anterior a la experiencia partidaria europea. De hecho el primer sistema de partidos que surge en la escena política de occidente es el americano[17].

15 LE BAZIDREC, Gwénael. Régimen representativo y democracia directa: hacia la participación política de los ciudadanos. En: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 2002. p, 347.

16 BOURDIEU, Pierre. Delegation et Fétichisme, Chose dites. Paris. Editorial de Minuit. 1987. P. 194

17 Ob. Cit. P. 238.

Un aspecto que indudablemente ha resaltado en la historia de la vida política de nuestro país, ha sido la marcada tendencia al caudillismo, o si se quiere al personalismo del líder y fundador, como ocurrió con el Partido Civil fundado por Manuel Pardo, tradición que se mantuvo en otras épocas por Fernando Belaunde con Acción Popular, Luis Bedoya Reyes en el Partido Popular Cristiano y con Haya de la Torre en el partido aprista peruano. En tiempos recientes esa misma tendencia perniciosa y a todas luces dañina para todo sistema democrático, aún se mantiene en nuestro país, porque podemos ver partidos formados y dirigidos por una misma familia en los que se rinde un verdadero culto a la personalidad del "dueño del partido" y en los que se forjan auténticas dinastías hereditarias en favor de los cónyuges, hermanos o hijos.

Nuestra sistema político dista mucho del americano en el que los dos grandes partidos (Demócrata y Republicano) nunca presentan dos veces a un mismo candidato presidencial y en donde la figura del líder máximo o jefe fundador sencillamente no existe o no es admitida, permitiendo no solo una constante renovación de cuadros, sino también de candidaturas elección tras elección. Esto desde luego facilita al elector una variedad enorme de opciones respecto a las cuales escoger cada cuatro años, salvo aquellos casos en los que el presidente en ejercicio opta por presentarse a la reelección.

Sin duda, las reformas que están orientadas a afianzar la democracia interna y a eliminar la designación a dedo o por aclamación, constituyen una de las medidas esenciales para alcanzar un auténtico desarrollo y evolución de nuestro todavía precario sistema democrático.

VII. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA POLÍTICA.

Tanto un grueso sector de la clase política como no pocos estudiosos y entendidos en materia electoral, concuerdan en que el Perú requiere de una urgente reforma política. Sin embargo, para todos queda absolutamente claro que toda reforma, que siempre implica cambios, a veces moderados, a veces revolucionarios y drásticos, necesariamente debe respetar los cimientos o principios fundamentales sobre los cuales se erige el actual edificio constitucional. De allí que una eventual reforma política deberá asentarse sobre los principios de Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y de separación de poderes.

Creemos firmemente que uno de los aspectos que deberá abordarse es el del retorno al sistema bicameral del Poder Legislativo. Ello porque así lo reclama nuestra historia constitucional, que nos demuestra que salvo en las Cartas de 1823, 1826 y 1867, además de la actual que instauraron sistemas unicamerales o incluso tricamerales, en todas las demás siempre hemos contado con dos Cámaras legislativas. El constitucionalismo comparado nos permite comprobar que en los países en los que existe un Senado, las fuerzas políticas presentan un mayor equilibrio y evitan el abuso del asambleísmo y la dictadura de la Cámara única. Además, el Senado siempre aporta experiencia y reflexión en las discusiones más delicadas y trascendentales. Convendría también asignarle tareas de gran relevancia como la elección de los altos funcionarios de la República, o tener la última palabra respecto a controversias que podrían presentarse respecto a la observación o insistencia de un proyecto de ley previamente aprobada por la Cámara de Diputados.

No menos importante ha sido la participación de destacadas figuras históricas y renombrados intelectuales en las Cámaras de senadores desde los albores de la República. Así, han pasado por el Senado personajes ilustres como Francisco García Calderón, Manuel Pardo y Lavalle, Manuel Candamo, Mariano H. Cornejo, José Gálvez Barrenechea, Ramiro Prialé, Luis Alberto Sánchez, Manuel Ulloa Elías, Felipe Osterling, Sandro Mariátegui, Javier Valle Riestra, Andrés Aramburú Menchaca, Enrique Bernales, Enrique Chirinos Soto, Ernesto Alayza Grundy, Manuel Moreyra, solo por citar algunos nombres.

Otro de los temas que habría que abordar, es el de prohibir la reelección inmediata de los congresistas y la posibilidad de que estos puedan renunciar al cargo. Sobre este tema, mucho es lo que se ha dicho sobre la constante reelección de algunos congresistas, sin tenerse en cuenta que toda democracia necesita de una verdadera "clase política" basada en la experiencia ganada a través de los años de ejercicio en la función parlamentaria, como en efecto ocurre en países con sistemas democráticos más avanzados. En países como Alemania o Reino Unido, se valora muchísimo la trayectoria de los parlamentarios más antiguos, a tal punto que suelen integrar comité consultivos al interior de las Cámaras.

No menos importante es la discusión relacionada con la posibilidad de establecer que la elección del Congreso se realice en la segunda vuelta electoral, evitándose de este modo que quien resulte elegido para ejercer

la presidencia de la República cuente también con la primera mayoría en el Poder Legislativo, evitándose situaciones que podrían generar inestabilidad política a consecuencia de enfrentar un Parlamento adverso y en algunas ocasiones obstruccionista.

No debemos olvidar que el Perú ha optado como modelo constitucional por tener un hibrido entre el sistema presidencialista puro americano y el parlamentarismo europeo, de tal suerte que no obstante contar con un presidente que es a la vez jefe del Estado y jefe del Poder Ejecutivo, se apoya en un gabinete que solo puede perdurar mientras cuente con la confianza del Congreso.

Es menester tener en cuenta que toda reforma política requiere de medidas legislativas que demanda en la mayoría de los casos de reformas legales y en algunos casos incluso constitucionales, para lo cual se necesita llegar a un amplio consenso de las fuerzas políticas asentadas en el Congreso, pero sucede que muchas veces las medidas que deben adoptarse colisionan con los propios intereses de quienes tendrían que aprobar dichos cambios.

VIII. REFLEXIONES FINALES

- Podemos aseverar, con absoluta firmeza, que los partidos políticos constituyen una pieza clave para la existencia del sistema democrático y sin los cuales no es posible consolidarlo. No obstante, es un hecho que poco es lo que hasta ahora se ha logrado respecto al desarrollo de las organizaciones políticas y su consolidación dentro del sistema de partidos. Urge por ello diseñar nuevas estrategias y políticas públicas orientadas a mejorar los vínculos entre los partidos y la sociedad. El evidente desgaste de la imagen de los partidos tradicionales ha sido un factor determinante para que no exista esa necesaria conexión entre el pueblo y las organizaciones políticas.
- No cabe duda que una de las tareas más inmediatas es reforzar la enseñanza de la Constitución en todos los niveles educativos sin excepción, incidiéndose esencialmente en los valores cívicos, los derechos civiles y políticos, así como promover la participación de la ciudadanía en el quehacer nacional a través de los partidos y movimientos políticos. Mientras no se inculque el concepto de

"ciudadanía" en la población peruana, será muy difícil mejorar los niveles de participación política activa en el quehacer nacional.

- También se torna necesario mejorar la legislación electoral a fin de incidir en temas como la democracia interna de los partidos, las elecciones primarias, la proscripción de actos discriminatorios y la renovación de cuadros, lo que permitirá la alternancia en las candidaturas y desterrará el caudillismo, el personalismo y los partidos familiares o de grupo. En este ámbito, los organismos que conforman el sistema electoral deberán de cumplir un importante rol de constante supervisión y control.
- Se hace indispensable mejorar los sistemas de representación política, facilitando la participación de sectores vulnerables o con poco acceso a los cargos de elección popular, como las mujeres, las comunidades campesinas o nativas, los jóvenes y los residentes en el extranjero. En ese sentido, son particularmente interesantes e innovadoras las propuestas que desde abril del presente año ha formulado el Jurado Nacional de Elecciones a través del proyecto de Código Electoral, el cual se encuentra en discusión en el Congreso de la República.
- Es necesario impulsar los sistemas de representación directa y sobre todo el ejercicio de los mecanismos de consulta popular como el referéndum en aquellos temas que requieran de un amplio consenso nacional o, en todo caso, una decisión mayoritaria que no pueda ser cuestionada por ningún sector de la ciudadanía.
- Sería conveniente discutir la posibilidad de que el Presidente de la República, con la aprobación del Consejo de Ministros y la aprobación del Congreso pueda adelantar las elecciones cuando se presenten graves crisis de gobernabilidad o que pongan en grave peligro la continuidad del sistema democrático. Uno de los mayores problemas de los gobiernos es la legitimidad con la que cuentan para ejercer el poder sin inconvenientes y la fuerza necesaria para llevar adelante sus políticas. Cuando dicha legitimidad se ve seriamente comprometida, es mejor acudir a las urnas para renovar los Poderes públicos mediante el voto del único soberano: el pueblo. Incluso podría estudiarse la viabilidad de una reforma constitucional que habilite al Presidente de la República a disolver el Congreso una sola vez durante su mandato sin necesidad de que este haya censurado o

negado la confianza a dos Consejos de Ministros como actualmente lo establece el artículo 134 de la Constitución.

- Finalmente, convendría estudiar el efecto que el financiamiento público de los partidos políticos habrá de tener a futuro y si dicho financiamiento debería ser limitado a determinadas actividades o permitirse su libre utilización durante las campañas electorales. Asimismo si el mecanismo de asignación de los recursos por dicho concepto es o no el más adecuado y si debería otorgarse a todo partido con registro vigente, independientemente del caudal de votos que haya obtenido en las últimas elecciones.

LA VUELTA A LA REELECCIÓN INMEDIATA DEL ALCALDE AFECTA AL ESTADO CONSTITUCIONAL

José A. Villafuerte Charca[1]

1. PRESENTACIÓN.

La municipalidad es una institución que normativamente ingresa por la puerta grande al constitucionalismo peruano gracias a la Constitución Política de la Monarquía Española (1812), pero al mismo tiempo tuvo un tránsito accidentado al extremo que la Constitución Política de la República Peruana de 1839 la suprime hasta que fue recuperada por la Constitución de 1979, que además proclamó su autonomía, en el marco del concepto de la descentralización y la decisión de hacerla efectiva.

La municipalidad es la persona jurídica de derecho público que posibilita gobernar la localidad.

Con el transcurso del tiempo se instituyó la figura del alcalde como el funcionario público con capacidad para ejecutar los actos propios del gobierno local previstos por la Constitución y la ley de la materia.

Con las constituciones de 1979 y la de 1993 se consolida el derecho del pueblo a participar en la cosa pública local y en esa dirección se reconoce su derecho a elegir al alcalde.

---

1 Abogado. Docente Universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Este servidor público tiene poder otorgado por el pueblo, en la actualidad constitucionalizado por la Constitución de 1993 y legalizado por la Ley Orgánica de Municipalidades.

El uso del poder delegado, se ha convertido en abuso del poder, tanto así que los alcaldes en ejercicio buscan su reelección, así por ejemplo, en el Congreso se han presentado CINCO Proyectos de Ley en ese sentido.

En este trabajo hago una presentación esquemática del tratamiento constitucional de la figura del alcalde y su elección en el Perú, posteriormente cito los textos normativos que prohíben la reelección y sus justificaciones, para después citar la fórmula legal y la justificación de cada uno de los Proyectos de Ley que pretenden constitucionalizar la reelección del alcalde; posteriormente cito información confiable que muestra el comportamiento de aquel servidor público, que sirve de argumento para fundamentar la posición de la no reelección de la máxima autoridad edil, como factor de fortalecimiento de la descentralización en el marco de una Reforma Integral del Estado.

2. INTRODUCCIÓN.

LA ELECCIÓN DEL ALCALDE EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS PERUANAS.

CONSTITUCIÓN	TEXTO CONSTITUCIONAL
1812 **Constitución Política de la Monarquía Española**	**Art. 312.-** "Los alcaldes, regidores y procuradores síndicos se nombrarán por elección en los pueblos, cesando los regidores y demás que sirvan oficios perpetuos en los ayuntamientos, qualquiera que sea su título y denominación". **Art. 313.-** "Todos los años en el mes de diciembre se reunirán los ciudadanos de cada pueblo, para elegir á pluralidad de votos, con proporción á su vecindario, determinado número de electores, que residan en el

	mismo pueblo y estén en el excercicio de los derechos de ciudadano." **Art. 314.-** "Los electores nombrarán en el mismo mes á pluralidad absoluta de votos, el alcalde ó alcaldes, regidores y procurador ó procuradores síndicos, para que entren a excercer sus cargos el primero de Enero del siguiente año". **Art. 315.-** "Los alcaldes se mudarán todos los años, los regidores por mitad cada año, y lo mismo los procuradores síndicos donde haya dos: si hubiera solo uno, se mudará todos los años." **Art. 316.-** "El que hubiere excercido qualquiera de estos cargos no podrá volver á ser elegido para ninguno de ellos sin que pasen, por lo menos, dos años, donde el vecindario lo permita".
1821 **Estatuto Provisional de Sección Sexta**	**Art. 1.-** "Las municipalidades subsistirán en la misma forma que hasta aquí, y serán presididas por el presidente del departamento." **Art. 2.-** "Las elecciones de los miembros del cuerpo municipal desde el año venidero, se harán popularmente, conforme al reglamento que se dará por separado."

1823 **Constitución Política de la República Peruana**	**Art. 138.-** "En todas las poblaciones, sea cual fuere su censo, habrá Municipalidades compuestas del Alcalde ó Alcaldes, Regidores, Síndico ó Síndicos, correspondientes; en la inteligencia de que nunca podrá haber menos de dos Regidores, ni más de diez y seis, dos Alcaldes y dos Síndicos". **Art. 139.-** "La elección de estos individuos se hará por colegios electorales de parroquia, renovándose la mitad cada año según el reglamento respectivo".
1826 **Constitución para la República Peruana**	**Art. 128.-** "Donde el vecindario en el pueblo, ó en su comarca pase de mil almas, habrá (á más de un juez de paz por cada doscientas) un alcalde, y en donde el número de almas pase de mil, habrá por cada dos mil un alcalde." **Art. 131.-** "Los alcaldes y jueces de paz, se renovarán cada dos años, pero podrán ser reelegidos."
1828 **Constitución Política de la República Peruana**	**Art. 140.-** "En toda la población que por el censo debe tener colegio parroquial, habrá junta de vecinos denominada Municipalidad." **Art. 143.-** "El número de municipalidades, las reglas de su elección, y sus peculiares atribuciones, serán determinadas por una ley".

1834 **Constitución Política de la República Peruana**	**Art 137.-** "En las capitales de departamento y de provincia habrá una junta de vecinos denominada Municipalidad. El número de municipales, las calidades de los elegibles, las reglas de su elección, sus atribuciones y el tiempo de su servicio serán determinados por una ley, que tenga por base la población y respectivas circunstancias locales."
1837 **Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana**	
1839 **Constitución Política de la República Peruana**	Nota: suprime las municipalidades, creando la autoridad del prefecto y subprefecto
1856 **Constitución de la República Peruana**	**Art 114.-** "Habrá Municipalidades organizadas conforme á la ley en todos los lugares que esta designe." **Art. 116.-** "La elección de los municipales se verificara por los ciudadanos en ejercicio en la forma que la ley designe y no podrán ser elegidos los eclesiásticos ni los empleados que reciben dotación del Estado."
1860 **Constitución Política del Perú**	**Art 118.-** "Habrá Municipalidades en los lugares que designe la ley; la cual determinará sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos."

1867 **Constitución Política de la República Peruana**	**Art. 115.-** "Habrá Municipalidades en las Capitales de provincia; y en las ciudades, aun cuando no tengan este carácter; y agencias municipales en los distritos. Una ley determinará sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos."
1920 **Constitución para la República del Perú**	**Art. 141.-** "Habrá Municipalidades en los lugares que designe la ley, la cual determinará sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos."
1933 **Constitución Política de la República**	**Art. 190.-** "La ley fijará el número de miembros de cada Consejo Departamental, los que serán elegidos por sufragio directo y secreto, dándose representación a las minorías, con tendencia a la proporcionalidad. Los Consejos se renovarán cada cuatro años. Sus miembros no pueden ser reelectos."
1979 **Constitución Política del Perú**	**Artículo 253.-** "Los alcaldes y regidores de los Concejos Municipales son elegidos, en sufragio directo, por los vecinos de la respectiva jurisdicción. Los extranjeros residentes por más de dos años continuos pueden elegir. También pueden ser elegidos, salvo en las municipalidades fronterizas. El Concejo Municipal consta del número de regidores que señala la ley, de acuerdo con la población correspondiente. Es presidido por el Alcalde. Cuando el número de regidores es de cinco o más, se da representación a las minorías."

1993 **Constitución Política del Perú**	**Artículo 194.-** Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. **Pueden ser reelegidos**. Su mandato es revocable e irrenunciable, conforme a ley. (*) **(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28607, publicada el 04 Octubre de 2005, cuyo texto es el siguiente:** **(*)Artículo 194.-** Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. **Pueden ser reelegidos**. Su mandato es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

	Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento o Presidente del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva." (*) **(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30305, publicada el 10 marzo 2015, cuyo texto es el siguiente:** "**ARTÍCULO 194.-** Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. **No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones.** Su mandato es revocable, conforme a ley. El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución. Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista, Gobernador o Vicegobernador del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva"

Elaboración Propia.

El complejo desarrollo de nuestra formación económico - social, constituye la fuente del complicado desarrollo constitucional del municipio como comunidad organizada dentro de un determinado territorio, de la municipalidad como el órgano de gobierno local y del alcalde como el servidor público con autoridad para dirigir el gobierno municipal, que ahora se entiende como una persona jurídica de derecho público con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

La Constitución Política de la Monarquía Española (1812), nos trae la ilusión de un alcalde elegido por el pueblo, para luego sucumbir ante los vicios del gamonalismo, el centralismo y las dictaduras en sus diversas variantes que caricaturizaron la municipalidad convirtiéndola en una simple dependencia controlada por organismos del Poder Ejecutivo. Recién la Constitución de 1979 abre paso a la municipalidad con autonomía y afirma al alcalde como la máxima autoridad local municipal. Continúa en esa dirección la Constitución de 1993.[2]

En cuanto a la reelección del alcalde, el texto original del artículo 194 de la Constitución vigente **autorizaba su reelección sin limitación alguna.**[3]

Posteriormente se modifica el artículo mediante la Ley N° 30305 que en artículo único establece **la prohibición de la reelección inmediata para los alcaldes, precisando que pueden volver a postular transcurrido otro período, como mínimo, sujetos a las mismas condiciones.**[4]

Para sustentar la modificación, el congresista de la época señaló varios hechos convertidos en razones que justificaban la eliminación de la reelección:

a. El uso indebido de recursos públicos para financiar la campaña del alcalde reeleccionista.

b. La debilidad institucional. Las instrucciones del Jurado Nacional e Elecciones no se cumplían.

2 Castro -Pozo Díaz, Hildebrando. La Constitución Comentada. Comentarios al artículo 194.TomoII. Gaceta Jurídica. Lima. 2005. P 998 - 1004.

3 Spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp

4 Spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp

c. Las empresas privadas, particularmente las proveedoras de servicios tenían alto incentivo para apoyar y financiar al candidato a la reelección.

d. La licencia que solicitaba el alcalde para postular, no era garantía de neutralidad.

e. El postulante a la reelección direccionaba la ejecución de obras en sectores electoralmente afines.

f. Se daba paso al enquistamiento de las burocracias.

g. Se posesionaban los políticos autoritarios y los caudillos, en desmedro de la democracia.

h. Se presentaba el clientelismo.[5]

El legislador que votó la ley señaló como objetivos:

a. Luchar contra la corrupción. Uso adecuado de los recursos.

b. Garantizar la neutralidad e imparcialidad del Estado en el proceso electoral.

c. Evitar la gestión anarquizada de los proyectos.

d. Lograr que la alternancia en el poder favorezca al desarrollo del sistema democrático consolidando las instituciones.[6]

5 Dictamen de la COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO aprobado en la XVI Sesión Ordinaria el 19 de abril de 2014. Periodo Anual de Sesiones 2013-2014. Congreso de la República. Lima.

6 Dictamen de la COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO aprobado en la XVI Sesión Ordinaria el 19 de abril de 2014. Periodo Anual de Sesiones 2013-2014. Congreso de la República. Lima.

Presentación de los Proyectos de Ley que proponen la modificación del artículo 194 de la Constitución Política respecto a la reelección del alcalde.	
Proyecto de Ley	**Fórmula legal**
N° 321/2016-CR	**ARTÍCULO ÚNICO. Modifícase el Artículo 194, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú.** Modificase el tercer párrafo del Artículo 194° de la Constitución Política del Perú, con la siguiente redacción: "**Artículo194°**.- (...) Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un periodo de cuatro (4) años. El mandato de ambas autoridades es revocable, conforme a Ley. Los alcaldes pueden ser reelegidos por única vez, en forma inmediata, sólo por un periodo adicional de igual duración. Transcurrido otro periodo, como mínimo pueden volver a postular sujeto a las mismas condiciones. Su mandato es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución. (...)"
N° 324/2016-CR	Artículo 1°,- Objeto de la Ley. La presente ley tiene por objeto restituir el derecho a la reelección inmediata por un periodo adicional a las autoridades de gobierno locales. Artículo 2°.- De la modificatoria del artículo 194 de la Constitución Política del Perú. Modifíquese el párrafo tercero del artículo194° de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos: "Artículo194° (...) Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un periodo de cuatro (4) años. **El Alcalde puede ser reelegido de manera inmediata para un periodo adicional**. Transcurrido otro periodo,

	como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones, Su mandato es revocable, conforme a ley. El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución. Artículo 3. Incorporación de una Cuarta Disposición Transitoria Especial a la Constitución Política del Perú. Incorpórese una Cuarta Disposición Transitoria Especial a la Constitución Política del Perú. "CUARTA: Los alcaldes que hayan sido reelegidos de forma inmediata en las elecciones municipales de 2014 y sus elecciones complementarias, pueden volver a postular transcurrido un período como mínimo."
N° 331/2016-CR	**Artículo 1. Modificación del artículo 194 de la Constitución Política del Perú.** Modificase el artículo 194 de la Constitución Política del Perú, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera: "**ARTÍCULO 194.** Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. **"Los alcaldes solo pueden ser reelegidos para un periodo adicional. Transcurrido otro periodo como mínimo, pueden volver a postular bajo las mismas condiciones"**, Su mandato es revocable, conforme a ley.

	El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución. Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista, Gobernador o Vicegobernador del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva". **Artículo 2. De la Vigencia de la Ley.** La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano"
N° 1446/2016-CR	**Artículo1. Objeto de la Ley.** La presente proposición legislativa tiene como objeto permitir la reelección inmediata y por única vez de autoridades municipales y establece la revocatoria para las autoridades reelegidas. **Artículo 2. DE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 194 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA** **Modificase el tercer párrafo del artículo 194 de la Constitución Política del Perú, por el siguiente texto:** **"Artículo 194** (...) Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. **Pueden ser reelegidos por una sola vez, en forma inmediata. El mandato de dichas autoridades es revocable solo para los reelegidos, conforme a ley.** El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución (...)" **Artículo 3. DISPOSICIÓN TRANSITORIA ESPECIAL.** Incorporase la Cuarta Disposición Transitoria Especial a la Constitución Política, con el siguiente texto: CUARTA.- La reelección inmediata de los alcaldes a que se refiere el artículo 194 de la Constitución Política es aplicable a partir del proceso electoral de 2022.

N° 1468/2016-CR	**Artículo 1. Objeto de la Ley** La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 194 de la Constitución Política del Perú, restituyendo la reelección inmediata por un periodo adicional a los Alcaldes de los Gobiernos Locales; así como establecer que las mencionadas autoridades deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección, en la medida que decidan postular a la reelección. **Artículo 2. Modificación del artículo 194 de la Constitución Política del Perú** Modificase el artículo 194 de la Constitución Política del Perú, en los términos siguientes: "Artículo 194. (...) Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un periodo de cuatro (4) años. **El Alcalde puede ser reelegido solo por un periodo adicional**. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular sujetos a las mismas condiciones. Su mandato es revocable, conforme a ley. El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución. Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente. Congresista. Gobernador o Vicegobernador del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva. **El mismo plazo será aplicable en caso decidan postular a la reelección".**

Elaboración propia.

Debo advertir que los textos que aparecen en el cuadro son idénticos a los contenidos en los documentos denominados "Proyecto de Ley" y que fueron presentados por los congresistas autores al Congreso de la República a través de Área de Trámite Documentario. Está sujeto a crítica la técnica legislativa utilizada. Los errores no pueden atribuidos al autor de la ponencia.

DE LA LECTURA DE LAS PROPOSICIONES PODEMOS ADVERTIR, ENCONTRAMOS LA IDEA COMÚN:

- "El alcalde puede ser reelegido solo por un período adicional".

ADICIONALMENTE, LA MAYORÍA DE LOS PROPONENTES CREE QUE:

- "Transcurrido otro periodo como mínimo, los alcaldes reeleccionistas pueden volver a postular bajo las mismas condiciones."

3. RESUMEN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LOS PROYECTOS DE LEY.

3.1. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY N° 321/2016-CR.

a. "..... La citada norma constitucional, no permite la reelección inmediata de los Gobernadores Regionales y alcaldes pero transcurrido un periodo, las ex autoridades antes citadas, si pueden volver a postular, y, así sucesivamente. Ante tal circunstancia, consideramos necesario reformar parcialmente la disposición constitucional del artículo 194 de la constitución, estableciendo la reelección inmediata, por única vez y por igual periodo, sólo para los Gobiernos Locales. Ésta medida, tiene justificación constitucional; ya que, los cargos de naturaleza ejecutiva, como son los gobiernos sub nacionales, no pueden tener opción ilimitada a ser reelegido en forma indefinida." (El subrayado es nuestro)

b. "La naturaleza de las cosas, y la excepción de las circunstancias, como son: una fuerte crisis de los partidos políticos, actos de corrupción de algunos gobernadores regionales y alcaldes y, el establecimiento de pequeños despotismos regionales y enquistamientos de cúpulas negativas en muchos Gobiernos regionales y Locales, hicieron necesario poner límites temporales en el mantenimiento del poder de los gobernadores regionales y alcaldes, a fin de evitar actos de corrupción, y abusos del poder, que lograban evitar los controles formales del Estado y frustrando la renovación de cuadros políticos." (El subrayado es nuestro).

c. "En ese sentido, y manteniendo los límites temporales a la reelección indefinida, proponemos la reelección inmediata y por única vez, sólo para los gobiernos locales, como un mecanismo necesario, para acoplar el modelo jurídico aplicable en territorio de la república, en cuya circunscripción se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, los mismos que ya tienen límites temporales en el ejercicio del poder. Sin embargo, consideramos necesario, que los alcaldes provinciales y distritales deben ser reelegidos, por única vez; ya que, los buenos alcaldes, al acceder al cargo, aprenden de gestión, planificación de proyectos, dirección y control de procesos para cumplir con los objetivos propuestos en su plan de gobierno local, y la reelección inmediata de una autoridad local con experiencia acarrearía en mejores resultados de gobiernos y por tanto, en más beneficios para sociedad." (El subrayado es nuestro).

d. "Entonces, al limitar, la gestión, sólo a cuatro (4) años e interrumpido por un periodo, los gobiernos locales estarían dejando de lado la continuidad de un capital humano capacitado, con experiencia en gestión, manejo gerencial y financiero, así como, se estaría cortando el proceso la ejecución e implementación de obras y proyectos de inversión pública en las provincias y distritos, que para su ejecución se necesita más de cuatro años; Razón por el cual, consideramos pertinente, establecer la reelección inmediata y por única vez; ya que, cuatro años es un tiempo muy corto para ver los resultados de una gestión que propone y ejecuta obras de envergadura y que solucionen los problemas estructurales de la población." (El subrayado es nuestro)

3.2. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY N°324/2016-CR

a. "En muchas oportunidades ha sido evidente que las autoridades locales electas para un periodo municipal, han ejecutado durante sus dos primeros años, proyectos de inversión pública y actividades por diversas fuentes y financiamiento correspondientes al gobierno municipal de la gestión saliente, es decir de su antecesor. Habiendo existido en más de un caso que los gobernantes salientes han comprometido incluso el gasto total del presupuesto anual en obras o proyectos que han involucrado más de un año o ejercicio

presupuestal, quedando reducido el FONCOMUN al pago de gastos de capital más que de inversión."

b. "A esto debe sumarse que al tercer año de gestión el alcalde elegido está prácticamente de salida y sin la posibilidad de poder culminar en su gestión alguna de las propuestas establecidas en sus respectivos planes de gobierno lo cual ocasiona que los ciudadanos y los grupos políticos de oposición vean la gestión del alcalde elegido como ineficiente y carente de voluntad política para cumplir con sus propuestas de campaña. Esto no solo genera inestabilidad política en el ámbito local para los partidos y movimientos electorales, sino que perjudica el cumplimento de las promesas electorales ofrecidas por la autoridad de turno al elector, lo que supone que las promesas cumplidas en la campaña electoral expresada en el plan de gobierno por el cual voto el ciudadano en las respectivas elecciones, no se cumplirá."

c. "La reelección es un mecanismo democrático por el cual el alcalde puede tener un plazo adicional para poder cumplir con su plan de gobierno o con las obras propuestas por su gestión tanto en su elección como en el presupuesto participativo."

d. "La reelección no necesariamente asegura la elección inmediata del alcalde de turno, sino la posibilidad de que sobre la base de una administración responsable el ciudadano o vecino pueda otorgarle una nueva oportunidad a la autoridad edil que se postula por segunda vez."

e. "Recordemos de otro lado que la elección local es básicamente vecinal y aun cuando los partidos se presentan a elecciones locales, los ciudadanos optan generalmente por la persona antes que por el partido. Esto significa que los partidos políticos deberán de considerar preferentemente en sus propuestas de candidatos a ciudadanos que gocen de la confiabilidad de sus vecinos y de la trasparencia necesaria para su elección."

3.3. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY N° 331/2016-CR

a. "Todo ello bajo la premisa de permitir el desarrollo de los pueblos, teniéndose en consideración que las municipalidades provinciales

y distritales como primer nivel de gobierno dentro de la estructura gubernamental nacional, son las entidades más representativas y las que se encuentran más cerca del pueblo, brindando los servicios de su competencia y solucionando muchas veces los problemas cotidianos de la población en lo que se refiere a los servicios básicos, agua, ordenamiento, seguridad, limpieza pública, etc."

b. "En los últimos tiempos y ante el boom económico que vivió nuestro país, la mayoría de municipalidades, han visto incrementado su presupuesto, o que ha permitido que dichos dineros sean invertidos esencialmente en obras en beneficio de la población propiciando así el desarrollo de los pueblos que supieron aprovechar esta bonanza y gracias a las autoridades elegidas que se mantuvieron en la administración por varios periodos, los cuales lamentablemente son los menos, a diferencia de los que cayeron en la corrupción que suele imperar mientras se cuente con dinero en las arcas municipales".

c. "Esta situación como ya lo hemos manifestado sirvió de argumento para que en el periodo legislativo anterior, se aprobara la Ley N°30305, que modificó los artículos 191 y 194 de la Constitución Política del Perú prohibiendo la reelección inmediata de los Alcaldes Provinciales y Distritales; sin embargo, a pesar que no hay muestras de corrupción por los alcaldes elegidos en el año 2014, lo que se nota en la mayoría de ciudades del Perú es la ausencia de proyectos de inversión pública de envergadura que conlleven a un real desarrollo de las ciudades, pues con la idea de los gobernantes que solo ocuparan el sillón municipal por un período, han optado por canalizar obras de poca envergadura cuya ejecución no traspase el periodo de su gestión, lo cual debilita la "institucionalidad de la sociedad peruana" y por ende "no contribuye a mantener y fortalecer procesos de mediano y largo plazo, condiciones indispensables para la gobernabilidad'"

d. "....lo cierto es que las reelecciones en general también traen beneficios, como la estabilidad política. Permiten dar continuidad a ciertas políticas y proyectos que por su naturaleza son de mediano o largo plazo. Además, permiten que los funcionarios consoliden experiencia y conocimientos y logren así mayor productividad y eficiencia sin tener que atravesar costosas curvas de aprendizaje tras cada elección lo que redundará en beneficio de las provincias y distritos de nuestro país."

3.4. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY N° 1416/2016-CR

a. "El período de cuatro (4) años para ejercer las tareas ejecutivas de las autoridades locales, suele ser reducido para cumplir con los objetivos y metas de largo plazo. Esto ocurre básicamente porque el proceso de maduración de los proyectos de inversión pública que contribuya con la reducción de la brecha en infraestructura básica o relacionada con la lucha contra la desnutrición o mejor de la calidad de la educación, la salud y la vivienda, requiere períodos razonables para obtener resultados medianamente aceptables, que sea valorado por la sociedad por efectos en el crecimiento y desarrollo de su jurisdicción. Asimismo, permitir la posibilidad de una reelección inmediata, por una sola vez, contribuirá con mejorar la gobernanza de las municipalidades. Más aun, permitir el proceso de revocatoria solo para autoridades reelectas, ajustando la norma a partir del primer año de haber sido reelecto, puede mejorar ostensiblemente la tranquilidad que requieren las autoridades para concentrarse en los planes y proyectos para los cuatro años de gobierno para los cuales recibieron el mandato de los ciudadanos, sin tener que estar preocupados por un eventual proceso de revocatoria. Claro, está que estas medidas requerirá el fortalecimiento del control político, rendición de cuentas y mayor transparencia de las autoridades locales, con la finalidad de compensar estos grados de libertad."

b. Apoyado en datos estadísticos afirma que hay baja tasa de reelección de autoridades municipales. Luego señala que "....la reelección de autoridades, es una asunto que debe ser resuelto en las urnas, claro está, en un proceso electoral justo que garantice equidad y transparencia. La última palabra la tiene el ciudadano".

c. "Si bien la realidad nos va demostrando sobre algunos casos de corrupción relacionadas a autoridades reelegidas, éste no debe ser una regla general". Cita a algunos opinólogos para terminar diciendo que "...la reelección no necesariamente es sinónimo de corrupción, sino éste es, principalmente, un problema del deficiente sistema de control, fiscalización, rendición de cuentas, y de transparencia, que adolecen gran parte de las entidades del Estado, probablemente, también como consecuencia de la carencia de un plan objetivo

de lucha contra la corrupción, sumado a un problema de carácter social expresado en la tolerancia de la sociedad a la corrupción y a los ciudadanos corruptos, que son elegidos o reelegidos como autoridades, a pesar de conocer de los actos de corrupción en la que estuvieron involucrados y hechas públicas a través de los medios de comunicación. (.....) Sin embargo, como se ha indicado líneas arriba, permitir la reelección inmediata por una sola vez, contribuiría con el proceso de descentralización y el fortalecimiento de la gobernanza en los gobiernos locales."

3.5. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY N° 1468 /2016-CR

a. "Debemos recordar, que la coyuntura política por la que atravesaba el país no era de las mejores, por lo que la naturaleza de la Ley N° 30305, fue justamente atender y resolver en principio, la problemática de que muchas autoridades -enquistadas en el poder- eran denunciadas, investigadas, procesadas y sentenciadas por distintos delitos, por lo que consideramos fue una medida cortoplacista, y que en nada asegura y asegurará se reduzcan los altos índices de corrupción y abuso de poder que existe en nuestro país"

b. "En esa misma línea que un Alcalde (Provincial o Distrital) pretenda o decida ir a la reelección, en nada asegura su éxito. Se ha evidenciado que la tasa de autoridades reelectas es baja. Lo único que puede existir, y en varios casos se han acreditado fehacientemente son indicios de malversación de recursos logísticos, humanos, económicos, entre otros, para su propia campaña política. El elector peruano no premia a las malas autoridades, solo las castiga con la no reelección."

c. "Un gobierno o gestión de sólo (4) años es más que insuficiente para pretender implementar y ejecutar políticas públicas regionales o de menor alcance; es insuficiente para elaborar y ejecutar obras de (gran) envergadura en beneficio de la población, entre otros.

d. "Por lo general, las autoridades asumen una gestión llena de pasivos y nada de activos, por lo que los primeros años (2), son para establecer, regularizar y tratar de consolidar sus estados financieros (presupuesto), algo que no siempre se logra alcanzar, descuidando, en algunos casos, de sus otras funciones y atribuciones".

4. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LOS PROYECTOS DE LEY.

4.1. Los autores de los Proyectos de Ley coinciden que debe haber reelección inmediata pero con límites. De la lectura de las fórmulas legales se advierte que los denominados "límites" son débiles, porque con posterioridad a la reelección inmediata y luego de un período, pueden volver a postular.

4.2. Todos reconocen que la restricción a la reelección de alcaldes introducida en el artículo 194 de la Constitución Política, con la aprobación de la Ley 30305, obedecía a la existencia de diversos fenómenos económicos, políticos y sociales, como por ejemplo, el crecimiento económico, la crisis de los partidos políticos, la corrupción y crisis normativa, entre otros. Lo que no dicen es que esos fenómenos persisten y en algunos casos se han agravado.

4.3. Efectivamente ingresamos a un período de crecimiento económico. "Durante la última década, el Perú registró un crecimiento acumulado del producto bruto interno de 72,1% (BCRP), los recursos fiscales disponibles para la inversión pública se duplicaron —pasaron a representar del 3% al 6% del PBI— y el surgimiento de actores subnacionales en el marco del proceso de descentralización fiscal marcó uno de los cambios de mayor importancia en términos de la formulación y ejecución de la inversión pública".[7] No se dice que los alcaldes mal usan los fondos públicos. La Procuraduría Anticorrupción, afirmó el año 2015, que un año antes la mayoría de alcaldes estaban siendo investigados por presuntos actos de corrupción vinculados a los delitos de peculado de uso, malversación de fondos, negociación incompatible y colusión.[8]

Más adelante precisamos datos.

---

7 Ricardo Fort - Héctor Paredes. Documento de Investigación. Desarrollo y Agricultura. "Inversión Pública y Descentralización: sus efectos sobre la pobreza rural en la última década". CENDOC/GRADE. Lima.2015. http://biblioteca.clacso.edu.ar/Peru/grade/20150617082322/ddt76.pdf

8 http://elcomercio.pe/politica/actualidad/costo-corrupcion-peru-informe-385423. 21/06/2015.

4.4. Por otro lado, la crisis de los partidos políticos es un problema mayor. Al respecto Raúl Ferrero Costa dice: "Cómo resultado del proceso de las últimas elecciones regionales y municipales tenemos la evidencia más palpable de lo que se sabía de antemano, y ahora ha quedado corroborado gráficamente, es decir, el desplome de los partidos políticos nacionales. Con excepción de alguno, al que le ha ido menos mal que al resto, la realidad es que en la práctica han recibido una severa llamada de atención por parte de un electorado que los siente lejanos y ajenos, y que han preferido escoger a los grupos políticos locales, a pesar del deteriorado prestigio que muchos de estos exhiben"[9]

Sucede que los partidos políticos se han convertido en "clubes electorales que solamente funcionan cuando tienen procesos eleccionarios ad portas"[10], dirigidos por un caudillo o por una familia o una argolla de "selectos"; por otro lado están los clásicos como el APRA, Acción Popular, Partido Popular Cristiano y el Partido Comunista del Perú "Patria Roja", con precaria estructura orgánica y sumidos en crisis ideológica y política, sin presencia en la gestión municipal.

Los movimientos políticos regionales y locales denominados "independientes" que literalmente ha "tomado" los gobiernos regionales y municipales, son grupos cerrados de familiares o de "conocidos", que buscan tener poder desde el Estado para mejorar su status económico. La gestión gubernamental de estos grupos están cargados de los vicios a los que se refiere magistralmente en uno de sus estudios el profesor Pedro Planas: paternalismo, caudillismo, clientelismo, burocratismo. Al igual que los "clubes electorales" de injerencia nacional, no tienen una agenda seria para su institucionalización, renovación de cuadros o ejecución de sus programas políticos en favor del bienestar ciudadano.

4.5. En cuanto a que los alcaldes necesitan estar más tiempo en la alcaldía para hacer obras.

---

9 Raúl Ferrero Costa. El control constitucional del poder. Artículo "Desplome de los Partidos Políticos. Últimas Elecciones Municipales y Regionales". Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional del Perú. Instituto Pacífico SAC. Lima. Pág. 136.

10 Idem. Pág. 79

Cuando la gestión pública municipal, y en concreto, cuando las ejecuciones de los proyectos de inversión pública se abordan con seriedad, es decir, como insumos de un proyecto integral de desarrollo local en concordancia con el proyecto de desarrollo regional y nacional respectivamente, trascienden a las personas.

No es un quehacer individual o fruto del entusiasmo amical o familiar, son asuntos de Estado.

El Ministerio de Economía y Finanzas, nos recuerda que "Entre las funciones del Estado, que son ejercidas a través de los distintos niveles de gobierno, están las de satisfacer las necesidades públicas de los ciudadanos y promover el desarrollo sostenible de los territorios. Para cumplir con dichas funciones, las entidades públicas planifican, priorizan y ejecutan una serie de acciones; entre estas, las que tienen por objeto crear, ampliar, modernizar o recuperar su capacidad de producción de bienes o servicios, son consideradas proyectos de Inversión Pública" [11]

Entonces para el éxito de la gestión se necesita la acción de los grupos políticos, sean partidos o movimientos, debidamente institucionalizados, en base a planes y no por la decisión autoritaria del caudillo o del grupo de élite al mando.

Explico:

Si el gobierno subnacional se encarga por elección popular a una agrupación política institucionalizada (con programa político, plan de gobierno, equipos técnicos, militancia con actividad permanente y vida orgánica democrática), entonces, ella se hace cargo de la gestión pública municipal y de garantizar la ejecución de sus propuestas, lo que pasa por la vigencia del movimiento y no del caudillo.

Si el movimiento necesita tiempo para ejecutar sus propuestas, entonces se presenta a las elecciones con nuevo candidato; si no lo quiere hacer, tendrá que garantizar la continuidad de la ejecución del proyecto considerando su calidad, poniéndolo durante su gestión y ejerciendo fiscalización ciudadana en la siguiente gestión.

11 www.mef.gob.pe. Pautas para la identificación, formulación y evaluación social de proyectos de inversión pública a nivel de perfil.

4.6. Sobre "la reelección como mecanismo democrático", es urgente recordar que la Democracia como forma de comportamiento de la sociedad en libertad tiene la necesidad de poner límites temporales, para evitar la anarquía de las relaciones interpersonales y el abuso de poder de los individuos y del Estado. Para el caso de la elección de autoridades y de los límites temporales, Alberto Borea Odría afirma que el poder se ejerce durante un lapso, y a ese límite le encuentra doble razón, "La primera es la de dejar en el pueblo la posibilidad de cambiar al gobernante en el caso que considere que su actuación no se desarrolla conforme a sus intereses o a su preferencia. Un poder ilimitado en el tiempo, o de muy larga duración, impediría que el pueblo pueda enmendar rumbos en el caso del yerro en la elección. Por otra parte, la prolongación excesiva en el poder por parte de un gobernante, hace incubar la ilusión que no será requerido para que dé cuenta del ejercicio del poder que se le confirió."[12] Y sobre los límites personales recuerda que "Loewenstein nos habla del carácter demoníaco del poder que hace que las personas que lo han ejercido traten de prolongar su ejercicio o de recuperarlo cuando lo han perdido." [13]

Admitir la reelección es dar paso a la presencia excesiva del gobernante local, privando al pueblo del derecho a decidir sobre la oportunidad de dar o no dar o dejar de dar poder. Estaríamos debilitando la democracia porque se estaría recortando el derecho a decidir de la colectividad sobre el cambio o no de la autoridad. El mismo Borea Odría, dice que "la democracia trata que las personas roten en el ejercicio de las funciones públicas y que nadie resulte sintiéndose indispensable en el ejercicio del poder del estado" [14]

4.7. En cuanto a la corrupción y a que son pocos los alcaldes involucrados.

El 16 julio del 2014, el procurador anticorrupción de la época Christian Salas, informaba a través de los medios que de los 1,841 alcaldes que cumplen funciones a nivel nacional, 1,699 (92%) están siendo investigados por peculado de uso, malversación de fondos, negociación incompatible y

12 Alberto Borea Odría. Democracia. www.nercaba.org/fichas/capel/democracia.htm

13 Idem

14 Idem.

colusión. 454 alcaldes provinciales y 1,245 distritales. También había 429 exalcaldes provinciales y 1,326 exalcaldes distritales investigados por los mismos delitos. Adicionalmente informó que en ese momento postulaban a la reelección más del 50% de los investigados. "Que la mayoría de delitos se cometen por la facilidad que tienen los funcionarios para disponer de los bienes del Estado... que otro de los ilícitos más comunes es la asignación de obras millonarias a empresas que han sido elegidas porque hay algún interés, a través de testaferros o porque les han pagado un 'diezmo"[15] .

En los fundamentos de los Proyectos de Ley, se reconoce que hay corrupción, sin embargo, se afirma que son pocos los alcaldes que estarían comprometidos en hechos de esa naturaleza. Sigamos exponiendo datos.

Responsabilidades Penales identificadas por Niveles de Gobierno

Nivel de Gobierno	2011	2012	2013	2014	2015
Nacional	228	409	278	707	915
Regional	380	711	567	3,521	3,344
Local	896	529	819	2,007	3,765
Total Responsabilidades	**1,504**	**1,649**	**1,664**	**6,235**	**8,024**
Total Funcionarios únicos por año (*)	**935**	**1,158**	**1,252**	**2,727**	**4,296**

Fuente: Sistema de Control Gubernamental

Nota: Un funcionario podría tener diversos tipos de responsabilidades.

Contraloría General de la República[16]

Se advierte que el número de funcionarios con responsabilidad penal del nivel de gobierno local, se ha incrementado año a año.

15 Perú 21. Edición digital. 16-07-14

16 Contraloría General de la República. Documento para sustentación de Proyectos de Ley ante la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República. Lima. Octubre 2016.

Responsabilidades Civiles identificadas por Niveles de Gobierno

Nivel de Gobierno	2011	2012	2013	2014	2015
Nacional	221	289	320	482	780
Regional	495	532	775	786	1,135
Local	553	610	1,855	1,943	1,238
Total Responsabilidades	**1,269**	**1,431**	**2,950**	**3,211**	**3,153**
Total Funcionarios únicos por año (*)	**1,042**	**1,164**	**2,462**	**2,604**	**2,402**

Fuente: Sistema de Control Gubernamental

Nota: Un funcionario podría tener diversos tipos de responsabilidades.

Contraloría General de la República[17]

Se observa que el número de funcionarios del nivel de gobierno local se ha incrementado año a año.

Funcionarios procesados y sancionados por el PAS – 2013 a agosto 2016

NIVEL DE GOBIERNO	INFORME PAS	FUNCIONARIOS COMPRENDIDOS	FUNCIONARIOS PROCESADOS	PENDIENTE DE INICIO
Nacional	507	3,079	1,389	1,690
Regional	535	3,780	2,258	1,522
Local	826	5,374	3,405	1,969
Total	1,868	12,233	7,052	5,181
		100%	58%	42%

Fuente: Gerencia del Procedimiento Administrativo Sancionador

Se ha sancionado en Primera Instancia a 1,282 funcionarios.

En el año 2015 se emitieron 1075 Informes con Responsabilidad Administrativa PAS, que involucran a 7,737 funcionarios.

17 Idem

Contraloría General de la República.[18]

Se observa que 3,405 funcionarios de gobierno local están comprendidos en Procedimiento Administrativo Sancionador.

5. CONCLUSIÓN.

5.1. Los autores de los proyectos de ley analizados, reconocen que la crisis de los partidos políticos, los actos de corrupción, el caudillismo, son parte de los fenómenos económicos, políticos y sociales que motivaron la prohibición de la reelección inmediata del alcalde.

5.2. Dichos fenómenos se han incrementado en los últimos años, afectando la construcción de la democracia y consecuentemente al fortalecimiento del Estado Constitucional; más si se tiene en cuenta que la alternancia en el poder y el pluralismo, entre otros, son valores fundamentales de la democracia[19]

5.3. Estamos ante la colisión de dos derechos constitucionalizados: el derecho a participar en la vida política del país en su forma de postulación a la reelección para alcalde, que en concreto es expectativa de 1841 alcaldes en ejercicio ***versus*** el derecho a elegir considerando la alternancia como su desarrollo dinámico, actual y razonable en respuesta al uso abusivo del poder delegado por acción del alcalde electo que es de interés de los electores.[20] La solución del conflicto debe abordarse considerando la actual situación económica, política y social del país, que hace urgente la necesidad de reivindicar la dignidad de la persona[21], de hacer realmente vigentes los derechos

18 Ídem.

19 Lucas Verdú, Pablo. "La Constitución abierta y sus enemigos". Madrid. Universidad Complutense de Madrid. Ediciones Beramar S.A. 1993. Pág. 28. Citado por César Landa Arroyo en "Derecho Procesal Constitucional" Cuaderno de Trabajo N° 20.Departamento Académico de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Marzo. 2011. Pág. 16.

20 Son 22´901,954 electores. Jurado Nacional del Elecciones. Resolución N° 53-2016-JNE. El Peruano.

21 Popper, Karl. Das Eland des Historizismus. Tübingen: Paul Siebeck. 1974.Págs 45 y57 ss. . Citado por César Landa Arroyo en "Derecho Procesal Constitucional" Cuaderno de Trabajo N° 20.Departamento Académico de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Marzo. 2011. Pág. 15.

fundamentales razonablemente y con proporción; única vía para hacer de la Constitución el motor dinámico del fortalecimiento del Estado Constitucional.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Borea Odría, Aberto.Democracia.www.mercaba.org/FICHAS/Capel/democracia.htm
- Castro Pozo Díaz, Hildebrando. La Constitución Comentada. Comentarios al artículo 194.TomoII. Gaceta Jurídica. Lima. 2005. P 998 - 1004.
- Congreso de la República. Manual de Técnica Legislativa y Manuel de Redacción Parlamentaria. Segunda Edición. 2013.
- Congreso de la República. Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento aprobado en la XVI Sesión Ordinaria el 19 de abril de 2014. Periodo Anual de Sesiones 2013-2014. Congreso de la República. Lima.
- Contraloría General de la República. Documento para sustentación de Proyectos de Ley ante la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República. Lima. Octubre 2016.
- Ferrero Costa, Raúl. El control constitucional del poder. Artículo "Desplome de los Partidos Políticos. Últimas Elecciones Municipales y Regionales". Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional del Perú. Instituto Pacífico SAC. Lima.
- Ferrero Costa, Raúl. (compilador).Derecho Constitucional General. Materiales de Enseñanza. Segunda Edición. Lima. 2005.
- Fort, Ricardo y Paredes Héctor. Documento de Investigación. Desarrollo y Agricultura. "Inversión Pública y Descentralización: sus efectos sobre la pobreza rural en la última década". CENDOC/GRADE.Lima.2015.

  http://biblioteca.clacso.edu.ar/Peru/grade/20150617082322/ddt76.pdf
- Gaceta Jurídica. La Constitución Comentada. Primera Edición. 2005. Tomo II.

- Jurado Nacional de Elecciones. Compendio de Legislación Electoral. Octava Edición. 2013.
- Landa Arroyo, César. "Derecho Procesal Constitucional" Cuaderno de Trabajo N° 20.Departamento Académico de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Marzo. 2011.
- Lucas Verdú, Pablo. "La Constitución abierta y sus enemigos". Madrid. Universidad Complutense de Madrid. Ediciones Beramar S.A. 1993.
- Ministerio de Economía y Fianzas. Pautas para la identificación, formulación y evaluación social de proyectos de inversión pública a nivel de perfil. www.mef.gob.pe.
- Ortegón Quiñones, Edgar. Fundamentos de Planificación y Política Pública. Universidad de Alcalá. Instituto de Estudios Latinoamericanos.
- Perú 21. Edición digital. 16-07-14
- Popper, Karl. Das Eland des Historizismus. Tübingen: Paul Siebeck. 1974
- Rubio Correa, Marcial. El Estado Peruano Según La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Segunda Edición. Lima. 2011.
- http://elcomercio.pe/politica/actualidad/costo-corrupcion-peru-informe-385423.
- Spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp

VII. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO TRIBUTARIO

Susana Távara Espinoza[1]

I. - Introducción

El Estado necesita de recursos para poder realizar y cumplir sus fines, uno de los mecanismos con los que cuenta para poder obtenerlos es la potestad tributaria. Sin embargo, el ejercicio de esta potestad no es ilimitado, pues se encuentra sujeto al cumplimiento de principios y disposiciones consagradas en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

Ciertamente, como refirió el Tribunal Constitucional en la STC N.° 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (Acumulados):

> "La existencia del Estado presupone que los servicios y los bienes públicos deben ser costeados por sus habitantes, de acuerdo con el principio de legalidad, el que debe a su vez, considerar la capacidad económica de las personas." (fd. 5).

Así pues, los principios constitucionales tributarios se encuentran fundamentalmente recogidos en el artículo 74.° de la Constitución (implícita o explícitamente); lo que no implica en modo alguno que los mismos se circunscriban a éste, toda vez que existen otros principios tales como el de constitucionalidad, que obliga al Estado a que el ejercicio de

---

1 Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional y Docente de la Academia de la Magistratura y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

la potestad tributaria guarde concordancia con lo dispuesto no solamente en las normas legales, sino todas las disposiciones constitucionales y en los lineamientos jurisprudenciales que ha venido desarrollando nuestro Tribunal Constitucional. .

En ese contexto procuraré limitar este artículo a aquellos principios fundamentales en materia tributaria que han sido desarrollados por la jurisprudencia, sin que ello nos impida poder remitirnos a la doctrina correspondiente. De igual forma, es importante precisar que aún quedan muchas cuestiones por precisar en cuanto al ejercicio de la potestad tributaria, originaria y derivada del aparato estatal, así como, de otro lado, las obligaciones que tiene el ciudadano/contribuyente como contraparte de la relación jurídica, constitucional y tributaria.

II. Algunas cuestiones generales.

En la STC N.° 00042-2004-AI/TC (Caso Toros 1), el Tribunal Constitucional desarrolló lo que debíamos entender por potestad tributaria del Estado. Así, tomando como parámetro lo establecido en el artículo 74.° de la Constitución, mencionó lo siguiente:

> "De acuerdo con nuestra Constitución (artículo 74), la potestad tributaria es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Esta potestad se manifiesta a través de los distintos niveles de Gobierno u órganos del Estado -central, regional y local-. Sin embargo, es del caso señalar que esta potestad no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen." (Fd. 7)

Resulta singularmente relevante que, en la cita anterior, el supremo intérprete de la Constitución no se limitara a esbozar el contenido o una definición de la "potestad tributaria" del Estado, sino que además señalara las entidades estatales o niveles de gobierno que se encuentran legitimados para ejercer tal potestad. Así es que nos recuerda que tanto el Gobierno Nacional, como los Gobiernos Regionales y Locales cuentan con la potestad de crear, modificar y eliminar tributos. Es así que debemos partir por reflexionar respecto a la problemática de cada uno de los entes estatales viene presentando en la casuística jurisprudencial peruana, incidiendo en que no existe mayor debate en relación a la potestad tributaria que

ejercitan los gobiernos regionales, medianamente con el gobierno central y en mayor medida con los gobiernos municipales, lo cual también ocurre a nivel administrativo, lo que se puede corroborar con diversos informes sobre barreras burocráticas, arbitrios municipales, etc. en los que se pone en debate justamente este tópico, emitidos por la Defensoría del Pueblo.

Así también, puede advertirse que el Tribunal Constitucional hace referencia a la existencia de límites al ejercicio de la potestad tributaria establecidos en la propia Constitución; los cuales permiten que: a) el ejercicio de dicha potestad sea constitucionalmente legítimo y b) se garantice que dicha potestad no se ejerza en detrimento de los derechos fundamentales, es decir, que no se ejerza de manera arbitraria. Por ello se sostiene que los principios constitucionales no solo se erigen como límites al ejercicio de la potestad tributaria, sino también como garantías de los derechos fundamentales de la persona. Es curioso señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido muy reflexiva en el contenido de los principios del Derecho Constitucional Tributario pero no de la misma forma, en cuanto a la legitimidad y protección de otros derechos fundamentales (propiedad, contratos ley, inviolabilidad de domicilio, entre otros).

III. Acerca de los principios jurídicos.

Tomando en consideración que el tema de la presente ponencia versa sobre "principios constitucionales en materia tributaria y su desarrollo jurisprudencial", resulta pertinente esbozar algunas de las características generales de los denominados "principios jurídicos". En esa dirección, siguiendo a Rodríguez Bereijo, podemos sostener que los principios jurídicos se caracterizan por lo siguiente:

- Son reglas que presuponen la existencia de otras normas específicas.
- No aportan por sí mismas decisiones a casos concretos, dado, precisamente, a su generalidad.
- Indican cómo deben aplicarse las normas específicas.[2]

2 RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro. El sistema tributario en la Constitución. (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.). En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. Número 36. Septiembre - Diciembre 1992. Página 22.

En esa lógica, podemos mencionar que los principios jurídicos tienen una función positiva y una negativa. La primera de ellas está dirigida a orientar la actividad normativa; mientras que la segunda permite excluir cualquier principio o valor contrapuesto a los reconocidos constitucionalmente.

El 74.° de la Constitución

Podríamos afirmar que, fundamentalmente, los principios constitucionales tributarios o los límites materiales a la potestad tributaria del Estado, los encontramos en el artículo 74.° de la Constitución, que dispone lo siguiente:

> "**Artículo 74°**. Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.
>
> Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.
>
> Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.
>
> No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo." (El subrayado es nuestro).

Así pues, de la redacción del artículo 74° pueden extraerse directamente los siguientes principios:

- Principio de reserva de ley.
- Principio de igualdad.
- Principio de legalidad.

- Principio de no confiscatoriedad.
- Principio de respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Por su parte, podríamos afirmar que, además de los principios expresamente reconocidos en la Constitución que regulan la potestad tributaria del Estado, existe un reconocimiento tácito o implícito de los siguientes principios:

- Principio de constitucionalidad de las normas tributarias.
- Principio de capacidad contributiva.

a) El principio de constitucionalidad de los tributos.

En la referida sentencia (caso Toros 1), el Tribunal Constitucional no se limitó a enunciar los principios constitucionales expresamente consagrados en el artículo 74.° de la Constitución Política. En efecto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 51.°, que recoge los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución; se extrae el principio de constitucionalidad de los tributos, en virtud del cual se entiende que la potestad tributaria no puede quedar supeditada únicamente a los alcances del principio de legalidad tributaria, sino fundamentalmente a lo dispuesto en la Constitución.

Así, el supremo intérprete de la Constitución señala:

> "De ahí que la potestad tributaria del Estado, a juicio de este Colegiado, debe ejercerse principalmente de acuerdo con la Constitución *-principio de constitucionalidad-* y no sólo de conformidad con la ley *-principio de legalidad-*. Ello es así en la medida que nuestra Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51). Según el principio de supremacía de la Constitución todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, obliga por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública tal como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en Sentencia anterior (Exp. N.° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC 009-2005-PI/TC, fd156)." (fd. N.° 8)

b) El principio de legalidad.

Dicho principio nos informa que el ejercicio de la potestad tributaria del Estado debe realizarse a través de normas con rango de ley. Ello no implica necesariamente que el Congreso sea -en el caso del Gobierno Nacional-, el único legitimado para ejercer la potestad tributaria, sino que las normas que impongan tributos deben tener rango de ley como es el caso de la tributación municipal cuyo vehículo jurídico son las Ordenanzas.

c) El principio de reserva de ley.

Relacionado pero no idéntico con el principio de legalidad, debe ser entendido como aquel en virtud del cual el ejercicio de la potestad tributaria queda limitado a un mecanismo legislativo específico: la ley. Bajo ese contexto el Tribunal Constitucional menciona:

> "(...), el *principio de reserva de ley* significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración -entre otros- de tributos queda reservada para ser actuada únicamente mediante una ley." (STC N.° 0042-2004-AI/TC, fd N.° 10)"

El principio de reserva de ley cobra vital importancia si recordamos que nuestra Constitución no solamente reconoce la potestad tributaria a los tres niveles de gobierno, sino que prevé la posibilidad de que el Poder Legislativo delegue la potestad tributaria al Poder Ejecutivo, lo que obliga a este último a guardar un especial cuidado de los alcances formales y materiales del referido principio. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, al afirmar que:

> "En atención a esta naturaleza extraordinaria del ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo, se exige que la observancia del principio de reserva de ley, en este caso, es y debe ser aun más estricta; es decir, no sólo se debe cuidar de respetar el aspecto formal del principio de reserva de ley, sino también su dimensión material. En tal sentido, el decreto legislativo por el cual el Poder Ejecutivo ejerce la potestad tributaria debe estar sometido a los siguientes controles:
>
> 1. *Control de contenido*, a fin de verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de dichos decretos;

2. *Control de apreciación*, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo se enmarca en los parámetros de la dirección política -tributaria- que asume el Congreso de la República en materia legislativa; y

3. *Control de evidencia*, para asegurar que dicho decreto legislativo no sólo no sea violatorio de la Constitución por el fondo o por la forma, sino que también no sea incompatible o no conforme con la misma." (Fundamento Jurídico N.° 11)

d) Principio de respeto a los derechos fundamentales.

Relacionado con el principio de supremacía constitucional, informa que el ejercicio de la potestad tributaria debe respetar de no afectar derechos fundamentales. En tanto que las obligaciones tributarias no se limitan únicamente a un pago ante la realización del hecho imponible, sino que pueden implicar la imposición de obligaciones formales o de colaboración en el control por parte de la Administración Tributaria, el Estado no solamente puede afectar el derecho a la propiedad, sino también otros derechos como el secreto bancario o inviolabilidad de domicilio. Cabe hacer una reflexión que la jurisprudencia del TC a excepción de algunos casos tributarios con implicancia en el derecho de propiedad no ha tenido la oportunidad de hacer mayor desarrollo en relación a otros derechos fundamentales.

e) Principio de igualdad.

El principio de igualdad ha sido concebido como aquel en virtud del cual debe tratarse igual a quienes se encuentren las mismas situaciones objetivas, es decir, "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales". Este principio/derecho está presente en todas las materias y no solamente en la tributaria.

Así las cosas, este principio se encuentra fundamentalmente vinculado con la capacidad contributiva, la cual en la medida que depende de cada contribuyente, no todos se encuentran en la misma situación de afrontar la misma carga tributaria. Es así que en este apartado el TC ha tenido que desarrollar conceptos como el deber o más aun, principio de solidaridad del contribuyente.

En virtud de dicho principio implícitamente reconocido en el artículo 43.° de la Constitución, el Estado solicitar la colaboración de los ciudadanos en las funciones de control que debe ejercer la Administración Tributaria.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 06089-2006-AA/TC, que siguiendo la línea argumentativa del caso ITF, señala: "20. Reflejada en tales términos la solidaridad permite entonces admitir una mayor flexibilidad y adaptación de la figura impositiva a las necesidades sociales, en el entendido de que nuestro Estado Constitucional no actúa ajeno a la sociedad, sino que la incorpora, la envuelve y la concientiza en el cumplimiento de deberes.

Fd 21. En este tipo de Estado el ciudadano ya no tiene exclusivamente el *deber de pagar tributos,* concebido según el concepto de libertades negativas propio del Estado Liberal, sino que asume *deberes de colaboración con la Administración,* los cuales se convertirán en verdaderas obligaciones jurídicas. En otras palabras, la transformación de los fines del Estado determinará que se pase de un deber de contribuir, basado fundamentalmente en la capacidad contributiva, a un deber de contribuir basado en el *principio de solidaridad.* Claro está sin olvidar que la integración ciudadana y su apoyo en labores de fiscalización *no tendrían legitimidad constitucional* si el fin ulterior no fuera otro que lograr la participación igualitaria en el soporte de cargas públicas, pues ello tendrá como contrapartida el ideal de un verdadero reparto redistributivo. Dicho ideal se torna ficticio cuando no todos cumplen sus obligaciones tributarias." Lamentablemente, la interpretación que se le ha venido dando a este concepto, no es la que ha expresado el TC.

f) Principio de no confiscatoriedad.

Concebido también como la concreción del principio de proporcionalidad, implica que la carga tributaria debe ser razonable en cada caso concreto, de forma que no puede afectarse irrazonablemente el derecho de propiedad de las personas. Por ello se entiende que, en vistas que un tributo no puede ser considerado per se confiscatorio, se le entiende como un "concepto jurídico indeterminado". En los casos relativos a los juegos de casino y máquinas tragamonedas de hizo las reflexiones sobre si la sumatoria de tributos en base a una sola manifestación resultaba de por sí confiscatoria, llegando a la conclusión de que no necesariamente ocurría y que debía analizarse caso por caso. De igual forma, señala el TC que,

no se vulnera el principio de no confiscatoriedad de manera automática, si una misma actividad sirve de base para gravar dos impuestos distintos (Caso Impuesto a los Juegos y el ISC a los juegos de azar y apuestas). En el caso FONAVI, se ha reflexionado que para una confiscatoriedad cualitativa tendría que existir el supuesto de que el "Estado destina los fondos recaudados a un fin distinto del que ha predeterminado, pues tal fin justifico la recaudación".

Por último, ha referido como análisis abstracto conocer si un tributo por su alícuota o estructura es confiscatorio (Caso IEAN, ITAN).

g) Principio de capacidad contributiva.

Si bien este principio no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, es posible concluir que ha llevado a convertirse en una salvaguarda de los derechos fundamentales de los contribuyentes, que debe entenderse como el respeto que debe tener el Estado al ejercer su potestad tributaria, a la capacidad económica de los contribuyentes al momento de imponer cargas tributarias.

Ahora bien, consideramos que el respeto a este principio, de forma similar a lo que ocurre con el principio de no confiscatoriedad de los tributos, deberá evaluarse en cada caso concreto, toda vez que la capacidad económica de los contribuyentes dependerá de cada caso en particular.

Así, en el caso sobre el Anticipo del Impuesto a la Renta, se hace hincapié de que, si en el impuesto a la renta el hecho económico que sirve de sustento para la creación del tributo es la generación de renta, el mismo basamento deberá ser utilizado por el legislador para establecer el pago anticipado, generándose, en caso de producido el quiebre de dicha estructura, una colisión con el principio de capacidad contributiva, situación que ha tenido un análisis distinto para el caso del Impuesto Temporal a los Activos Netos, en el cual se lo examina como un tributo independiente.

III.- Principios Doctrinarios del Régimen Constitucional Tributario

Si bien consideramos de vital importancia el desarrollo jurisprudencial que ha realizado el Tribunal Constitucional de los principios fundamentales en materia tributaria, no podemos dejar de lado aquellos que han sido desarrollados por la doctrina y que, seguramente, de acuerdo a la casuística, irá desarrollando nuestro TC.

Ello en atención a que la potestad tributaria del Estado tiene, además de la finalidad de recabar los ingresos necesarios para financiar la actividad estatal, una finalidad redistributiva. Así lo ha entendido Alvaro Rodríguez Bereijo, que afirma:

> "(...), resulta cada vez más claro que la función de los tributos no es únicamente la de financiar los servicios públicos o el aparato estatal, sino también distribuir la riqueza en el ámbito de la comunidad. Ello implica que entre los impuestos y los gastos públicos ha de existir una íntima conexión."[3]

Pero, ¿en virtud de qué surgen los tributos desde la perspectiva del ciudadano?. En este punto existe consenso en reconocer que el correlato de la potestad tributaria del Estado es el deber general de contribuir; lo que no se limita al sostenimiento de los gastos públicos, sino que permite la imposición de otros deberes respecto de la Administración Tributaria. Es en dicho contexto que Rodríguez Bereijo sostiene:

> "En efecto, esta recepción constitucional del deber de contribuir según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato a los ciudadanos, imponiéndoles una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos, cuyo indiscutible y esencial interés público justifica también la imposición de deberes tributarios materiales y formales que constriñen la esfera jurídica de sus deberes."[4]

Principios formales del ejercicio de la potestad tributaria.

1. El principio de legalidad tributaria.

Entendido fundamentalmente como aquella prohibición de que ningún tributo puede ser establecido, modificado o eliminado sin que medie una ley; principio que a su vez se encuentra vinculado con otros como el de seguridad jurídica -toda vez que se constituye en una garantía del derecho de propiedad ante cualquier medida arbitraria por parte del Estado-.

3 RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro. El sistema tributario en la Constitución. (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.). En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. Número 36. Septiembre - Diciembre 1992. Página 17.

4 Ibid. Página 21.

2. Principio de reserva de ley.

Relacionado con el principio de legalidad, pero no idéntico. En efecto, se sostiene que todo tributo tiene que ser ejercicio por una ley, pero ello implica preguntarnos por qué elementos deben encontrarse regulados en dicha norma, permitiendo que otros se encuentren regulados por normas con rango reglamentario. Así, se entiende que puede existir tanto una reserva de ley absoluta como relativa. Por ejemplo, no cabe la posibilidad que una ley habilite que se regule mediante decreto supremo la alícuota de un impuesto, sin que existan en la norma de mayor jerarquía algunos parámetros o porcentajes mínimos y máximos.

Ahora bien, el principio de reserva de ley no solamente está dirigido a garantizar que los elementos esenciales del tributo se encuentren consagrados en una norma con rango de ley, sino también a la posibilidad de que la potestad tributaria del estado pueda ser delegada. Nos explicamos. El titular de la potestad tributaria a nivel nacional es el Poder Legislativo -salvo en el caso de los aranceles y tasas, que son competencia del Poder Ejecutivo-; sin embargo, la propia Constitución permite la figura de la delegación normativa, esto es, que sea el Poder Ejecutivo el que legisle en materia tributaria a través de decretos legislativos.

Como puede advertirse, este no es el supuesto en el cual existe una norma expedida por el Congreso que establece un tributo y deja al Poder Ejecutivo para que, mediante la expedición de decretos supremos, complemente la regulación esencial. Aquí nos encontramos en el supuesto en el que será el Poder Ejecutivo el que regulará íntegramente los elementos del tributo, siempre en el marco de lo dispuesto por la ley autoritativa.

Así las cosas, volvemos a la noción de la reserva de ley absoluta y relativa; en el sentido que existen algunas materias tributarias cuya regulación puede ser delegada al Poder Ejecutivo sin que medie una norma previa que establezca los elementos básicos de dicha materia. Sin embargo, existen también materias indelegables, como son las recogidas en el artículo 79.° de la Constitución, que hace referencia a un tratamiento diferenciado a una determinada zona del país.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido el presente principio de reserva de ley de la siguiente manera:

"(...), *la reserva de ley* significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración -entre otros- de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley. El respeto a la reserva de ley para la producción normativa de tributos tiene como base la fórmula histórica "no taxation without representation" - es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir.

3. Principio de seguridad jurídica, irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad.

Con relación al principio de seguridad jurídica, Rodríguez Bereijo, luego de analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, sostiene que cuenta con una triple dimensión:

"- Como conocimiento y certeza del Derecho positivo;

- Como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social, y

- Como previsibilidad de los efectos que se derivan de la aplicación de las normas y de las propias acciones o de las conductas de terceros."[5]

En esa dirección, debe entenderse que el principio de seguridad jurídica permite que los ciudadanos puedan conocer claramente los tributos existentes y los supuestos de hecho que estos regulan, de forma que puedan prever las consecuencias "tributarias" de sus actos. Por ello, el Tribunal Constitucional español, citado por Rodríguez Bereijo, menciona lo siguiente:

"La seguridad jurídica es, según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/1988), "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio."[6]

5 Ibid. Página 35.

6 Ibid. Página 36.

Respecto a la posibilidad de que los ciudadanos puedan conocer previamente a su realización, las consecuencias "tributarias" de su accionar, cabe mencionar que ello guarda una directa relación o implicación con el principio de no retroactividad de normas tributarias. En efecto, como lo menciona Rodríguez Bereijo:

> "En el ámbito tributario, la relación entre el principio de seguridad jurídica (protección de la buena fe, de la confianza) y los efectos retroactivos de la ley adquiere una importancia particular, puesto que el contribuyente debe poder orientarse con base en la normativa vigente en cada momento, por lo que el conocimiento y certeza acerca del Derecho vigente, la previsibilidad sobre su relativa permanencia frente a cambios sorpresivos (tutela de la buena fe, protección de la confianza) constituyen un elemento imprescindible de la tributación según el Estado de Derecho.
>
> Por tanto, aquellas normas tributarias que graven supuestos de hecho realizados antes de la entrada en vigor de la norma -constriñendo así la esfera jurídico-patrimonial del contribuyente con efectos retroactivos- pueden lesionar el principio de seguridad jurídica (y el de capacidad económica) sí y en la medida en que por su grado de retroactividad comporten una intervención del instrumento fiscal grave e imprevista respecto de situaciones jurídicas consolidadas en las cuales los sujetos pasivos podían razonablemente depositar su confianza."[7]

Los principios materiales o de justicia de la imposición.

1) El principio de generalidad tributaria.

Atendiendo a dicho principio, todos debemos contribuir en proporción a la riqueza o capacidad de pago. Por ello, se considera también que este principio impone la prohibición al Estado de conferir privilegios ni de considerar ciertas manifestaciones de la capacidad económica como inmunes al pago de tributos.

Ahora bien, precisamente debido a que dicho principio informa que todos deben contribuir en proporción a su riqueza, se permite que exista un

7 Ibid. Páginas 37-38.

trato diferenciado que permita alcanzar una situación de igualdad material, de forma que existan determinados beneficios o exenciones tributarias.

2) Principio de capacidad económica.

Según Rodríguez Bereijo, el mencionado principio cuenta con dos significados diferentes:

> "- Por una parte es la razón de ser (la ratio) o fundamento que justifica el hecho mismo de contribuir (y del cumplimiento del deber constitucional), y, por tanto, constituye el elemento indisociable de la tipificación legal impositiva que legitima constitucionalmente el tributo. Se debe porque se tiene capacidad económica para soportar el gravamen tributario. En este sentido, la capacidad económica es la aptitud para contribuir.
>
> - Por otra, el principio de capacidad económica es la medida, razón o proporción de cada contribución individual de los sujetos obligados al sostenimiento de los gastos públicos. Se debe según la capacidad que se tiene. Lo que ha de tener su reflejo en el hecho imponible y en los elementos esenciales que determinan la cuantificación del tributo. Son los dos aspectos que la doctrina, sobre todo italiana, suele distinguir dentro del concepto de capacidad contributiva, la capacidad absoluta y la capacidad relativa."[8]

3) Los principios de igualdad y de progresividad tributarias.

Relacionados ambos, podría sostenerse que el principio de igualdad en materia tributaria está dirigido a garantizar que se imponga la misma carga tributaria a quienes se encuentran en la misma capacidad de soportarla. Asimismo, dicho principio comporta la obligación del Estado de establecer regímenes o tratamientos tributarios diferenciados a aquellos grupos que se encuentran en una situación de desigualdad material.

Pues bien, la relación entre ambos principios constitucionales se materializa precisamente en la existencia de estos regímenes o tratamientos

8 RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro. El sistema tributario en la Constitución. (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.). En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. Número 36. Septiembre - Diciembre 1992. Página 43.

diferenciados, puesto que los mismos permiten que se arribe a un sistema tributario justo y distributivo de las cargas tributarias según la capacidad económica de las personas.

Rodríguez Bereijo sostiene, en el caso español, que el Tribunal Constitucional entiende el principio de progresividad de la siguiente manera:

> "- como un principio que opera en el conjunto del sistema tributario y no en todos y cada uno de los impuestos que lo integran. (...)
>
> - y como un principio que puede operar (al igual que acontece con el principio de capacidad económica) no sólo en el momento del establecimiento o creación de los tributos, sino en todas las fases de la aplicación de los tributos y, por tanto, también en el régimen de infracciones y sanciones tributarias.".[9]

4) Principio de no confiscatoriedad.

Se constituye en una garantía del derecho de propiedad, en el sentido que impone al Estado la obligación de imponer cargas tributarias que resulten proporcionales a su capacidad económica.

Así, por ejemplo, en la STC N.° 001-2004AI/TC y 002-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional desarrolló lo que debíamos entender por el referido principio, al afirmar que:

> "El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no afecte irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.
>
> Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria." (Fundamento Jurídico N.° 42)

En el caso de arbitrios, uno de los más relevantes en materia tributaria, el Tribunal Constitucional ha tomado en consideración algunos elementos que pueden permitirnos evaluar la confiscatoriedad de los mismos. Así, señaló que:

9 Ibid. Páginas 52-53.

"En términos generales, la evaluación de confiscatoriedad en el caso de arbitrios, se manifiesta por la determinación del monto global del arbitrio sobre la base de montos sobrevaluados o, en el caso de montos no justificados, por la falta del informe técnico financiero que demuestre la determinación de costos.

En el caso concreto, el contribuyente deberá acreditar lo que alega mediante los documentos mínimos indispensables (liquidaciones, órdenes de pago, determinaciones, así como otros elementos que demuestren la falta de recursos para asumir la carga o la no puesta a su disposición del servicio cobrado); sin embargo, será la Municipalidad quien asuma el mayor peso de la carga probatoria, debiendo ser ella quien demuestre la razonabilidad entre el costo del servicio y el monto exigido al contribuyente en cada caso específico"[10]

No obstante dicha consideración que puede existir una afectación al principio de no confiscatoriedad por sumatoria de tributos; el supremo intérprete de la Constitución menciono que no existe una confiscatoriedad *per se* en los supuestos en los que una misma actividad se grave con dos impuestos distintos. En efecto, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico de la sentencia mencionada señala lo siguiente:

"Ahora bien, ¿se vulnera el principio de no confiscatoriedad de manera automática, si una misma actividad sirve de base para gravar dos impuestos distintos?. La respuesta es negativa. Y es que, la capacidad contributiva de una persona es una sola (cuestión distinta a su expresión en diversas manifestaciones), y todos los tributos que recaen en el mismo contribuyente afectan un mismo patrimonio. En ese sentido, la confiscatoriedad no se configura por sí misma si un mismo ingreso económico sirve de base imponible para dos impuestos, sino más bien, en estos casos, lo que deberá analizarse es sí, a consecuencia de ello, se ha originado una excesiva presión tributaria sobre el contribuyente, afectando negativamente su patrimonio."

10 STC N.° 0053-2004-PI/TC.

5) Principio constitucional de justicia en el gasto público.

El mencionado principio informa que el ciudadano tiene "derecho" a poder gozar de los beneficios de los gastos público que colaboró a financiar. De ahí que Rodríguez Bereijo sostenga que:

> "... Pero el gasto no solamente constituye en este sentido un derecho del ciudadano; mi derecho, en cuanto ciudadano, a los gastos públicos no es sólo a que prepondere la equidad en su distribución, sino también a que su programación, su presupuestación y su control tengan lugar con arreglo a los principios de economicidad y eficiencia."[11]

6) Principio de respeto a los derechos fundamentales.

Atendiendo a los principios de interpretación constitucional de unidad de la Constitución y fuerza normativa de Estado; surge el principio de respeto de los derechos fundamentales. Y es que, como ya se ha mencionado, las obligaciones tributarias no tienen una incidencia solamente en el derecho de propiedad, sino que en el marco de las obligaciones tributarias de colaboración con las funciones de fiscalización de la Administración Tributaria, surge la posibilidad que otros derechos fundamentales puedan ser vulnerados, como los derechos constitucionales al secreto bancario, inviolabilidad de domicilio, debido proceso (fundamentalmente en aquellos supuestos en los que se instaure un procedimiento administrativo sancionador), entre otros.

IV.- A manera de conclusión

- Nuestra Constitución Política ha reconocido una diversidad de principios fundamentales que rigen la materia tributaria no solamente en lo relativo a quiénes pueden ejercer legítimamente la potestad tributaria del Estado, sino también los mecanismos a través de los cuales esta se hace efectiva y los parámetros de razonabilidad de los mismos.
- Sin embargo, cabe recordar que el respeto de los principios constitucionales tributarios no podrán ser valorados en su totalidad desde una perspectiva abstracta y genérica, sino que deberá apreciarse la

11 Ibid. Página 56.

realidad de cada caso concreto para determinar si una norma o acto que demuestre el ejercicio de la potestad tributaria, cumple o no con determinados principios, como son los casos de la no confiscatoriedad de los tributos y de la capacidad contributiva.

- En perspectiva el TC cuenta con una línea jurisprudencial más o menos, solida, en materia de tributación constitucional. Ello, no significa que haya desarrollado toda la temática y problemática que genera la materia bajo análisis. Sin embargo, confiamos en que seguirá la línea trazada para el desarrollo del contenido de otros principios del régimen fiscal.
- Es importante hacer una reflexión que como punto de partida el TC ha cumplido con dotar de contenido a los principios de orden tributario pero en contraparte también, debe existir un desarrollo de las obligaciones y deberes del contribuyente.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Fundamentos y una aproximación a los Derechos Fundamentales del Consumidor

Christian Donayre Montesinos[1]

Resumen

El sistema de protección al consumidor ha adquirido en el Perú una importancia capital. En los últimos años el interés por la materia no solo desde el Derecho sino desde otras disciplinas va en aumento y así también los estudios dedicados a ella. Sin embargo, curiosamente, aún a la fecha es poco lo que se ha dicho al respecto de la perspectiva constitucional. Si bien de un tiempo a esta parte tal omisión se ha intentado superar, aún es poco lo trabajado en contraste con otras áreas del Derecho. El presente texto intenta sumarse a esos esfuerzos y busca, por ello, ofrecer una aproximación constitucional a temas tan importantes como los

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma casa de estudios. Master en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid (España). Fue Director Académico del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico, en donde se desempeña actualmente como profesor de su Facultad de Derecho. Actualmente, es además, Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura y docente del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

presupuestos constitucionales del sistema de protección al consumidor, el concepto de consumidor y sus derechos fundamentales.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO" Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La protección del consumidor, muy a pesar de su singular importancia para el modelo económico constitucionalmente vigente en nuestro país[2], ha sido sobre todo de especial atención y desarrollo por el derecho administrativo, siendo a la fecha muy pocos los estudios dedicados a la materia desde la perspectiva constitucional[3]. Sin embargo, en los últimos años hemos sido testigos de algunos esfuerzos por recuperar el tiempo perdido[4].

Tal vez uno de los mayores detonantes de este ligero cambio de rumbo haya sido una que otra sentencia del Tribunal Constitucional que, independientemente de alguna limitación, pone de manifiesto la necesidad

2 Para mayor detalle recomendamos revisar KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

3 Si bien esta situación es comprensible si tomamos en consideración que la principal instancia llamada a ocuparse de la protección del consumidor en el Perú es el Indecopi, cuyos procedimientos y decisiones se enmarcan en la legislación administrativa; ello no es óbice para admitir cierto desinterés por parte del sector constitucional por la materia, más aún si tomamos en cuenta que ya vamos más de veinte años con el mismo régimen constitucional económico vigente y son aún escasísimos los estudios dedicados al tema.

4 Entre los esfuerzos que podemos mencionar que van en ese sentido en se encuentran: KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 306 y ss; SÁENZ DÁVALOS, Luis. *La defensa del consumidor en el Derecho Constitucional*. En: Revista Jurídica del Perú N° 42.Trujillo: Editora Normas Legales, enero 2003, p. 115 y ss; SOSA SACIO, Juan Manuel. *Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: SÚMAR, Óscar (Editor). *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2011, p. 141 y ss; VILELA CARBAJA, Jorge Eduardo. *Fundamento constitucional de la protección del consumidor y de los principios rectores del nuevo Código del Consumidor*. En: Gaceta Constitucional N° 36. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2010, p. 337 y ss.

y pertinencia de darle un enfoque constitucional al tema[5], lo que además no es ajeno a lo que viene sucediendo en otras áreas del Derecho.

No obstante, esta nueva forma de ver las cosas no sólo resulta pertinente por lo que se pueda aportar desde la perspectiva constitucional para la resolución de los casos, sino también como producto del influjo de algunas consideraciones actuales vinculadas con la Constitución, que obligan a una comprensión del poder en general y del Estado en particular muy ligada a una lógica normativa del contenido constitucional y del carácter iusfundamental de los derechos[6].[7] Esto que ingresa dentro de un fenómeno

5 Quizá la sentencia que convenga traer a colación en este sentido es la recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, en tanto no sólo da cuenta de los presupuestos constitucionales del régimen económico vigente sino que también se ocupa, de forma sistemática, de los alcances de algunas de las libertades económicas más relevantes.

6 Conforme ponen de manifiesto algunos destacados profesores, existe en definitiva una estrecha relación entre la jurisdicción constitucional y la consolidación de la democracia, sobre todo a partir de una concepción de la Constitución como la norma fundamental destinada a limitar el poder con el objeto de promover la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en tanto valores superiores en un determinado contexto histórico y social. Desde este punto de vista, por lo menos en los países que se precian de ser democráticos, se puede constatar una tensión entre la dinámica de la política y la preocupación por consolidar la vigencia de la Constitución como norma jurídica. Puede revisarse a este respecto: ALEXY, Robert y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Jueces y ponderación argumentativa.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2006, p. 78-81; FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho.* En: CARBONEL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores). *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina.* México: Siglo veintiuno editores, 2002, p. 187-204; NOHLEN, Dieter. *Derecho y política en su contexto.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 1-30; SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia *constitucional. Una radiografía teórica.* México: Fondo de Cultura Económica e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 197-229.

7 Entre los interesantes trabajos sobre el particular podemos mencionar, sin perjuicio de uno que otro matiz: AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional.* Lima-Bogotá: Palestra Editores y Temis, 2004, especialmente p. 15-62; DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática.* Madrid: Taurus, 1969, p. 31 y ss; HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional.* Lima: Fondo Editorial

que ha sido denominado por varios sectores como "Constitucionalización del Derecho"[8], puede explicar entonces de pronto tanto la necesidad como la deuda que tenemos los constitucionalistas en lo que concierne al tema de la protección del consumidor.

Si bien este trabajo no busca saldar aquella deuda, sí tiene por objeto poner el asunto por lo menos a debate y sumarse a aquellos pocos esfuerzos que han intentado ofrecer respuestas a algunas de las preguntas que estamos obligados a dar desde nuestra especialidad. En este sentido y dentro de los límites de espacio asignados, nos proponemos desarrollar temas como los presupuestos constitucionales de la defensa y protección de los consumidores, el concepto constitucional de consumidor y sus derechos fundamentales.

2. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Como decíamos, el hecho que actualmente haya un mayor interés de parte del Derecho Constitucional por inmiscuirse en el estudio y análisis de materias tradicionalmente propias de otras disciplinas o áreas del Derecho, responde, entre otras cosas, a un cambio de paradigmas producto de una noción de Constitución que busca imponer su carácter normativo e iusfundamental en todo ámbito de ejercicio de poder[9].

---

de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México-Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003; LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995; por citar tan sólo algunos ejemplos.

8 GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara, 2001, p. 153-183. Aun cuando está enfocado sobre todo al fenómeno de la constitucionalización del Derecho en Brasil, resulta del mayor interés revisar también: BARROSO, Luis Roberto. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 19-66.

9 A este respecto resulta por demás recomendable revisar los importantes textos de Manuel Aragón Reyes, entre los cuales podemos mencionar *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*. En: Revista Española de Derecho Constitucional N° 19. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 17 y ss; *La Constitución como paradigma*. En: AA. VV. *El significado actual de la Cons-*

Como no puede ser de otra manera, a aquella comprensión no escapa el poder que ejercen los proveedores en las relaciones de consumo que construyen con los consumidores, ni mucho menos la atribución que se reserva el Estado para resolver las controversias que se generen en su seno. Es por esto que conviene explicar el sustento constitucional sobre todo de esta última cuota de poder, ya que, como se podrá comprobar más adelante, trae consigo el quiebre del rol neutral que en principio le asiste a un Estado en el despliegue de las libertades económicas, para asumir más bien un papel protector a favor de uno de los extremos de aquella relación de consumo[10]. Semejante cambio merece, sin duda alguna, un fundamento constitucional.

2.1 EL RECONOCIMIENTO FORMAL DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTEGER A LOS CONSUMIDORES

En el Perú uno podría dar una explicación muy sencilla, por no decir simplista, a la perspectiva con que el Estado enfrenta los casos relacionados con los actos de consumo. En efecto, basta con revisar el artículo 65° de la Constitución para observar como en nuestro país el constituyente ha

---

titución. Memoria del Simposio Internacional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 19 y ss; y sus obras intituladas *Constitución y control del poder.* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 11-65; y *Constitución, democracia y control.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 81-213.

10 Conforme veremos más adelante, este cambio de perspectiva responde a que, desde una mirada objetiva del acto de consumo, no cabe la menor duda, conforme además ha señalado el propio Tribunal Constitucional, que el consumidor es el fin de toda actividad económica, es decir "*... es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando el bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios*" (Expediente N° 008-2003-AI/TC, Fj 28). Sin embargo, como se puede observar, la alusión al consumidor como el fin de la actividad económica en este caso no toma en consideración las particularidades con que éste actúa al momento de llevar a cabo el acto de consumo, de manera que lo concibe como un agente más del mercado. Cosa distinta ocurre cuando se aprecia el mismo acto, pero desde una perspectiva subjetiva, pues desde punto de vista se pone de manifiesto que en rigor se trata de una relación asimétrica como producto del poder fáctico de los proveedores, lo que obliga al Estado a adoptar un rol protector a su favor (Expediente N° 0018-2003-AI/TC, Fj 2). Así, el consumidor pasa a ser el fin, pero esta vez ético de la actividad económica y, por consiguiente, no es tan sólo un agente más que participa en el mercado.

optado claramente por una visión de la relación de consumo en la que el proveedor es la parte más fuerte y el consumidor, la más débil. Efectivamente, sin dejar un margen de duda, el mencionado precepto constitucional inicia haciendo énfasis en la obligación del Estado de defender el interés de los consumidores y usuarios, para luego entrar a precisar algunos de sus derechos.

Vistas así las cosas, ante la pregunta en torno al sustento constitucional de aquella perspectiva no neutral con que el Estado asume las relaciones de consumo, la respuesta podría ser tan simple y sencilla como "esto es así porque la Constitución así lo dice". Evidentemente, semejante respuesta peca no sólo de simple sino también de insuficiente, pues se apoya en una comprensión netamente formal de las cosas y no aporta elementos argumentativos a favor de un sistema de protección al consumidor. Más aún, semejante argumento no contribuye a responder la misma pregunta en cualquier otro escenario en el que no se tenga un dispositivo constitucional como el citado artículo 65° de la Constitución peruana. Es por esto que nos ocuparemos de sumar a aquel argumento, insistimos de carácter formal, algunas razones que consideramos de fuerza para tanto sustentar como comprender el deber especial de protección que tiene el Estado para con los consumidores.

2.2 EL RECONOCIMIENTO MATERIAL DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTEGER A LOS CONSUMIDORES

En ese orden de ideas, un elemento que no puede ser pasado por alto cuando se intenta justificar desde una perspectiva constitucional un sistema de protección al consumidor es el modelo económico vigente. En nuestro país se ha optado por una economía social de mercado que implica, por un lado, la promoción de la iniciativa privada[11] en un esquema libre

11 De acuerdo con el Tribunal Constitucional, se trataría del derecho fundamental de toda persona "*...a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material*" (Expediente N° 008-2003-AI/TC, Fj. 17).

Sobre el particular, MARTIN TIRADO, Richard. *Balance y perspectiva del régimen de las iniciativas privadas en el Perú*. En: DONAYRE MONTESINOS, Christian (Compilador).

competencia y por otro lado, un Estado garante del bienestar social, es decir, empleos productivos, trabajo digno, reparto justo del ingreso y en ese sentido, interesado en defender y proteger a los consumidores.

Desde esa perspectiva, se puede apreciar que en la lógica de una economía social de mercado el acto de consumo es observado desde una visión subjetiva, mas no objetiva. En efecto, mientras que una noción objetiva del acto de consumo conllevaría a identificar al consumidor como simple y llanamente quien concluye el círculo económico, en una noción subjetiva se presta atención a las condiciones en que participan cada uno de los sujetos que intervienen en la relación de consumo[12]. Esto significa que la asimetría en torno a la cual se construye tal relación pasa a cobrar importancia al extremo que el Estado se ve obligado a asumir un rol protector a favor de quien está en desventaja, dejando de lado el de mero facilitador de la construcción de relaciones comerciales.

Vistas así las cosas, si partimos de que en el Perú el régimen económico es el de una economía social de mercado, encontraremos una razón de carácter más material que formal, para comprender y justificar el deber especial de protección que le asiste al Estado respecto de los consumidores. Sin embargo, este no es el único argumento que podríamos sumar al abanico de razones que permiten dar cuenta de dicha obligación.

2.3 LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

A lo antes expresado podríamos añadir que, en términos estrictos, la protección del consumidor como deber estatal no debería extrañar si lo analizamos desde el enfoque de la evolución de los derechos fundamentales y dentro de dicha evolución, si lo visualizamos a la luz del fenómeno de la especificación de los derechos. Efectivamente, sin ánimo de detallar aquí el derrotero que han seguido los derechos fundamentales hasta nuestros días, habría que enfatizar que en ese devenir se han identificado por lo menos cuatro fenómenos que dan cuenta tanto de los cambios que han

Constitución, economía y empresa en el Perú. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2010, p. 19 y ss.

12 Revísese lo señalado en la nota al pie número 9 del presente trabajo.

sufrido en cuanto a su reconocimiento, respeto y tutela como también respecto de su comprensión y alcances[13].

En primer lugar, para nadie es un secreto que el catálogo de los derechos se encuentra en constante crecimiento. La explicación de esta situación tiene que ver con concebir los derechos fundamentales como límites del poder, siendo el caso que ante nuevas expresiones de ese poder (producto de los avances tecnológicos, informáticos, etc.) que ponen en peligro la dignidad de la persona, ésta debería contar con las armas para hacerle frente, lo que, dependiendo de cada situación en particular, conlleva a reconocerle nuevos derechos fundamentales. Por tal motivo, este fenómeno ha sido catalogado por un sector como el de la ampliación de los derechos.

En segundo término, la discusión en torno a la fundamentación de los derechos fundamentales es conocida y si bien este no es el espacio para ahondar en ella, no menos relevante es el tema de su eficacia. Por ello, sin perjuicio del debate ético o valorativo que subyace al primer gran tema en torno a los derechos, de cara al segundo la solución que se ha ofrecido ha sido el de su positivización. En este sentido, a partir del reconocimiento del derecho en una norma jurídica, se busca poner a su servicio la fuerza del Estado para hacerlo exigible y por consiguiente, eficaz[14]. Este fenómeno ha sido catalogado precisamente como la positivización de los derechos.

Por su parte, si bien actualmente nos encontramos con un sinnúmero de tratados, convenios y normas de alcance internacional en materia de

13 Los fenómenos a los que haremos referencia a continuación han sido ampliamente desarrollados por múltiples manuales y textos que versan sobre la teoría general de los derechos fundamentales, al respecto recomendamos revisar DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid: Thomson, Civitas, 2005; PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Madrid: Tecnos, 2007; entre otros.

14 A este respecto es conocida la frase acuñada por Norberto Bobbio, en el sentido que *"...el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos, como el de protegerlos..."* y que, en su oportunidad, desató una polémica por demás interesante. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991, p. 61. Tamaña expresión dio lugar a un conocido debate en torno al grado de importancia que correspondía darle al tema de la fundamentación de los derechos y al de su protección.

derechos, habría que recordar que esto no siempre fue así. En efecto, esto que hoy se asume con mucha naturalidad, al extremo de que incluso han pasado a formar parte de los parámetros que deben ser observados por los jueces en general y los jueces constitucionales en particular al atender casos de violaciones a derechos fundamentales[15], encuentra justificación en dos circunstancias muy relevantes.

15 Evidentemente, estamos haciendo referencia al denominado "control de convencionalidad" y que fue encontrando correlato en nuestro país tanto a partir de algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de algunas normas jurídicas que daban pie a ello, como sobre todo por algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así el Tribunal Constitucional, tras otorgarle rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos (Expediente N° 00047-2004-AI/TC, Fj. 22), en sentencias como la recaída en el caso "Alfredo Víctor Crespo Bragayrac" va a señalar que la interpretación de los derechos conforme a los tratados, que se desprende por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, "*...contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región*" (Expediente N° 0217-2002-HC/TC, Fj 2).

Tal criterio sería luego recogido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de que a nivel de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se han sentado los cimientos de lo que hoy que se conviene en denominar el control de convencionalidad. Sobre el particular, por ejemplo, en el caso "Almonacid Arellano y otros contra el Gobierno de Chile", con sentencia de fecha del 26 de setiembre de 2006, la corte va a señalar:

"*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias su objeto y fin, y desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, última intérprete de la Convención Americana*" (Fj. 124).

Así también, en el caso "Trabajadores cesados en el Congreso", con sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, la Corte va a señalar:

"*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de*

La primera de ellas tiene que ver con el lamentable suceso de la segunda guerra mundial y la segunda, con el reconocimiento de derechos cuyas violaciones trascienden las fronteras de un país. Así por un lado, la crueldad de la guerra puso en evidencia que el argumento de la soberanía de los Estados es a todas luces insuficiente para dejar en indefensión a la persona frente al yugo opresor de los gobiernos de turno, obligándolos por consiguiente, a asumir compromisos internacionales en lógica de estándares mínimos de respeto a los derechos.

Y por otro lado, se constató que existen ciertos derechos que tienen la particularidad de que las consecuencias de su violación alcanzan a toda la humanidad, siendo irrelevante, por lo tanto, el lugar de la trans-

---

la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad , sino también de la convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones" (Fj. 128).

Tales criterios han sido reproducidos en sucesivas sentencias posteriores conforme se puede observar, por ejemplo, en los casos "La Cantuta", de fecha 29 de noviembre de 2006; "Boyce", de fecha 20 de noviembre de 2007, entre otros.

Vistas así las cosas, los tratados sobre derechos humanos en general y las decisiones que los interpretan de forma vinculante en particular pasan a erigirse en límites al juez constitucional (DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Hacia un juez constitucional autorestrictivo, previsor y responsable.* En: CÓRDOVA SHAEFER, Jesús (Coordinador). *Garantías constitucionales. Estudios & Jurisprudencia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2009); aunque ello no signifique que sea sencillo compatibilizar semejante obligación con las responsabilidades, limitaciones y condicionamientos normativos internos. Para estos efectos, son interesantes los aportes de IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. *Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En: Anuario de Derechos Humanos N° 8. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2012, p. 103 y ss; HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).* Estudios constitucionales [online]. 2009, vol.7, n.2 [citado 2015-03-08], pp. 109-128 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005; entre otros.

gresión. Clara muestra de esto es, pues, el derecho al medio ambiente, en cuyo caso independientemente de donde haya ocurrido el acto lesivo, no puede negarse que los efectos terminan siendo asumidos por todos. Esta circunstancia relativa al medio ambiente, como se sabe, ha obligado a los Estados a suscribir acuerdos internacionales destinados a sentar los límites máximos permisibles, lo que se enmarca en el fenómeno de la internacionalización de los derechos del cual venimos a dar cuenta.

Ambos factores, entonces, explican un fenómeno no sólo manifiesto sino además con una marcada tendencia a imponerse sobre viejas teorías que enarbolan el argumento de la soberanía o de un nacionalismo injustificado para desentenderse de compromisos internacionalmente asumidos a favor de la persona. La internacionalización de los derechos es, pues, un fenómeno vigente, latente y permanente.

Muy a despecho de la importancia que reviste cada uno de los fenómenos a los que se ha hecho mención, el que resulta especialmente de interés, pues contribuye a comprender, desde una perspectiva constitucional, la pertinencia de un sistema de protección del consumidor, es el fenómeno de la especificación de los derechos fundamentales, cuyos alcances pasaremos a explicar a continuación.

En primer lugar, habría que dejar en claro que el reconocimiento permanente de derechos a la persona es insuficiente, si el Estado no adopta las medidas que coadyuven a que su ejercicio sea precisamente posible de llevar a cabo por toda persona. En otros términos y haciendo uso de una expresión ya acuñada aquí, la positivización de un derecho fundamental es tan sólo parte de la solución al problema de su eficacia. Así, se torna indispensable, a su vez, prestar atención a ciertos sectores o grupos de personas que manifiestan alguna particularidad que, de no ser tomada en cuenta, podría erigirse en un vehículo que perturbe el ejercicio de un derecho fundamental.

Efectivamente, es el caso que hay grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad en cuanto al despliegue de su libertad individual. Tal vulnerabilidad puede responder a algún condicionamiento de carácter físico. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los niños, los adultos mayores o las personas con discapacidad, en donde la indiferencia del factor físico, que sin duda condiciona el ejercicio de sus derechos, puede dar lugar a serias situaciones lesivas para ellos.

No obstante, también puede tratarse de un condicionamiento de carácter social. Si tomamos en cuenta la marginación social de la que ha sido y aún es objeto en algunos ámbitos y espacios la mujer, y si el Estado no tomara en cuenta tal factor, no cabe la menor duda que estaríamos ante un grupo humano gravemente perturbado en cuando al despliegue de sus derechos, tal como también viene sucediendo con la comunidad LGBT, por citar tan sólo otro ejemplo.

O también, tal condicionamiento puede responder simple y llanamente al hecho inevitable de que ciertas relaciones jurídicas se construyen sobre la base de presupuestos fácticos, que dan lugar a que una de las partes se encuentre en desventaja. Habría que recordar que, por ejemplo, en el marco de una relación laboral, por los presupuestos fácticos con que tanto el empleador como el trabajador participan en ella, no se puede negar que es el primero el que está en posición de ventaja respecto del segundo. No darle cobertura jurídica a este elemento conllevaría a que el trabajador sea objeto de perturbaciones en sus derechos.

En ese orden de ideas, habiendo quedado claro que el reconocimiento de los derechos es tan importante como su respeto y protección, en casos como los mencionados el Estado tiene entonces la obligación de adoptar medidas específicas (de ahí el nombre del fenómeno) con el objeto de impedir que factores como los señalados se erijan en vehículos o medios de los cuales se sirva el agresor para transgredir derechos fundamentales.

Para tal efecto, el Estado dicta disposiciones normativas específicas (Ley del Adulto Mayor, Código del Niño y del Adolescente, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convenio 169 de la OIT de los derechos de los pueblos indígenas, entre otros); crea órganos especiales de protección (Defensoría del Niño y del Adolescente, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, etc.) o inclusive adopta políticas públicas que se traducen en incentivos o medidas que buscan mitigar los efectos de la diferenciación (ley de cuotas, reserva de plazas en concursos públicos, otorgamiento de un puntaje adicional, etc.), por citar tan sólo algunos ejemplos[16].

16 Este tipo de medidas han sido calificadas también por la doctrina como actos de discriminación positiva, en razón de que a diferencia de los actos de discriminación negativa, no constituyen propiamente una contravención al principio de igualdad, sino que, por el contrario, buscarían una concretización de dicho principio

Ahora bien, volviendo al tema de la protección del consumidor y su vinculación con el fenómeno que hemos explicado, el lector podrá apreciar que lo que ocurre en una relación de consumo no es muy distinto a lo que sucede en el caso de una relación laboral, es decir, como se ha visto, en ambos casos estamos ante un escenario en el que se construye una relación jurídica, con la particularidad de que las partes que actúan en ella no lo hacen en igualdad de condiciones. En efecto, la asimetría informativa, que es el aspecto que marca más claramente la diferencia entre la posición del proveedor y del consumidor al momento de realizarse el acto de consumo, pone de manifiesto la situación de desventaja del consumidor y, por lo tanto, pasa a ser una de las razones de fuerza que habilitan la intervención del Estado para promover el respeto y la protección de sus derechos.

En esa línea de pensamiento, y entre las medidas específicas de garantía adoptadas por el Estado en procura de los derechos de los consumidores está, por un lado, la dación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571) y, por otro lado, la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi). Ambas iniciativas se enmarcan, entonces, en el deber especial de protección que asume el Estado para con ellos cuyo sustento constitucional, como se ha visto, encuentra asidero en razones de carácter sustancial, muy a despecho de su consagración formal en la Constitución peruana.

---

sobre la base de las particularidades jurídicamente relevantes de determinados grupos o sectores. En efecto, la dificultad para aplicar el principio de igualdad radica en dilucidar cuándo las diferencias entre los supuestos que se comparan resultan sustanciales. Así, en los casos en que sea así, lo que corresponde, para cumplir con las exigencias del principio es diferenciar (principio de igualdad por diferenciación), y en aquellaS situaciones en que más bien las diferencias no son sustanciales, se debe proceder a equiparar (principio de igualdad por equiparación). Visto el fenómeno de la especificación de los derechos fundamentales desde esta perspectiva, como se podrá observar, de lo que se trata es de poner de manifiesto las diferencias entre el común de las personas y quienes se encuentra en la presunta situación de vulnerabilidad para luego, sobre la base de tal comparación y en atención al fin u objeto de la medida que se pretende adoptar, determinar si en efecto corresponde o no hacer un distingo de cara a optimizar los derechos fundamentales del grupo que se muestra desfavorecido. A mayor abundamiento sobre los alcances de principio, véase: FIGUEROA, Rodolfo. *Igualdad y discriminación*. En: Cuadernos de Análisis Jurídicos. Serie de Publicaciones Especiales N° 10. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, octubre 2000, p. 9 y ss.

2.4 EL CARÁCTER INTERDEPENDIENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELEVANCIA PARA LAS RELACIONES DE CONSUMO

No obstante, si lo expuesto hasta aquí no fuera suficiente para dar cuenta de algunos presupuestos de naturaleza constitucional que dan forma y, por lo tanto, configuran el deber especial de protección del Estado para con los consumidores, habría que poner también sobre la mesa las implicancias de un acto de consumo en los derechos fundamentales.

Nos explicamos: los derechos fundamentales, por su propia naturaleza, acompañan a la persona en todo ámbito o espacio de su vida. Si bien hay derechos que se tornan eficaces en determinados escenarios (como por ejemplo los derechos a la remuneración, de sindicación y huelga adquieren especial significación en el marco de una relación laboral); en el caso de la relación de consumo, muy a despecho de la relevancia que reviste el derecho a la información, a la salud y a la seguridad (que son los enunciados en nuestra Constitución al ocuparse de la defensa de los consumidores), los derechos fundamentales que entran en juego y que pueden verse afectados son prácticamente innumerables.

Tal situación se debe a que el objeto de la transacción comercial es un bien o servicio que desde la perspectiva del consumidor atendería la necesidad que busca satisfacer. Pues bien, dependiendo de tal necesidad, el bien o servicio que presuntamente estarían a su disposición para satisfacerla y de las condiciones en que finalmente se lleva a cabo el acto de consumo, el abanico de derechos fundamentales cuya afectación se torna posible es, en puridad, impredecible[17].

Si a lo expuesto añadimos que la afectación de un derecho fundamental puede traer como correlato el menoscabo de otro derecho y así sucesivamente, la preocupación constitucional sobre la manera como el Estado protege a los consumidores es insoslayable. Esto último, que no es otra cosa que el carácter interdependiente de los derechos fundamen-

17 Así, conforme ha destacado el propio Tribunal Constitucional peruano las disposiciones constitucionales como el propio artículo 65°, *"...albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas..."*. (Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 10).

tales[18], se erige entonces en otra razón de fuerza para no sólo justificar sino configurar de manera óptima un sistema de protección a favor de los consumidores.

3. EN TORNO AL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE CONSUMIDOR

Si a partir de lo señalado hasta aquí es posible comprender razonablemente y desde una perspectiva constitucional por qué en una relación de consumo el Estado está llamado a romper el rol neutral que en principio le corresponde cuando se trata del ejercicio de las libertades económicas y asume más bien un papel tuitivo a favor de los consumidores, no menos relevante es entrar a desarrollar algunas ideas en torno a lo que desde nuestra Constitución se puede entender por consumidor.

Sobre el particular habría que empezar advirtiendo que el concepto constitucional de una determinada institución o categoría jurídica no tiene que necesariamente definirse sobre la base de consideraciones de carácter infraconstitucional, esto es, en función de lo que diga por ejemplo la ley o el reglamento. Por el contrario, el hecho que la Constitución sea un plexo normativo abierto en sus formulaciones a fin de ser una plataforma válida para canalizar opciones valorativas o políticas diferentes, permite que dicho concepto constitucional sea más abierto u omnicomprensivo que el asumido por el legislador[19].

---

18 El argumento del carácter interdependiente de los derechos fundamentales ha constituido una de las razones de fuerza para poner de manifiesto la pertinencia de reconocer los derechos económicos, sociales y culturales también con tal calidad, conforme puede dar cuenta NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano.* Estudios constitucionales [online]. 2009, vol.7, n.2 [citado 2015-03-09], pp. 143-205. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007. En el caso del consumidor permite evidenciar la necesidad de la protección de sus derechos como consecuencia de los efectos a los que puede dar lugar el acto de consumo.

19 Una clara muestra de lo recientemente afirmado es lo sucedido con el derecho a la propiedad, cuyos alcances inicialmente fueron definidos por el Tribunal Constitucional peruano justamente sobre la base de aquellas consideraciones más generales y valorativas, al punto que podíamos ver una concepción de la propiedad conforme con la función económica que está llamada a cumplir

Sin negar entonces que pueden haber interpretaciones constitucionales a la luz de la ley, pero que no toda interpretación legislativa es indefectiblemente constitucional, podemos distinguir, en términos generales, entre los conceptos constitucionalmente posibles de los constitucionalmente imposibles. La diferencia entre ambos radica en su conformidad o no con los principios y normas constitucionales[20].

Ahora bien, en lo que concierne a la protección del consumidor, como se sabe, en primer lugar, manejamos una definición estricta según la cual se considera como tal al destinatario final del bien o servicio[21]. A

(promover la inversión y la explotación racional de los bienes). Justamente, tal formulación podía llevarnos a afirmar que tanto la posesión como la concesión, a pesar de ser figuras legislativamente diferentes a la propiedad, para efectos constitucionales podían recibir la misma protección que ésta. Aun cuando el derrotero de la jurisprudencia constitucional va terminar por desencantarnos, lo acontecido con el derecho a la propiedad es una muestra gráfica de lo que buscamos sostener sobre la diferencia entre conceptos constitucionales y legales de instituciones y categorías jurídicas. A mayor abundamiento sobre lo afirmado respecto del derecho de propiedad puede revisarse: PASQUEL, Enrique y ALVARADO, Omar. *Nadie sabe para quien trabaja. La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: DONAYRE MONTESINOS, Christian (Compilador). *Constitución, economía y empresa en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2010, p. 47 y ss.

20 Así, por ejemplo, si bien el legislador en nuestro país ha optado por un concepto de matrimonio según el cual éste es heterosexual, lo cierto es que la Constitución peruana permitiría, como concepto también posible, el matrimonio homosexual, como quiera que no sólo no tenemos precepto alguno que lo impida sino que inclusive ello podría guardar conformidad con otros principios de raigambre constitucional. En este sentido, el legislador, dentro de su discrecionalidad, habría optado por la posibilidad de una forma de matrimonio que admite sólo que éste se dé entre hombre y mujer, pero si mañana decidiera acoger también el matrimonio entre personas del mismo sexo, bastaría con sentar un nuevo sentido interpretativo, sin que sea necesario reformar disposición constitucional alguna.

21 El Código de Protección y Defensa del Consumidor es muy claro en este sentido, al señalar en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar, que se entiende por consumidor a "*...Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para fines de su actividad como proveedor...*".

este respecto, a la luz de la Constitución se trata de un concepto posible, ya que no entra en contradicción con los principios y disposiciones constitucionales y, por consiguiente, estaría dentro de la discrecionalidad del legislador haber optado por él. Sin embargo, no sólo consideramos que es una definición dentro de lo posible en términos constitucionales por lo recientemente afirmado, sino que, en atención a los fines y la lógica del deber especial del Estado para con los consumidores que antes hemos hecho referencia, es el que guardaría mayor sintonía.

En efecto, si bien es un concepto restrictivo y que en última instancia se traduce en una reducción del ámbito de protección del sistema (ya que quienes no tengan la condición de destinatario final, no podrán acudir a él); también trae consigo la reserva de la tutela para aquellos casos en los verdaderamente se produce una distorsión en la relación de consumo. Así se evita entonces que ingresen al sistema aquellos consumidores que adquieren un bien o servicio con el objeto de someterlo a un proceso de fabricación, elaboración, almacenaje, manipulación, entre otros, para luego ponerlo a disposición de terceros en el mercado, esto es, para llevar a cabo actividades propias más bien de un proveedor[22].

En ese escenario, el sistema busca que la protección esté a disposición de los consumidores y no de aquellos proveedores que por la naturaleza de sus actividades fungen como tales. Más aún, esta diferencia, que resulta por demás importante, tiene correlato en el nivel de diligencia con que se espera que cada uno de ellos actúe en el mercado.

Efectivamente, en el caso del proveedor es entendible presumir un alto grado de diligencia toda vez que él, en su afán de alcanzar el éxito comercial, debería estar en condiciones de distinguir, dentro de la oferta, los bienes y servicios más óptimos, eficientes y eficaces. Sin embargo, si bien tal nivel de diligencia no puede ser en principio exigible al consumidor (recordemos que, conforme a la definición estricta, estamos hablando del destinatario final), el problema radica en dilucidar cuál sería, en todo caso, el estándar para identificar los casos en que no ha habido una falta

22 En caso existiera una duda al respecto, nuevamente el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor la despeja al señalar en su parte final: *"No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor"*.

de cuidado de su parte, sino más bien una infracción cometida por el proveedor.

La dificultad para arribar a un consenso sobre el particular queda por demás demostrada con el debate que existe a nivel académico en torno a las nociones de "consumidor razonable" y "consumidor promedio". En términos generales, bajo la primera noción, el consumidor que participa en el mercado lo hace de forma informada, responsable y diligente, en tanto que al amparo de la segunda, tales actitudes no necesariamente le son atribuibles, pasando más bien a un consumidor contextualizado. Si bien adelantamos que para nuestra Constitución, en principio, ambas nociones son plausibles, convendría entrar un poco más en el detalle para identificar en todo caso cuál de ellas es la que, desde nuestra humilde perspectiva, guardaría mayor conformidad con los principios y normas recogidos en ella.

Así, por un lado, de la noción de "consumidor razonable" se podría destacar su pertinencia como factor que impulsaría la competitividad de los proveedores e incentivar a los consumidores a ser diligentes en sus decisiones de consumo. En efecto, si se parte de un mercado en que los consumidores manejan un interesante grado de información y por consiguiente, están en posibilidades de identificar las virtudes y deficiencias de los diferentes productos que se ofrecen en él, los proveedores se verían obligados a innovar y así también, a utilizar más eficientemente sus estrategias de publicidad. Esto, que de cara al crecimiento y desarrollo económico del país no parece ser un asunto menor, no necesariamente se alcanza bajo el esquema de "consumidor promedio", pues, como se ha dicho, en este caso no hay estándares de diligencia, información y responsabilidad que le sean de por sí predicables.

Sin embargo, por otro lado, la noción de "consumidor razonable" conlleva a restringir el ámbito de protección del sistema, ya que sólo habría lugar a recibir tutela en aquellos casos en que se logre demostrar que, a pesar de la diligencia, responsabilidad e información con que debería haber actuado el consumidor, se produjo la lesión a sus derechos. En otros términos, las cargas que se impondrían a éste para ser protegido serían en alguna medida mayores. Por el contrario, bajo la noción de "consumidor promedio" el espectro de protección más bien crece, como quiera que no se parte necesariamente de un estándar de diligencia, información o responsabilidad, sino que, en todo caso, se analiza cada contexto y esce-

nario en particular. En este sentido, podrían darse situaciones en las que se protejan a consumidores que han actuado por debajo de lo "razonable" por cuestiones de índole cultural, costumbres, usos, entre otros.

Ahora bien, planteadas las dos nociones que hoy se muestran en alguna medida enfrentadas en el ámbito académico y habiendo dado cuenta muy someramente, claro está, de sus pros y contras, es momento de preguntarse cuál de ellas resulta más conforme con nuestra Constitución.

Si bien, como ya se ha dicho, no hay nada que impida promover la competitividad de las empresas por lo menos como un fin plausible en términos constitucionales, el problema radica en las implicancias que tiene alcanzar tal objetivo a la luz de la finalidad que se pretende atender a través del sistema de protección al consumidor. Como se ha visto, el optar por la noción de "consumidor razonable" se presenta como la más proclive con aquel fin, pero ello se traduce en una merma del abanico de protección que el Estado pone a disposición de los consumidores, lo cual sumado a un contexto nacional en el que son constatables las ostensibles deficiencias a nivel educativo[23] y la presencia de una nada desdeñable cantidad de personas en situación de pobreza[24], hacen que de pronto la noción de "consumidor promedio" empiece a ganar terreno.

Más aún, justamente aquel argumento, sustentado en consideraciones más de corte fáctico, conduce a poner de manifiesto que en rigor una Constitución que se precie de ser normativa y no nominal, protege a las personas como son y no cómo nos gustaría o desearíamos que lo

23 De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el año 2013 el Perú, tras la evaluación PISA, ocupó el último lugar del ranking en en comprensión lectora, matemática y ciencia. Por su parte, en el ranking mundial de competitividad elaborado por el Foro Económico Mundial correspondiente al período 2014-2015, nuestro país descendió del puesto 61 al puesto 65 de un total de 144 países. Esto a juicio de los autores del informe respondería, entre otras cosas, a las insuficientes mejoras en la calidad de la educación, lo que no permite una adecuada adaptación a las condiciones cambiantes de la economía actual.

24 De acuerdo con el Instuto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2013, si bien la pobreza en el Perú bajó a 23.9%, esto es, 491 mil personas dejaron de ser pobres, casi 7.3 millones aún están en dicha condición. Por su parte, ese mismo año la pobreza extrema bajó de 6% a 4.7%, es decir, 375, 800 personas salieron de la extrema pobreza, sin embargo todavía 1.4 millones de personas viven tal condición.

fueran[25]. En tal sentido, en el contexto de una Constitución normativa, muy a despecho de lo deseable que resultaría, a nuestro juicio, el estándar de "consumidor razonable", lo que corresponde es proteger al consumidor como realmente es, es decir, teniendo en cuenta sus particularidades de contexto, de cultura, entre otros.

Con lo expuesto no se quiere decir que lo recomendable es estancar el sistema en una noción que por ahora parece ajustarse a las pobres índices de desarrollo y formación en que nos encontramos, por el contrario, creemos que debe avanzarse hacia un esquema en que el mercado se muestre más competitivo. El problema radica en que es por lo menos opinable que el propio Estado, que es el responsable tanto de la educación como de la protección de los consumidores, condicione lo último a lo primero, cuando en aquel aspecto hay aún mucho por hacer. No debemos confundir, entonces, la tutela de la los derechos con la obligación de "formar en derechos", si se avanza en esto último, adoptando las políticas públicas adecuadas, quien sabe si mañana más tarde la noción de "consumidor razonable" se gana su justo lugar.

Cabe notar, eso sí, que aquí tampoco se pretende dar por sentado que la noción de "consumidor promedio" se haya impuesto definitivamente a nivel normativo. Si bien una lectura preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor daría esa impresión[26], no es menos cierto que

25 La diferencia entre una Constitución normativa y una nominal radica en que la primera goza de fuerza normativa, dando lugar a que sea un texto constitucional que rige y calza con la realidad que busca regular. En tanto, una Constitución es nominal, cuando si bien sus planteamientos distan de la realidad a la cual pretende regir, existe la voluntad política y el compromiso de las instituciones por llevarla a la práctica. Para mayor referencia: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973, p. 216 y ss.

26 Es fundamentalmente en base a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo VI del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor que se ha soslayado la presunta derrota de la noción de "consumidor razonable" por la de "consumidor promedio". Tal precepto señala a saber lo siguiente:

"El Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza".

en algunos apartados del propio código encontramos indicios que hacen suponer una supervivencia de la noción de "consumidor razonable"[27]. En todo caso, como no puede ser de otra manera, será finalmente la jurisprudencia del Indecopi la que termine por despejar cualquier duda al respecto.

Finalmente, habría que recordar que bajo el esquema de una Constitución propia del Estado Constitucional, en virtud de la cual la Constitución debe ser una plataforma válida para canalizar opciones políticas diferentes, nada impide que a futuro y siempre que ello no implique poner en entredicho el compromiso valorativo subyacente al sistema de protección al consumidor, se adopte la noción de "consumidor razonable".

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONSUMIDOR EN EL CONTEXTO PERUANO

Ahora bien, en lo que concierne a los derechos fundamentales del consumidor la Constitución peruana resulta sumamente discreta en tanto hace referencia, por lo menos de manera explícita, tan sólo a los derechos de información, salud y seguridad. No obstante, conforme vamos a tener oportunidad de ver en seguida, sobre la base de la concepción de derechos arraigada en el texto constitucional, es posible inferir una razonable e importante ampliación de ese catálogo a su favor.

4.1 ALGUNAS CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y UNA APROXIMACIÓN A LA POSICIÓN PERUANA

Una primera dificultad para construir un concepto de los derechos fundamentales radica en que se trata de una categoría que si bien entraña un componente jurídico-positivo, también tiene un componente ético-moral[28]. En tal sentido, la particularidad de la ética estriba en las diversas

27 Una mirada a lo dispuesto en el literal e) del artículo 29 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que se refiere a los criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad, o al artículo 104°, que se ocupa de la responsabilidad administrativa del proveedor; en los cuales se deja entrever una exigencia de diligencia imputable al consumidor, permiten afirmar ello. En este sentido, recomendamos revisar RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo M. *El consumidor en su isla. Una visión alternativa del sistema de protección al consumidor*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, mayo 2013, p. 23 y ss.

28 Esta dualidad, que resulta manifiesta en los derechos fundamentales, ha sido admitida por el propio Tribunal Constitucional en multiplicidad de sentencias.

posibilidades argumentativas que ofrece, lo que trasladado a la materia de derechos da lugar a las conocidas discusiones en torno a la fundamentación de los derechos fundamentales[29]. No siendo este el espacio para entrar a detallar los alcances de las diferentes teorías existentes al respecto, lo que sí nos proponemos hacer es, a grandes rasgos, describir tres concepciones de derechos, sobre la base de las cuales luego nos sea posible ofrecer al lector una aproximación constitucional a la concepción de derechos vigente en nuestro país para luego demostrarle como, a partir de ella, podemos construir un edificio de derechos fundamentales a favor del consumidor.

Así, una primera concepción, que podemos denominar formal, vendría a ser aquella que elabora su noción de derechos fundamentales sobre la base del componente jurídico-positivo. Desde esta perspectiva y en atención a que los derechos fundamentales vendrían a ser los valores superiores del ordenamiento jurídico, se consideraría como tales a todos aquellos que han sido reconocidos explícitamente en la norma jurídica superior, es decir, el texto constitucional. Como se puede apreciar, para la concepción que venimos describiendo lo relevante para determinar cuándo estamos ante un derecho fundamental radica en la forma de la norma que reconoce el derecho, siendo el caso que en tanto dicha norma sea constitucional, el derecho en cuestión será fundamental.

Por su parte, una segunda concepción que podríamos calificar como material, respalda su noción de derecho fundamental en el componente

---

Quizá el mayor referente sea lo señalado por el colegiado en el caso "Manuel Anicama Hernández" cuando formula su concepto de derechos fundamentales. Así, en palabras del tribunal:

"*El concepto de derechos fundamentales comprende "tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica...*". (Expediente N° 1417-2005-AA Fj. 2).

29 De ahí que hayan quienes, habiendo puesto de manifiesto tal dificultad para formular un concepto de los derechos fundamentales, señalen que, en cualquier caso, si se pretendiese elaborar tal concepto, tendría que ser lo suficientemente general y amplio como para no descartar posiciones valorativas diferentes. En este sentido, SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002, p. 36 y ss.

más bien ético-moral. En este sentido, para que un derecho sea tal, el elemento gravitante sería la exigencia moral o los valores que por su intermedio se buscan proteger. Como seguramente el lector puede haber percibido, esta segunda concepción a diferencia de la primera, presenta cierto nivel de incertidumbre respecto de la identificación de un derecho fundamental, sin embargo, esto no es del todo malo si consideramos que para la concepción formal, por un lado, todo derecho muy independientemente de si hay o no razones morales que lo sustentan en tanto esté en la Constitución, será fundamental[30] lo que, a *contrario sensu* significa que si no está en ella, muy a pesar de su relevancia moral, no necesariamente gozaría de dicha condición.

Por último, tendríamos la concepción que podríamos llamar procedimental, según la cual si los derechos fundamentales son condiciones indispensables y de singular importancia para la persona, su nivel de protección debe ser el más rápido y efectivo al cual podría aspirar un derecho. En este orden de ideas, siendo los procesos constitucionales de la libertad, los mecanismos procesales que ostentan tales virtudes, todos aquellos derechos que se puedan proteger por su intermedio serán derechos fundamentales. En sentido contrario, no lo serían aquellos derechos cuya tutela sólo es posible de llevar a cabo a través de los procesos ordinarios.

Vistas así las cosas, ha llegado el momento de precisar dentro de qué concepción se enmarca la Constitución peruana. Evidentemente, no es un asunto menor si, como se habrá podido observar, cada concepción implica en alguna u otra medida una ampliación o recorte del abanico de derechos posibles de ser calificados como tales.

Para absolver aquella inquietud es necesario acudir al artículo 3° del texto constitucional peruano, ya que de su propia redacción se infiere, con claridad, cuáles son las concepciones vigentes en nuestro país. En este sentido, dicho precepto constitucional señala lo siguiente:

30 Quizá un ejemplo muy gráfico de las paradojas valorativas a las que conduce una concepción formal de los derechos fundamentales, es lo ocurrido en los Estados Unidos y la segunda enmienda a su constitución. En efecto, a tenor de dicho precepto constitucional toda persona tendría el derecho a poseer y portar armas, formulación que estoy seguro a más de uno llamará la atención desde el punto de vista del componente valorativo que subyace a dicho derecho. Sin embargo, desde una perspectiva formal, su carácter de derecho fundamental resulta indiscutible.

"Artículo 3°.-

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

Ahora bien por un lado, si tomamos en cuenta el extremo inicial de la disposición, encontramos referencias que, desde nuestra perspectiva, no dan lugar a duda alguna de la presencia de la concepción formal de derechos. En efecto, fíjese que empieza advirtiendo que serán derechos fundamentales no sólo los que están en el capítulo en que dicho artículo está inserto, sino todos los demás que se encuentren garantizados a lo largo de la Constitución, esto es, muy independientemente de que se esté o no de acuerdo con el contenido valorativo que subyace a algunos de ellos. En este extremo habría que tener presente que, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo texto constitucional, los tratados sobre derechos humanos también son fuente de reconocimiento de derechos fundamentales.

Sin embargo, por otro lado, no es la única concepción presente en nuestro sistema. Efectivamente, si se observa la formulación recogida en el citado dispositivo, es posible detectar que inmediatamente después de la referencia antes acusada y que a nuestro juicio, da pie a la concepción formal, se hace mención a una serie de principios o exigencias morales a partir de los cuales podrían eventualmente desprenderse más derechos fundamentales, lo que nos aproxima a la concepción material. Este escenario normativo nos permite sostener que en el Perú el catálogo de derechos no se circunscribe a lo previsto explícitamente en la Constitución sino que, en puridad, pueden haber más derechos en su haber, en la medida en que la cobertura jurídica de las exigencias propias de la dignidad, de la soberanía popular, de la democracia y de la forma republicana de gobierno, así lo demanden.

Por último, en nuestra humilde opinión, descartamos eso sí, algún resquicio que dé cuenta de una presunta manifestación de la concepción procedimental de los derechos, debido a que en el Perú todo derecho por el sólo hecho de ser fundamental tiene a su disposición los procesos cons-

titucionales para su defensa, no siendo entonces el proceso o el mecanismo procesal previsto el que le confiera tal condición.

En otras palabras, la fundamentalidad del derecho en nuestro país se obtiene por que esté en la Constitución o porque se derive de los principios antes citados, y una vez reconocido como tal, su defensa se debe llevar a cabo a través de los procesos constitucionales. Tal vez el dato que proporciona mayor claridad sobre el tema es que los derechos que se defienden a través del amparo son todos aquellos que, muy a pesar de ser fundamentales, no se pueden exigir por la vía del hábeas corpus, hábeas data o cumplimiento. Véase, entonces, como la fundamentalidad no está condicionada por el mecanismo procesal previsto, sino que se da por sentada, ya sea por la concepción formal o por la concepción material, y lo que corresponde es defenderlo sí o sí a través de alguno de los procesos constitucionales.

4.2 ENTRE LOS DERECHOS EXPLÍTICOS O NUMERADOS Y LOS DERECHOS IMPLÍCITOS O NO NUMERADOS

Ahora bien, como consecuencia de lo señalado, uno puede entonces distinguir en el Perú entre derechos explícitos o numerados, que vendrían a ser aquellos que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución, y derechos fundamentales implícitos o no numerados, que son todos aquellos que si bien no están formalmente en ella, deben ser considerados como tales en razón que se derivan de los principios o valores a los cuales remite el artículo 3°.

En esa línea de pensamiento, el lector ahora podrá entender que, aun cuando el texto constitucional peruano es muy discreto en relación con los derechos fundamentales del consumidor, ello no constituye óbice para sostener, sobre la base de la misma Constitución, que el ámbito de protección de sus derechos puede ser mucho mayor. En efecto, y en ese tenor, a los derechos a la salud, seguridad e información, que son los explicitados en el artículo 65°, no solamente podemos añadir otros derechos recogidos en algún otro extremo del texto constitucional (concepción formal) sino inclusive otros que ni siquiera estén en él, pero que se deriven de la

dignidad del ser humano, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno (concepción material)[31].

No obstante, sin perjuicio de la diferencia entre un derecho explícito y un derecho implícito, es preciso advertir de cara a la materia que nos ocupa, que no todo derecho que no encontremos en la Constitución pasa a ser necesariamente considerado un derecho implícito con configuración autónoma, sino que también puede pasar a ser identificado como manifestación implícita de un derecho positivizado. Efectivamente, sin perjuicio del importante esfuerzo argumentativo que corresponde llevar a cabo a fin de no sólo poner de manifiesto su fundamentalidad sino también vincularlo con las circunstancias del caso concreto y los principios constitucionales que subyacen al artículo 3°; no hay que perder de vista que el Tribunal Constitucional peruano nos obliga a agotar la interpretación del haz de facultades de derechos explícitos para recién allí, es decir, habiendo puesto en evidencia la insuficiencia del marco constitucional positivo, pasar a reconocer el derecho en cuestión como fundamental e implícito[32].

Quizá un ejemplo permita entender mejor ese alcance residual que el colegiado habría buscado darle al artículo 3° del texto constitucional. Tenemos el caso del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y del derecho a probar, cuya relevancia y pertinencia como garantía constitucional en el marco de todo proceso o procedimiento no admite duda, pero curiosamente ninguno de los dos ha sido reconocido explícitamente en la Constitución. Pues bien, como sabemos, eso no significa que no estemos ante derechos fundamentales, en todo caso la inquietud viene por el lado de si los reconocemos o no como derechos fundamentales

31 Sobre los alcances de estos principios a partir de los cuales es posible concretizar el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, es recomendable revisar SÁENZ DÁVALOS, Luis. *Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización*. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 13 y ss.

32 Así lo dejó entrever el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el caso "Lucio Valentín Rosado Adanaque" (Expediente N°. 0895-2001-AA/TC, Fj. 5) y en el caso "Genaro Villegas Namuche" (Expediente N° 2488-2002-HC/TC, Fj. 13), al reconocer el derecho a la verdad como un derecho fundamental implícito, y lo propio es posible encontrar en otros pronunciamientos del colegiado relativos al artículo 3° de la Constitución y su alcance como puerta de entrada para nuevos derechos fundamentales.

implícitos con configuración autónoma o más bien como parte del contenido de otro derecho.

Para tal efecto, siguiendo el sentido interpretativo que el Tribunal Constitucional le ha atribuido al artículo 3°, antes de ello deberíamos interpretar el haz de facultades de derechos que ya han sido reconocidos para recién allí y en función de cómo nos vaya en esa tarea, arribar o no a la conclusión respecto de la naturaleza del derecho fundamental. En este sentido, si operamos conforme ordena el colegiado, nos vamos a percatar que dentro de los derechos que tenemos a nuestra disposición en la Constitución está el debido proceso, cuyo contenido como es sabido, es complejo ya que reúne en su seno una serie de garantías procesales, sin perjuicio de otras de carácter más bien sustantivo.

En ese orden de ideas, si entendemos que el debido proceso tiene una dimensión sustantiva, vinculada con la interdicción de la arbitrariedad y el valor justicia, y otra procesal que comprende el conjunto de garantías que deben respetarse en el curso de todo proceso o procedimiento para que la decisión a la cual se arribe tenga apariencia de justicia; nos es posible deducir que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a probar, bien pueden ser considerados como parte de aquél derecho fundamental explicitado en la Constitución. Desde esta perspectiva, si bien ambos derechos son fundamentales, son, a su vez, manifestaciones implícitas de otro derecho fundamental, este sí numerado, que sería el debido proceso[33].

Es así entonces como el marco constitucional peruano permite distinguir entre derechos fundamentales explícitos o numerados (los recogidos expresamente en el texto constitucional) y los derechos fundamentales implícitos o nuevos (los que no tienen tal condición); y, dentro de éstos, aquellos que gozan de configuración autónoma y aquellos otros que pasan a formar parte del contenido de algún derecho explícito como consecuencia de la interpretación del haz de facultades que le son propias.

33 Sobre el particular puede revisar las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los casos "Lucio Valentin Rosada Adanaque" (Expediente N° 0895-2001-AA/TC), "Moura García" (Expediente N° 549-2004-HC/TC), "Tito Martín Ramos Lam" (Expediente N° 3778-2004-AA/TC), "Ronald Winston Díaz Díaz" (Expediente N° 618-2005-HC/TC), entre otros.

Sobre la base del panorama constitucional aquí brevemente descrito, estamos en mejor posición para aproximar al lector al tema de los derechos fundamentales del consumidor en el contexto peruano. Al estar orientado el presente trabajo a brindar las bases constitucionales de la protección del consumidor, haremos referencia a algunos de ellos y de un modo muy general, sin perjuicio de mayores alcances que se puedan ofrecer en un trabajo de más largo aliento.

4.3 UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CONSUMIDORES

En esa línea de pensamiento, como ya se adelantó, la Constitución peruana en el artículo 65° empieza por hacer referencia a los derechos a la salud, seguridad e información de los consumidores. Al ser la información un elemento capital para la construcción de una relación de consumo válida, no debe llamar la atención que el constituyente se haya preocupado por incorporarlo expresamente como un derecho sustancial de los consumidores. Evidentemente y por esta razón, no se trata de cualquier información sino, en particular, relativa a los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Se trata por consiguiente y en contraposición, de una obligación por parte de los proveedores, la misma que para ser cabalmente cumplida la información que faciliten debe ser veraz, suficiente, apropiada, accesible y oportuna. En última instancia, lo que se busca es que el consumidor tome una decisión informada, máxime si, como hemos visto a propósito del carácter interdependiente de los derechos fundamentales, tal decisión incidirá en un abanico en principio indeterminado de derechos.

Sin embargo, muy a despecho de lo recientemente afirmado, el constituyente ha mostrado una especial preocupación por un par de derechos más (aunado al de la información) y son los derechos a la salud y seguridad. En cuanto al derecho de salud habría que señalar que es un derecho cuya complejidad radica, entre otras cosas, en aglutinar en su seno facultades que lo tornan un derecho de defensa, pero también un derecho de prestación, sin perjuicio de ser, a su vez, un deber para el Estado.

Nos explicamos: bajo una conocida clasificación de los derechos fundamentales orientada a identificarlos en función de la naturaleza de las facultades que se le reconocen a sus titulares se distinguen entre dere-

chos de defensa, de participación y de prestación. Los primeros tienen la particularidad de permitirle a una persona exigir una no intervención o injerencia, es decir, una abstención (piénsese en los derechos a la vida, a la integridad personal, a la intimidad, etc.). Por su parte, los segundos dan lugar a la posibilidad de que seamos partícipes de la toma decisiones públicas (por ejemplo, los derechos de sufragio o de acceso a la función pública). Por último, los derechos de prestación permiten demandar un hacer al obligado, es aquí en donde entran a tallar –no exclusivamente- los derechos sociales, que se caracterizan precisamente por su naturaleza prestacional y programática (es el caso de los derechos al trabajo, a la salud, a la educación, entre otros).

Ahora bien, el derecho a la salud es pues, por un lado un derecho de defensa, en el sentido que le permite a su titular exigir una obligación de no hacer, esto es, de no injerencia, pero a su vez, es un derecho de prestación, ya que para su eficacia se requiere que el Estado cumpla más bien con un hacer, esto es, que invierta en infraestructura y herramientas que garanticen la posibilidad de acceder a los servicios asistenciales y que éstos resulten adecuados. Este derecho aunado a la seguridad, que vendría a ser un bien constitucionalmente protegido, tendrían por finalidad garantizar que los productos y servicios ofertados en el mercado sean tales que utilizados en condiciones normales o previsibles, no los pongan en peligro[34].

Para dichos efectos, el Estado asume un rol preventivo y represivo. En el primer caso el ejemplo tal vez más gráfico lo vemos con los registros sanitarios, mientras que en el segundo, con la actuación de las entidades públicas con competencia para aplicar sanciones y medidas correctivas como el Indecopi.

Sin perjuicio de lo anterior y siguiendo con el desarrollo de lo que encontramos explicitado en el artículo 65° del texto constitucional, tenemos que el Estado asume también la defensa del interés de los consumidores. Esto que podía haberse entendido en algún momento como una obligación orientada a proteger los intereses económicos de los consumidores[35], en rigor se traduce en un deber más omnicomprensivo de los diferentes

34 Véase lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 9.

35 En este tenor, recomendamos revisar las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0008-203-AI/TC, Fj. 32 y N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 10.

ámbitos o espacios en que tal tutela se torna necesaria. De ahí que de ese enunciado podemos derivar más bien obligaciones para las diferentes entidades y funciones públicas.

En ese orden de ideas, por ejemplo, a nivel legislativo y como se ha destacado en líneas precedentes a propósito de la especificación de los derechos fundamentales, el Estado ha procedido con la dación de un Código de Protección y Defensa del Consumidor, sin perjuicio de la creación del Indecopi. En el ámbito administrativo, tal obligación se pone de manifiesto precisamente en el actuar permanente del propio Indecopi, pero también de otras entidades públicas como es el caso del Ministerio de Salud a propósito de los registros sanitarios que hicimos mención antes. En el ámbito judicial, y en lo que concierne a nuestra disciplina, ya hemos adelantado como el Tribunal Constitucional en los últimos años se ha inmiscuido en estos asuntos dando lugar a interesantes lineamientos e inclusive ha enfatizado la necesidad de que los operadores actúen en estos menesteres conforme a los principios pro consumidor e *in dubio* pro consumidor[36].

36 El principio pro consumidor a criterio del Tribunal Constitucional *"...plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios"* (Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 9). Como se puede observar, la razón que subyace a la aplicación de dicho principio es nada menos que la posición de desventaja en que se encuentra el consumidor en las relaciones de consumo, lo que, conforme a lo expresado en líneas precedentes, es expresión del fenómeno de especificación de los derechos fundamentales.

Por su parte, sobre el principio *in dubio* pro consumidor, el Tribunal Constitucional significa *"...que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas"* (Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 9). El principio *in dubio* pro consumidor es expresa, entonces, como un principio de carácter interpretativo.

Sin perjuicio de lo expuesto, en términos estrictos ambos principios vendrían a ser una manifestación del principio *pro homine* (tanto en su directriz de preferencia de normas como en su directriz de preferencia de interpretaciones) en las relaciones de consumo. Sobre el principio *pro homine* y sus vertientes de aplicación puede revisarse SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. En: PALOMINO MANCHEGO, José y REMOTTI CARBONELL, José Carlos (Coordinadores). *Derechos Humanos y Cons-*

Sin embargo, tal vez el espacio en el que la aplicación de tales principios se hace más patente es en la resolución de los casos ya sea a nivel judicial como administrativo. Y es que, en definitiva, es sobre todo en la protección de los derechos fundamentales que se pone a prueba verdaderamente al Estado a fin de demostrar de que es capaz de volver las cosas a su curso regular, evitando la impunidad y adoptando las medidas correctivas que pongan a buen recaudo los derechos. En este sentido y en la lógica de garantizar la defensa y protección de los intereses de los consumidores, en nuestro país el Estado no sólo ha cumplido con poner a su disposición mecanismos ordinarios de tutela, sino también específicos.

Como se sabe, cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales se marca una diferencia muy clara entre los mecanismos de protección directa e indirecta. Los primeros son aquellos cuyo objeto es la tutela de esos derechos, razón por la cual se estructuran procesos bajo reglas o pautas que permitan alcanzar dicho fin, lo que da lugar a los procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento y amparo en el caso peruano). Por su parte, los segundos se refieren a otros medios que, sin perjuicio de que no busquen como su principal objeto la tutela de un derecho fundamental, al final de cuentas generan, por lo menos en alguna medida, un efecto reparador o reivindicativo en ellos. Aquí se ubica cualquier proceso o procedimiento que, a su término, trae consigo un impacto en los derechos como pueden ser los administrativos (la impugnación de un acto administrativo, la solicitud de un permiso, autorización o licencia, etc.), los jurisdiccionales (un proceso penal, civil o laboral, por citar algunos casos) e inclusive de corte político (un voto de censura, una interpelación, entre otros).

Si trasladamos la distinción efectuada a la materia que nos ocupa, podríamos afirmar que existen procedimientos para la protección directa de los derechos del consumidor (aquellos cuya razón de ser u objeto es la tutela del haz de facultades intrínsecos a los derechos reconocidos a favor de todos los consumidores) y los de protección indirecta (aquellos por medio de los cuales se buscan alcanzar otro tipo de fines, pero que a su término, por lo menos en algún nivel, se podría generar la reivindicación de sus derechos).

---

titución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos). Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 36-37.

En esa línea de pensamiento, sin perjuicio de los derechos y las obligaciones que deben respetarse en cualquier procedimiento o proceso (derecho a la tutela procesal efectiva, principios procesales y procedimentales, según sea el caso, entre otros); el literal g) del numeral 1.1 del artículo 1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor se refiere a la obligación del Estado de estructurar bajo condiciones de eficacia, celeridad, agilidad, entre otros, los procedimientos específicos de protección de los derechos del consumidor.

En otras palabras, muy a despecho de la posibilidad de que los derechos del consumidor se puedan ver protegidos a través de otros procedimientos -no sólo de naturaleza estatal- e incluso procesos judiciales, la obligación que subyace al dispositivo bajo comentario se refiere, concretamente, a los procedimientos que el Estado debe instaurar a fin de brindar tutela específica a los derechos del consumidor. De hecho, hizo bien el legislador al referirse en este caso a procedimientos y no a procesos, ya que en rigor, por lo menos a nivel judicial, a diferencia del caso de derechos fundamentales, no existen procesos específicos destinados a la protección de los derechos del consumidor, cosa que sí sucede en el escenario administrativo[37].

37 En tal sentido, las vías de reclamaciones o denuncias previstas por el Estado para la defensa de los derechos del consumidor en el Perú son las siguientes: Por un lado, el iPerú: Información y Asistencia al Turista (sobre la base de un convenio celebrado entre Indecopi y PromPerú) y el servicio de Atención al Ciudadano (SAC) del Indecopi. Ambos son gratuitos y buscan la conciliación entre las partes.

Por otro lado, en el mismo Indecopi los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimo, la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia tiene competencia para conocer, según sea el caso, por un lado, procedimientos sancionadores por infracción a las normas de protección al consumidor y por incumplimiento de acuerdo conciliatorio o de laudo arbitral, y por otro lado, procedimientos administrativos sancionadores por proporcionar información falsa u ocultar, destruir o alterar información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido durante la tramitación de un procedimiento; por la negativa a cumplir un requerimiento de información efectuado y por denuncia maliciosa. Además, pueden conocer procedimientos por incumplimiento de mandatos, entre los que se encuentra los referidos al incumplimiento de medidas correctivas, de pago de costas y costos del procedimiento y de mandato cautelar. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de que conozcan procedimientos de liquidación de costas y costos del procedimiento.

Para terminar con este breve apartado dedicado a los derechos fundamentales de los consumidores, convendría recordar que aquí tan sólo hemos hecho referencia a algunos de ellos, ya que en rigor la lista es interminable. En efecto, en atención al carácter interdependiente de los derechos fundamentales y a la concepción de derechos acogida en nuestro país y, por consiguiente, el carácter abierto de la cláusula de su reconocimiento, nada obsta a que el catálogo vaya más allá de lo explicitado en la Constitución. En este sentido, una sentencia del Tribunal Constitucional en el Perú que da cuenta de lo positivo que resulta para el consumidor el acceder a un mercado de bienes y servicios en condiciones de libre competencia y en competencia, habría deslizado la posibilidad de configurarlo como un derecho fundamental[38], lo mismo se ha escuchado en algunos espacios respecto de la defensa corporativa de los consumidores[39], que vendría a ser una expresión de la libertad de asociación y del derecho a participar en la vida económica y social del país.

En cualquier caso, no olvidemos que cualquier esfuerzo en ese sentido debe tener en consideración no sólo la fundamentalidad del derecho, que requiere de suyo una carga argumentativa importante, sino también los alcances interpretativos que el Tribunal Constitucional peruano ha dejado sentado de cara al reconocimiento de derechos fundamentales implícitos en nuestro país.

5. CONCLUSIONES

- En tanto que la protección del consumidor supone un quiebre del rol neutral que en principio le corresponde al Estado cuando se trata del ejercicio de las libertades económicas, su justificación constitucional se torna en asunto de primer orden. Si bien es cierto en el

A los mecanismos y procedimientos expuestos habría que sumar el arbitraje de consumo y el Libro de Reclamaciones, ambos incorporados con la entrada en vigencia del Código bajo comentario.

38 Efectivamente, referencia de este tipo se encuentran en la sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0008-2003-AI/TC, Fj. 32; N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 10; N° 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), Fj. 32; N° 10063-2006-PA/TC, Fj. 36; N° 03116-2009-PA/TC, Fj. 12-13; entre otros.

39 En este sentido, puede revisarse los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos en los Expedientes N° 0008-2003-AI/TC, Fj. 32; N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 10; entre otros.

Perú la Constitución ha optado por dejar en claro ese deber especial de protección que le asiste al Estado para los consumidores, dicho argumento es insuficiente, pues no termina por brindar un basamento que asiente con solidez tal obligación. En efecto, frente al argumento formal corresponde añadir otros de naturaleza más bien material y que se erijan en razones de fuerza para tal fin como es su estrecha relación con el modelo de economía social de mercado vigente, el fenómeno de especificación de los derechos fundamentales y su carácter interdependiente.

- No menos relevante es analizar el concepto de consumidor a la luz de consideraciones de orden constitucional, máxime si el texto constitucional, en razón de su carácter abierto, tiene la virtud de ser una plataforma normativa para canalizar las diversas opciones políticas y valorativas con las que se convive en un determinado país. Desde esta perspectiva, una noción de consumidor como destinatario final es no sólo plausible en términos constitucionales sino que guardaría mayor conformidad con el compromiso subyacente al sistema. Sin embargo, más complejo se torna el arribar a una conclusión semejante cuando se contrastan las nociones de "consumidor razonable" y la de "consumidor promedio". Qué duda cabe que ambas tienen elementos que los tornan en plausibles constitucionalmente, sin embargo lo que convendría no perder de vista en el marco del debate son los fines que se pretenden alcanzar a través del sistema en general y los alcances del deber que tiene el Estado para con los consumidores en particular.

- Un aspecto que no puede ser pasado por alto cuando se pretende desarrollar los alcances constitucionales del sistema de protección del consumidor es lo relativo a sus derechos fundamentales. Este asunto tiene una singular importancia en nuestro país, en razón de lo discreto que resulta el apartado correspondiente en el texto constitucional. En efecto, una tímida referencia a los derechos a la salud, seguridad e información daría la errónea impresión de que el elenco de derechos que le asiste se circunscribe a ellos. Afortunadamente, la concepción de derechos fundamentales vigente en la Constitución peruana permite afirmar, sin ápice de duda, que tales derechos no sólo son muchos más sino que incluso pueden ser algunos cuyo reconocimiento aún ni siquiera se ha dado, en razón de la cláusula de apertura y los principios constitucionales presentes en ella.

VIII. EDUCACIÓN Y REFORMA UNIVERSITARIA

LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

(UNA VISUALIZACIÓN CONSTITUCIONAL)

José F. Palomino Manchego[1]

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Para expresarlo de un modo suficientemente gráfico, la Universidad animada de virtudes pacíficas, representa a una institución donde se imparte enseñanza superior, organizada en diversas Facultades, y que confiere los grados académicos correspondientes. El elemento humano es quien dota de vida y desarrollo a las universidades. Así, esta institución cobra vida gracias a la comunidad de que la conforma, la misma que integran estudiantes, docentes, graduados y los servidores que desarrollan las tareas a su cargo. Aceptado esto, en diversos momentos de la historia la Universidad ha asumido un rol esencial en el curso del destino de la

1 Magister con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (e) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en las universidades Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

sociedad, mediante la preservación de la cultura, el desarrollo de nuevas disciplinas de estudio y sobre todo el impulso a diversos maestros y eruditos comprometidos con establecer un mundo mejor, buscando soluciones.

San Marcos, la "Salamanca de América", siempre ha estado atenta a la altura de las circunstancias, en épocas difíciles, defendiendo la verdad y la identidad propia del país para alcanzar el logro máximo de la autonomía plena. Desde el 12 de mayo de 1551 cuando el Rey de dos mundos Carlos V (1500-1558) y su madre la Reina Juana (1479-1555) otorgaron en la Villa de Valladolid el acta natalicia de San Marcos, sus docentes y alumnos, la historia no engaña, han sabido defender el recinto sagrado, el reservorio de la intelectualidad. Y la autonomía universitaria sirvió como buque de insignia para hacer frente a las decisiones pretorianas que practicaba el poder de turno, sin razón alguna. ¿Cómo se han podido enfrentar, por ejemplo, las universidades en el Alto Medioevo y el Bajo Medioevo empezando por la Universidad de Bologna (1088) hasta la actualidad, a las actitudes arbitrarias del poder hobbesiano? Muy simple, con la autonomía universitaria.

La autonomía —escribe Serrano Migallón—, ha sido una conquista histórica de los universitarios que comparten con colegas de otras regiones del mundo, especialmente de nuestro continente; de ningún modo ha sido una gracia del poder público o un lento proceso evolutivo; es, sin duda, la mayor definición de la cultura nacional... La lucha por la autonomía ha llevado desde arduas horas de debate científico hasta la conquista de las calles como lugares públicos, ha representado la obligación de los universitarios de actuar con responsabilidad de acuerdo con el ejercicio de sus libertades, de resistir a las presiones del poder político que tanto inhibe la libertad de pensamiento como también tiende a limitar la creatividad.

Desde esta perspectiva, tan importante función únicamente es posible desarrollarla en un ámbito de libertad, y dotándola de un cuerpo homogéneo. Al respecto, Víctor Andrés Belaunde (1883-1966) reflexionaba así: "Esta institución fundamental no debe ser simplemente una corporación, no debe ser un conglomerado, debe tener un alma, y no se concibe una institución con espíritu y con alma si no hay individuos que le de todo su espíritu, toda su alma, que le ofrenden toda su vida".

Dicha experiencia, de necesaria libertad para el progreso del conocimiento en beneficio de la humanidad en general, ha sido recogida en

el marco normativo, y constituye un postulado elemental dentro de un Estado Social y Democrático de Derechos; concepto que se encuentra reafirmado, desde nuestro punto de vista, en la tesis de la autonomía universitaria. Además, importa significar que la Universidad, en el Perú y en el mundo, tiene que ser plenamente libre, y que sus propias autoridades, en trabajo mancomunado con los estudiantes, docentes y graduados, realicen un continuo esfuerzo con miras hacia una institución sólida, que tenga presencia en la comunidad y que sea generadora de cambios. No obstante ello, a lo largo de la historia de la humanidad, los guardianes del conocimiento se han enfrentado a diversos enemigos que tratan de opacar la luz que se irradia desde los claustros universitarios, pretendiendo controlar y avasallar la institución que como la flor, solo germina en el paraje impulsada por su propia naturaleza y las fuerzas incontenibles de la vida. Por eso, tal osadía es inaceptable, y es por ello que frente a los intentos irresponsables de controlar y dominar *manu militari* a la Universidad, la ciudadela académica, imbuida del deseo de paz y armonía, trabaja siempre orientada hacia el saber y el desarrollo, teniendo a la humanidad como su nacionalidad. Es más, en este marco, la comunidad universitaria debe orientarse bajo los elementos que el propio conocimiento ha desarrollado, debiendo defenderse férreamente.

Con arreglo a lo anteriormente expuesto, esta voluntad ha sido recogida en las más altas esferas supranacionales, tal como es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - UNESCO que en la "Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior", adoptada el 11 de noviembre de 1997, estableció lo siguiente:

> "Considerando que sólo se puede disfrutar del derecho a la educación, la enseñanza y la investigación en un ambiente de libertad y autonomía académicas de las instituciones de enseñanza superior y que la libre comunicación de las conclusiones, hipótesis y opiniones se sitúa en el centro mismo de la enseñanza superior y constituye la mejor garantía de la precisión y la objetividad de la formación académica y la investigación."

V. Derechos, obligaciones y responsabilidades de las instituciones

A. Autonomía de las instituciones

17. El ejercicio auténtico de la libertad académica y el cumplimiento de las funciones y atribuciones enumeradas más adelante requieren la autonomía de las instituciones de enseñanza superior. La autonomía consiste en el grado de autogobierno necesario para que las instituciones de enseñanza superior adopten decisiones eficaces con respecto a sus actividades académicas, normas, actividades administrativas y afines, en la medida en que éstas se ciñan a los sistemas de control público, en especial por lo que se refiere a la financiación estatal, y respeten las libertades académicas y los derechos humanos. No obstante, la índole de la autonomía puede variar en función del tipo de establecimiento de que se trate.

18. La autonomía es la forma institucional de la libertad académica y un requisito necesario para garantizar el adecuado desempeño de las funciones encomendadas al personal docente y las instituciones de enseñanza superior.

19. Los Estados Miembros tienen la obligación de proteger a las instituciones de enseñanza superior de las amenazas que se presenten contra su autonomía, sea cual fuera su origen.

20. Las instituciones de enseñanza superior no deben utilizar la autonomía como pretexto para limitar los derechos del personal docente de la enseñanza superior mencionados en esta Recomendación o en los demás instrumentos internacionales que se enumeran en el Apéndice.

21. El autogobierno, la colegialidad y una dirección académica apropiada son elementos esenciales de una verdadera autonomía de las instituciones de enseñanza superior.

B. Obligación de rendir cuentas

22. Habida cuenta de las importantes inversiones financieras efectuadas, los Estados Miembros y las instituciones de enseñanza superior deben garantizar un equilibrio apropiado entre el grado de autonomía de que gozan dichas instituciones y sus sistemas de rendición de cuentas. En el marco de estos últimos, las instituciones de enseñanza superior

deberían velar por la transparencia de su gestión y están obligados a rendir cuentas sobre la medida en que respetan los siguientes principios:

a) velar por informar eficazmente al público sobre la índole de su misión educativa;

b) velar por la calidad y la excelencia de sus funciones de docencia, de formación académica y de investigación y proteger y garantizar la integridad de éstas ante toda injerencia incompatible con su misión académica;

c) defender activamente la libertad académica y los derechos humanos fundamentales;

d) impartir una enseñanza de alta calidad al mayor número posible de personas calificadas académicamente dentro de los límites de los recursos disponibles;

e) esforzarse por ofrecer posibilidades de educación permanente, según la misión de la institución y los recursos de que disponga;

f) garantizar que se dispense un trato equitativo y justo a todos los estudiantes sin discriminación alguna;

g) adoptar políticas y procedimientos para garantizar un trato equitativo a las mujeres y a las minorías y acabar con el acoso sexual y los vejámenes raciales;

h) garantizar que no se obstaculice con actos de violencia, intimidación o acoso, el desempeño del personal docente de la enseñanza superior, ya se trate de su labor en el aula o de sus actividades de investigación;

i) velar por la honradez y la transparencia de la contabilidad;

j) velar por la eficaz utilización de los recursos;

k) elaborar, mediante un proceso colegial y/o la negociación con las organizaciones que representan al personal docente de la enseñanza superior, en consonancia con los principios de libertad académica y libertad de expresión, declaraciones o códigos de ética que sirvan de guía al personal de la enseñanza superior en la docencia, la labor intelectual, la investigación y los servicios de extensión a la comunidad;

l) contribuir al ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales y políticos de las personas, procurando al mismo tiempo evitar que se utilicen el saber, la ciencia y la tecnología en detrimento de esos derechos o para fines que se opongan a la ética académica generalmente reconocida, a los derechos humanos y a la paz;

m) velar por que se traten los problemas contemporáneos a que debe hacer frente la sociedad; a tal efecto, sus planes de estudios y sus actividades deben atender, donde sea necesario, a las necesidades actuales y futuras de la comunidad local y de la sociedad en general, y desempeñar un papel importante en el mejoramiento de las posibilidades laborales de los estudiantes diplomados;

n) fomentar, siempre que sea posible y apropiado, la cooperación académica internacional que rebase las barreras nacionales, regionales, políticas, étnicas, etc., procurando evitar la explotación científica y técnica de un Estado por otro, y promoviendo la asociación, en pie de igualdad, de todas las comunidades académicas del mundo, con miras a la búsqueda y utilización del saber y a la preservación del patrimonio cultural;

o) contar con bibliotecas actualizadas y el acceso sin censura alguna a los recursos modernos de la enseñanza, la investigación y la información que faciliten la información requerida por el personal de la enseñanza superior o por los estudiantes con miras a la docencia, la formación académica o la investigación;

p) proporcionar los locales y equipos necesarios para la misión de la institución y su mantenimiento adecuado; y

q) velar por que, de realizar investigaciones de carácter confidencial, éstas no sean incompatibles con el cometido y los objetivos educativos de las instituciones, ni contrarias a los objetivos generales de la paz, los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente.

23. Los sistemas de rendición de cuentas de las instituciones deben basarse en métodos científicos y ser claros, realistas, sencillos y eficaces en relación con su costo. En su aplicación deberían ser imparciales, justos y equitativos y ser transparentes tanto en la metodología como en los resultados.

24. Las instituciones de enseñanza superior deben elaborar y aplicar, por separado o colectivamente, sistemas adecuados de rendición de cuentas, comprendidos mecanismos de garantía de la calidad, con el fin de lograr los objetivos expuestos sin menoscabar la autonomía institucional ni la libertad académica. Las organizaciones que representan al personal docente de enseñanza superior deberían participar, en la medida de lo posible, en la planificación de esos sistemas. Si existen estructuras de responsabilización impuestas por el Estado, sus procedimientos deben negociarse, si es factible, con las instituciones de enseñanza superior interesadas y con las organizaciones que representan al personal docente de la enseñanza superior".

Asimismo, en la *II Conferencia Mundial de Educación Superior*, llevada a cabo en París el año 2009, se estableció entre otras de sus conclusiones que:

"3. Las instituciones de Educación Superior, a través de sus funciones principales (investigación, formación y servicios a la comunidad) y en un entorno de autonomía institucional y libertad académica, deben promover el pensamiento crítico y la acción ciudadana encaminados a alcanzar el desarrollo sostenible, la paz, el bienestar y el desarrollo y el respeto de los derechos humanos, entre los que se incluye la igualdad de género.

6. La autonomía universitaria es un requisito imprescindible para llevar a cabo la misión de cada institución a través de la calidad, la relevancia, la eficacia, la transparencia y la responsabilidad social".

De esta forma, la autonomía universitaria rebasa cualquier norma nacional constituyendo una voluntad de los pueblos de la Naciones Unidas asegurar que las universidades se desarrollen plenamente, en libertad y armonía, sustentándose en el compromiso impostergable con la patria y el desarrollo del género humano sin discriminación. Desde nuestra perspectiva, la propia Universidad asegura actuar fiel y responsablemente acorde con los principios y valores superiores (justicia, libertad, tolerancia política, pluralismo político, pluralismo jurídico) del Estado Constitucional y región hemisférica que se encuentra, con obediencia ciudadana, y tesón incansable frente a cualquier amenaza o interferencia ideológica que vayan contra la verdad y la razón que, en definitiva, se cultivan con fines humanistas.

La Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en su condición de Decana de América, tiene un compromiso permanente con la defensa

de la institucionalidad, y es ejemplo y baluarte frente a cualquier intento oprobioso de limitar el péndulo de la autonomía universitaria. Recordemos, cómo lúcidamente reflexionaba el recordado maestro Raúl Porras Barrenechea (1897-1960): "La Universidad de San Marcos reivindicó a la cultura peruana, y fue gracias a la libertad y a la defensa que ni los virreinatos, caudillos o dictadores pudieron quebrar la vocación".

¿Y qué decir de la garantía institucional? Bien es verdad que la doctrina de la garantía institucional es una creación del Derecho Público alemán, producto del trabajo riguroso de la doctrina y de la jurisprudencia. Según la expresión de Antonio Jiménez-Blanco, se incardina en la temática general de la interpretación de la Constitución, en cuanto norma jurídica cualitativamente diferente de las demás y a la que se pretende dotar de un especial ámbito de protección frente, sobre todo, al *legislador*.

De un lado, la garantía institucional ha jugado un papel relevante en la problemática que surgió en la década de los años 20, del siglo que nos acaba de dejar, en el campo del Derecho Municipal a través de la *autonomía municipal*: ámbito político, económico y administrativo. Reafirmándose de esa forma, el rango de ley que tienen las ordenanzas municipales para poder enfrentarse al poder político cuando este, pretende desconocer la autonomía municipal de los entes concejiles y/o locales.

Y de otro lado, la garantía institucional, en las actuales circunstancias, también sirve de núcleo duro para reafirmar y proteger el pelaje de la *autonomía universitaria*, haciendo frente a la Ley Universitaria N° 30220 (Diario Oficial El Peruano, de fecha 9 de julio de 2014), cuyo contenido, a la hora de aprobarse, no gozó del consenso constitucional. De ahí la importancia de su desarrollo doctrinario y jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional, ahora más que nunca, cuando tenga que resolver sendas demandas de inconstitucionalidad que han planteado un grupo de congresistas y diversos colegios de abogados de la República, entre ellos, el Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima.

II. ¿QUÉ ES LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA?

El *Diccionario de la Lengua Española* (vigésima tercera edición, a/g, Editorial Planeta Colombiana, S.A., Bogotá, 2014, págs. 246) nos dice que el vocablo *autonomía*, es: "1. *Potestad* que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas

y órganos de gobiernos propios. 2. Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie". Ha sido dicho, no sin razón, que no debe confundirse con la autarquía, que apunta a la descentralización administrativa, mientras que la autonomía desarrolla su campo de acción en lo político. Por tanto, en el lenguaje común indica la posibilidad de una persona de determinar su propia decisión y su propio comportamiento.

Adviértase, tal como acotan Jorge R. Vannosi y Humberto Quiroga Lavié, el problema de la "autonomía universitaria" en el ordenamiento jurídico del Estado requiere una consideración especial. Y ello se justifica por las connotaciones que la "autonomía" supone, al mismo tiempo que por los diversos alcances con que ese *status* es reconocido en las distintas legislaciones. No es un término unívoco, sino equívoco y multívoco, tal como se desprende de la pluralidad de regímenes existentes.

III. ¿Y LA LIBERTAD DE CÁTEDRA? SU TRASLACIÓN A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

En efecto, la libertad de cátedra, que debe de ir de la mano de la lealtad del docente a la Constitución, constituye un vaso comunicante permanente y de primer orden que confluye con la autonomía universitaria, no obstante que hay autores que sostienen que la autonomía universitaria debe configurarse como un derecho fundamental, y otros como una garantía institucional. Dejando de lado disquisiciones doctrinales podemos decir que la autonomía universitaria, en términos prácticos, confluye permanentemente con la libertad de cátedra. A la postre, las dos tesis dogmáticamente enfrentadas no son categorías jurídicas incompatibles o mutuamente excluyentes, tal como acota Jesús Leguina Villa.

La claridad expositiva de Enriqueta Expósito Gómez, en coordenadas sistemáticas, nos permite sostener lo siguiente: "Siguiendo el hilo conductor del Tribunal Constitucional español, al configurarse la autonomía universitaria como una garantía institucional, lo que el legislador debe preservar es el núcleo mismo de la institución que se reconoce, es decir, que en ningún caso podría regular un régimen de la institución universitaria que desconociera su autonomía, esto es, la capacidad de autonormación y autogestión de sus propios intereses, permitiéndole al mismo tiempo, configurarla de la manera que crea más pertinente o modificarla adaptándola a la realidad social de cada momento".

En ese orden de ideas, Expósito Gómez, con acierto evidente, sostiene que la relación entre libertad de cátedra y autonomía universitaria se deduce de la propia doctrina del Tribunal Constitucional español, que tiene mucha incidencia en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, de los argumentos en los que se basa el Tribunal Constitucional español para determinar el carácter de derecho fundamental de la autonomía universitaria es el de su finalidad y justificación última en la libertad académica, entendida como libertad de cátedra, de investigación y estudio, recogida también en el artículo 18° de la Constitución Política del Perú de 1993:

> "La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia. Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento. La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley. Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes".

Ahora bien, ¿tiene límites la autonomía universitaria? La respuesta, al compás de lo que enseña el Derecho Constitucional Comparado, es afirmativa. ¿Por qué? En el campo de la dogmática de los derechos fundamentales se suele sostener, en clave constitucional, que los derechos fundamentales no son absolutos, sino relativos, y por tanto, están sujetos a un límite: el contenido esencial. En el sentido visto, y sin ánimo de ser exhaustivos, reafirmando la doctrina jurisprudencial, como recuerda Jesús Leguina Villa, el Tribunal Constitucional español ha admitido, en perfecta sintonía, cuatro límites que pacíficamente resultan compatibles con el contenido esencial de dicha autonomía: *1)* Los derechos fundamentales de terceros. *2)* La existencia de un sistema universitario nacional que exige la presencia de instancias coordinadoras entre todas las universidades. *3)* La concepción de la enseñanza superior como un servicio público. Y, *4)* La opción legislativa por un modelo funcionarial del profesorado universitario.

IV. ¿QUÉ DICE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

En función de lo expuesto, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional en su condición de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, ha desarrollado cabalmente al fluir de los años, hasta la promulgación de la Ley Universitaria, una serie de reflexiones jurisprudenciales, reafirmando de esa forma el valor y la importancia que reviste el concepto categorial rotulado "autonomía universitaria".

En efecto, el Alto Tribunal, ha diseñado en clave hermenéutica los aspectos más puntuales que ofrece y desarrolla la autonomía universitaria, destacando entre otras, las siguientes sentencias:

A) Noción

El Tribunal Constitucional, a tenor del artículo 18 de la Constitución Política de 1993, ha establecido lo siguiente:

> "La autonomía es capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste".
>
> **(STC 0012-1996-AI)**

Andando el tiempo, el Tribunal Constitucional, ha ido perfilando sus criterios jurisprudenciales, para sostener también lo siguiente:

> "[...] [La] autonomía institucional es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. Este autogobierno no resulta ser incompatible con los sistemas de fiscalización pública, especialmente en lo que respecta a la financiación estatal.
>
> El marco de *autonomía universitaria*, consagrado constitucionalmente y desarrollado por el legislador, es la consecuencia de la toma de las disposiciones institucionales de manera razonable, justa y equitativa, a través de procedimientos transparentes y participativos [...]".

(STC 0091-2005-PA, FJ. 8)

"[...] [L]a Universidad, es sin lugar a dudas, una institución de primera importancia en la vida institucional de la nación. Sobre todo si vinculamos la autonomía universitaria con la libertad de creación, de investigación y de divulgación del conocimiento. Como lo precisa Eduardo García de Enterría, '*Autonomía universitaria* quiere decir, en primer término, libertad de los docentes para poner en cuestión la ciencia recibida, para investigar nuevas fronteras de lo cognoscible, para transmitir versiones propias de la ciencia, no reproductivas de versiones establecidas'. La autonomía universitaria es, pues, en primer término, libertad de la ciencia e incorporación de esa libertad en el proceso formativo [...]".

(STC 0023-2007-PI, FJ. 35)

B) Contenido

"[...][E]l contenido constitucionalmente protegido de la garantía institucional de la autonomía universitaria se encuentra constituido, *prima facie*, por el conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha otorgado a la Universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños en su seno. Con ello se consagra como pendón la libertad académica, ante los posibles embates del poder político".

(STC 4232-2004-PA, FJ. 28, párrafo 1)

C) Expresión académica

"La *autonomía universitaria* es la expresión académica de la garantía institucional de la libertad del pensamiento, indispensable para la creación científica. Sin la Universidad, su autonomía, sus profesores, sus estudiantes y toda su proyección institucional, no es posible hablar de la cultura y una nación que no valora la cultura y la investigación libre no puede proyectarse como sociedad libre y democrática. El propio Derecho es un conjunto de discursos y convicciones nacidos a partir de la reflexión racional y el conocimiento profundo de la naturaleza humana que encontró en la Universidad la manera más pacífica de acometer el progreso hacia la libertad. De ahí que las libertades de creación, de comunicación cultural, de enseñanza

y libertad de cátedra, requieren especial protección, por su íntima vinculación con la propia dignidad del ser humano y la creación de una cultura de las libertades que deben abrirse paso sin las presiones ni los permisos de las autoridades o los poderes públicos".

(STC 0023-2007-PI, FJ. 38)

D) Garantía institucional

"[...] [L]a *autonomía universitaria* debe ser entendida como garantía institucional de la Universidad basada en los principios de excelencia académica, investigación libre y plural, sin que el Estado renuncie a su labor de supervisión y de control de la calidad de la educación universitaria, mediante regulaciones adecuadas y eficaces que pongan en el centro de la vida universitaria la investigación y el compromiso con la calidad educativa y no el lucro, como viene ocurriendo últimamente con algunos de los gestores de Universidades privadas. En el caso de la Universidad pública, la garantía institucional de la autonomía universitaria, supone entre otras obligaciones del Estado, el de dotar a la Universidad del presupuesto adecuado para el cumplimiento de sus fines institucionales".

(STC 0023-2007-PI, FJ. 37)

E) Planos de la autonomía universitaria

"[...] [L]a *autonomía* se manifiesta en los siguientes planos:

*a) **Régimen normativo***

Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinadas a regular, *per se,* la institución universitaria.

*b) **Régimen de gobierno***

Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir, *per se,* la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo.

*c) **Régimen académico***

Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello

comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

d) Régimen administrativo

Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.

e) Régimen económico

Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros".

(STC 00010-2006-PI, FJ. 7)

F) No extensible a otras entidades educativas

"Para este Colegiado es evidente que, si bien, como ha quedado dicho, toda entidad educativa debe gozar de un importante ámbito de autonomía que debe ser regulado por el legislador, para asegurar el cumplimiento de los fines que les han sido reservados constitucionalmente, la amplitud de manifestaciones de la *autonomía universitaria* no es extensible a toda entidad educativa, pues la Carta Fundamental es de una claridad meridiana al adjudicar tan solo a las Universidades dicha autonomía. Y, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo 18° de la Constitución, es la ley la llamada a determinar los requisitos de constitución y funcionamiento de las Universidades, de forma que solo las instituciones que cumplan tales requisitos son propiamente Universidades, y, por ende, solo ellas gozan de la autonomía universitaria y de los componentes que les han sido adjudicados constitucionalmente (normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico)".

(STC 0005-2004-AI, FJ. 12)

G) Adecuación de los estatutos a la Constitución y Tratados

"[...] El último acápite del párrafo final del acotado artículo 18° de la Carta Magna, dice a la letra:

'Las Universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes'.

Lo antes transcrito, significa que la mencionada *autonomía universitaria* será protegida, siempre y cuando, no desnaturalice ni desconozca los preceptos constitucionales y tratados internacionales que se han citado.

Sobre el particular, es menester recordar el principio invocado por el inciso *c)* del artículo 3° de la Ley N° 23733, Ley Universitaria que se refiere concretamente al rechazo de toda forma de violencia, intolerancia, discriminación y dependencia. Este principio, que es uno de los que rige la actividad universitaria, fue el más violado, ubicando a la autonomía fuera de la ley, razón que justificó en última instancia, la aprobación por el Congreso de las normas reorganizadoras [...]".

(STC 00012-96-AI)

H) Clasificación y categorías de los profesores universitarios

"El artículo 44° de la Ley Universitaria clasifica a los profesores universitarios en ordinarios, extraordinarios y contratados. Asimismo, establece categorías para cada uno de los tipos de profesores. Así, señala que los Profesores Ordinarios son: Principales, Asociados y Auxiliares. Los Profesores Extraordinarios son: Eméritos, Honorarios, Investigadores y Visitantes. Además, define a los Profesores Contratados como aquellos que prestan servicios a plazo determinado y en las condiciones que fija el respectivo contrato. Asimismo, precisa que los Jefes de Práctica, Ayudantes de Cátedra o de Laboratorio y demás formas análogas de colaboración a la labor de profesor realizan una actividad preliminar a la carrera docente".

(STC 0023-2007-PI, FJ. 47)

I) Acceso a la carrera de docente

"[...] [E]l artículo 46° establece la forma de acceso a la carrera docente, estableciendo que ésta se realiza '(...) en condición de profesor ordinario, se hace por concurso público de méritos y prueba de capacidad docente o por oposición, y de acuerdo a las pautas que establezca al respecto el Estatuto de cada Universidad. La promoción, ratificación

o separación de la docencia se realizan por evaluación personal, con citación y audiencia del profesor'. El Tribunal considera que esta es la nota de distinción entre un profesor contratado y uno que ha accedido en calidad de nombrado para convertirse en profesor ordinario. Finalmente el artículo 49° de la Ley Universitaria establece la categorización de los Profesores Ordinarios en función a la dedicación a la Universidad, vale decir, el tiempo que es brindado a las labores a la docencia universitaria que de acuerdo al artículo 43° del citado texto legal es la investigación, la enseñanza, la capacitación permanente y la producción intelectual. En tal sentido, señala que es profesor regular cuando dedica su tiempo y actividad a las tareas académicas descritas, a esta categoría se le denomina tiempo completo. Un profesor regular es de dedicación exclusiva cuando tiene como única actividad ordinaria remunerada la que presta a la Universidad; y por último será a tiempo parcial cuando dedica a las tareas académicas un tiempo menor que el de la jornada legal de trabajo".

(STC 0023-2007-PI, FJ. 48)

Ahora bien, con la promulgación de la nueva Ley Universitaria, Ley N° 30220, el Tribunal Constitucional tenía una vez más la ocasión de reafirmar sus postulados jurisprudenciales, y seguir ensanchando sus criterios hermenéuticos, reafirmando que la autonomía universitaria constituye un núcleo duro, y cuyo rasgo característico, en el primer tercio del siglo XXI, garantiza, en toda su médula, el derecho a la cultura y a la educación, expresiones tan caras en un Estado Social y Democrático de Derecho. Empero, otra ha sido la realidad otra ha sido la realidad, a partir de la STC0 014-2014-PI/TC.

V. REFLEXIÓN FINAL

Hemos llegado al límite de nuestro camino, y es hora de echar las sumas, sobre un tema vidrioso y delicado en matices y contenido: el derecho/principio denominado autonomía universitaria. En realidad, su constitucionalización en nuestro sistema de fuentes (artículo 18°) no ha puesto fin a los problemas que en torno a ella se suscitan, partiendo de su protección ante la injerencia que en estos últimos tiempos viene realizando el legislador ordinario: intromisión y limitaciones excesivas.

En cualquier caso, a partir de la dación de la Ley Universitaria N° 30220, cabe esperar que la autonomía universitaria se constituya en el punto de partida de una atenta y sesuda meditación por parte de toda la ciudadela académica a fin de enfrentar al poder político con las herramientas jurídicas correspondientes.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV.: *La autonomía universitaria en América Latina*, vol. II, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979. Antecede Presentación de Jorge Witker.
- Belaunde Diez Canseco, Víctor Andrés: *La vida universitaria*, 2ª. edición, Okura Editores, S.A., Lima, 1987. Antecede Nota Preliminar de Domingo García Belaunde.
- Expósito Gómez, Enriqueta: *La libertad de cátedra*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995.
- Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso y Sánchez Navarro, Angel J.: "Artículo 27. Enseñanza", en Alzaga Villaamil, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Cortes Generales-Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 158-272.
- Ferrara, Antonio: Voz: "Autonomía", en Ainis, Michele (A cura di): *Dizionario Costituzionale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2000, págs. 31-32.
- García de Enterría, Eduardo: "La autonomía universitaria", en Revista de Administración Pública, N° 117, Madrid, 1988.
- Jiménez-Blanco, Antonio: "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en Martín Retortillo, Sebastián (Coordinación y Presentación): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, págs. 635-650.
- Leguina Villa, Jesús: "La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, págs. 1199-1211.

- Parejo Alfonso, Luciano: *Constitución, Municipio y Garantía Institucional*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, edición al cuidado y Epílogo de José F. Palomino Manchego, Lima, 2000. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde.
- Schmitt, Carl: *Posiciones ante el Derecho*, edición, Estudio Preliminar, traducción del alemán y notas de Montserrat Herrero, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2012.
- Serrano Migallón, Fernando: *80 años de la autonomía universitaria*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2010.
- Torres Muro, Ignacio: *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

EL DERECHO A LA IGUALDAD POR RAZÓN DE LA EDAD EN LA NUEVA LEY UNIVERSITARIA

Margott Páucar Espinoza[1]

Este estudio contiene algunas reflexiones, fruto de un análisis jurídico-constitucional del párrafo 4to del artículo 84 de la Ley Universitaria[2] y de lo establecido en la Décima Disposición Transitoria y Final del Estatuto de la UNMSM 2016[3]. Estas reflexiones toman en consideración los aspectos prácticos relacionados con el ámbito socio-educativo y laboral. A través de estas líneas no pretendemos realizar un juicio de ponderación, stricto sensu, al estilo del Tribunal Constitucional del Perú, pero sí brindar algunas consideraciones jurídicas claves a partir de las cuales se formulen propuestas de solución a la situación de crisis que se está presentando en las universidades públicas, cuyas necesidades han sido olvidadas

1 Investigadora Facultad de Derecho de UNMSM

2 El 09 de julio del 2014 fue promulgada en el Diario Oficial El Peruano la Ley 30220 Ley Universitaria, la misma que derogó la anterior Ley Universitaria Ley 23733, promulgada el 09 de diciembre de 1983, derogándose además sus modificatorias

3 Mediante Resolución Rectoral N° 03013-R-16 de fecha 7 de junio del 2016 se autorizó la publicación del Estatuto de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, aprobado por la Asamblea Estatutaria de la Universidad, en el Diario Oficial "El Peruano", el mismo que entrará en vigencia a partir del 06 de junio del 2016, cuyo contenido forma parte de la presente Resolución Rectoral.

sistemáticamente[4], postergándose de este modo, una y otra vez cualquier intento de avance a nivel de la educación pública superior. Además la ubicación de la universidad peruana en el entorno internacional nos indica que no hemos hecho grandes progresos[5].

Antes de iniciar un análisis jurídico-constitucional, resulta significativo señalar algunas cuestiones previas. En primer lugar, fueron varios los artículos de esta normativa que fueron objeto de serios cuestionamientos por parte de diversos sectores de la vida académica y social como el colegio de abogados de Lima, un grupo de ciudadanos y congresistas. Uno de los artículos que ha causado polémica ha sido el párrafo 4to del art 84. Considerando la dimensión del problema que el mencionado artículo está ocasionando en la vida académica de las universidades públicas, se han presentado cuatro proyectos de ley a efectos de que el Congreso de la República pueda debatir en amplitud dichos temas y se derogue el citado artículo. Una de las primeras medidas correspondió a la Comisión de Educación que con fecha 13 de marzo del 2017 aprobó derogar el mencionado artículo. No obstante, a pesar de eso, aun la ley no ha sido debatida por el pleno del Congreso. Entre los planteamientos que se han presentado destacan aquellos que proponen que la jubilación obligatoria sea a los 80 años y en otros casos, que no exista límite de edad.

Si bien es cierto que los cuestionamientos sobre su constitucionalidad de varios artículos de esta norma legal ya fueron dirimidos por al Tribunal Constitucional mediante la sentencia N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/

4 Los intentos que se realizaron antes de la promulgación de la presenta Ley no contribuyeron en gran medida a la mejora de la educación pública por lo que se ha optado por su eliminación. Así pues, con fecha 27 de octubre de 2014, en el marco de la implementación d la Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley Universitaria, Ley 30220 y la Resolución ministerial N° 354-2014 MINEDU que faculta al Grupo de Trabajo encargado del cierre de la Asamblea Nacional de Rectores, comunicó el cese definitivo de las funciones de todos los órganos que componen la ANR, incluyendo la CONAFU. Así pues, esta nueva Ley liquida a la Asociación Nacional de Rectoral (ANR) y lo reemplaza por la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (SUNEDU), un nuevo organismo adscrito al Ministerio de Educación, que también cumplirá la función del actual Consejo Nacional para el Funcionamiento y Acreditación de Universidades (CONAFU).

5 Como puede observarse en este ranking, lastimosamente, no se encuentra ninguna universidad peruana https://www.timeshighereducation.com/student/best-universities/best-universities-south-america

TC, 0019-2014-P1/TC y0007-2015-PI/TC, la que se pronunció a favor de la constitucionalidad de los mismos, esto no es óbice para que no podamos opinar sobre los aspectos que no han sido considerados ni desarrollados con prolijidad por la mencionada sentencia. Cabe señalar que esta norma en cuestión sigue siendo contestada por un sector importante de académicos peruanos y que a la fecha está generando una situación real de crisis en la educación universitaria pública.

Análisis Jurídico- Constitucional.

- Leitmotiv del art 84 de la Ley Universitaria.

El párrafo 4to del art 84 establece: *La edad máxima para el ejercicio de la docencia en la universidad pública es setenta años. Pasada esta edad, sólo podrán ejercer la docencia bajo la condición de docentes extraordinarios y no podrán ocupar cargo administrativo.*

Un análisis jurídico-constitucional nos lleva a formularnos en principio, la siguiente pregunta ¿cuáles son las razones lógicas que el legislador en ejercicio de su legítima discrecionalidad política ha considerado para dictar la norma en cuestión? A pesar de que la Ley Universitaria no contiene una exposición de motivos, podemos inferir tales razones de su artículo primero, el cual contiene el leitmotiv de esta nueva Ley. Este artículo, pone el énfasis, entre otros aspectos, en la calidad educativa[6]. Por otro lado, no podemos dejar de señalar que la realidad que vive la comunidad universitaria en la actualidad, sí, ameritaba una nueva normativa que regulase los aspectos esenciales de la vida universitaria tras más de 30 años de vigencia de la anterior Ley. Si bien es cierto que, hasta aquí coincidimos en la necesidad de una nueva regulación normativa para las universidades, ello no significa que toda ley emanada del legislativo sea compatible con el marco constitucional, como veremos en las líneas siguientes.

6 Así el art 1 textualmente dice lo siguiente: *La presente Ley tiene por objeto normar la creación, funcionamiento, supervisión y cierre de las universidades. Promueve el mejoramiento continuo de la calidad educativa de las instituciones universitarias como entes fundamentales del desarrollo nacional, de la investigación y de la cultura. Asimismo, establece los principios, fines y funciones que rigen el modelo institucional de la universidad*

Limitación legal de un Derecho Fundamental.

El art 84 párrafo 4to de la Ley universitaria establece la jubilación forzosa del docente al cumplir los 70 años de edad, y si son invitados a seguir trabajando, lo harán sólo como docentes extraordinarios. Se les prohíbe además que ejerzan determinados derechos laborales (cargos administrativos), entonces surge la siguiente pregunta ¿estamos ante una norma limitativa y restrictiva de derechos? Según ha expuesto el Tribunal Constitucional, no existe arbitrariedad al fijar una edad de tope para la jubilación, dado que en otros ámbitos resulta constitucionalmente legítimo establecer una edad determinada para la jubilación, más aún si los docentes universitarios forman parte del grupo de funcionarios públicos, quienes están sujetos a las normas que regulan el ejercicio de la función pública. En este punto, nosotros manifestamos, que estamos ante una situación particularmente distinta a la de otros ámbitos profesionales, ya que mientras que la actividad laboral y la consecuente productividad laboral en otros campos profesionales (incluyendo la función pública) cesa definitivamente con la jubilación; la labor investigadora que realizan muchos docentes universitarios se extiende más allá de la edad de la jubilación forzosa. De hecho, muchos profesores continúan su labor investigadora pasado los 70 años, y esto no constituye una novedad, sino todo lo contrario, es conocido que los docentes universitarios que se dedican a la investigación, siguen con su labor investigadora a pesar de estar en una edad muy avanzada. Este aspecto no ha sido tomado en cuenta por el legislador, lo que nos lleva a pensar que existe un desconocimiento de cómo funciona la vida académica, hecho que resulta preocupante pues el proceso previo para elaborar toda norma jurídica parte de un conocimiento cabal de la realidad que forma parte del contexto normativo que se pretende regular.

Ahora bien, para ejercer en el ámbito de la enseñanza, se alega que estando en una edad avanzada ya existe un evidente deterioro de la enseñanza, surge el olvido o pérdida de la memoria regular. Nos preguntamos si estas razones pueden ser señaladas como razones realmente racionales para intentar con ello justificar el párrafo 4to del art 84. En otras palabras, ¿resulta un hecho objetivo que determinados factores relacionados con el transcurso del tiempo (la edad) lleven necesariamente a un desmedro de la percepción sensorial del docente, a tal punto que éste se encuentre incapacitado para esa labor? No se puede negar que con la edad se produce una disminución de la actividad física, pero ¿acaso estas razones en apariencia

objetivas se pueden generalizar a todos los docentes? Y la respuesta es no, ya que si bien es cierto que las capacidades físicas disminuyen con el paso del tiempo, también lo es, que ya no son excepcionales los casos en los que los docentes siguen estando activos intelectualmente con una edad avanzada y que la lentitud física no necesariamente implica una merma en sus capacidades intelectuales.

Todo aquello nos lleva a decir que estamos ante una norma que carece de razonamiento objetivo y que por este motivo resulta arbitrario, esto implica que la razones que subyacen a dicha norma no pueden justificarse en razones objetivas ni lógicas, esto es, no tiene una base real que la justifique, y que por el contrario, contiene una serie de razones subjetivas, lejanas a la realidad universitaria actual.

Volviendo al carácter de norma limitativa que caracteriza a este párrafo 4 del art 84 hay que señalar que se trata de una norma limitadora externa, es decir que no deviene de la propia norma constitucional, pues como ya lo hizo notar el propio TC, la Constitución no establece un límite de edad para el ejercicio de la docencia universitaria, y tampoco lo prohíbe, por lo cual a primera vista, parecería que al no prohibirlo, la Constitución estaría permitiendo que se dicten medidas para regular la jubilación de los docentes universitarios, señalando para el caso, una edad límite. Y conforme se desprende de dicha sentencia, a partir de esta "lógica", se pueda concluir que la mencionada norma sí es legal, ya que nada prohibiría que se regule la edad de la jubilación, con más razón si se trata de funcionarios públicos y que en tal virtud deben ser tratados de igual forma que otros funcionarios públicos. Sin embargo, esta lógica no es congruente con un sistema de interpretación integral de la Constitución, puesto que en principio no toda cuestión que es omitida expresamente por la constitución, ya es automáticamente permitida por ella. Así pues, para que una norma restrictiva de derechos sea declarada constitucional tiene que interpretarse en función de lo que establece el marco constitucional y en este sentido, la mencionada norma limitativa sí quebranta no solo varios artículos constitucionales a los cuales no me voy a referir, sino que contraviene sobretodo el propio sistema de derechos fundamentales y los principios constitucionales que subyacen en las bases de la Carta Política.

Se alega que la motivación de la ley tiene como uno de sus objetivos, la mejora de la calidad educativa, el cual forma parte del Derecho Fundamental a la educación. Se pretende de este modo alcanzar este objetivo, a

costa de la vulneración del derecho fundamental al trabajo de los docentes mayores de 70 años. Entonces se advierte, que aquí entran en conflicto dos derechos fundamentales consagrados ambos en la actual Constitución. Entramos en el ámbito del conflicto entre derechos fundamentales, el cual requiere una ponderación por parte de los jueces, como efectivamente se ha realizado al declararse la constitucionalidad de dicha norma. No obstante, consideramos que el Alto Tribunal ha olvidado tomar en cuenta el contexto real en el que se asienta la problemática que rodea la educación universitaria en nuestro país. Y precisamente la realidad nos muestra que el ejercicio de la docencia y la labor investigadora, a diferencia de otras profesiones, se puede extender más allá de los 70 años, por ello esta norma constituye una evidente limitación a dicho ejercicio.

Ahora bien, a continuación cabe examinar, si las soluciones que establece esta norma restrictiva en favor de la calidad en la educación, y en detrimento del derecho laboral, resulta coherente con la Constitución y el sistema de Derechos Fundamentales que la misma carta magna defiende; y es aquí, donde nuevamente se observa que no existe coherencia entre la mencionada norma y lo establecido en la Constitución y menos con el sistema de Derechos Fundamentales. Así pues, ¿cuál es la relación causa-efecto existente entre la adopción de un sistema de jubilación forzosa y la mejora en educación? El Tribunal Constitucional ha señalado que esta norma viabiliza el derecho de acceso a la función pública de nuevos cuadros, favoreciendo además la movilidad y el ascenso de los profesores ordinarios. Olvida el Tribunal que este efecto non opera de forma automátia y que por muchos años San Marcos y otras universidades han estado contratando profesores, dejando de lado la posibilidad de un nombramiento. Por ello este argumento no resulta congruente con la realidad que se vive a nivel, ya que para ser viable un relevo generacional se debería hacer bajo ciertos parámetros debidamente planificados a mediano y largo plazo. Las soluciones de corto plazo no han dado hasta la fecha óptimos resultados y por el contrario resultan perjudiciales y gravosos.

A la fecha ninguna universidad pública en el Perú ha elaborado ni gestionado tal medida., existiendo una evidente falta de planificación. Estando así las cosas, se puede señalar que el mencionado relevo generacional no está garantizado, con las serias y graves consecuencias que ello conlleva para la educación universitaria pública. Si el objeto es brindar una educación de calidad, este no es el modo de afrontar ese propósito. A

diferencia de lo que ocurre en Perú, en Latinoamérica, el caso más paradigmático en relación al relevo generacional es la Universidad Autónoma de México, donde se encuentra el grupo de docentes mayores de 70 años en ejercicio activo. Resulta relevante señalar que esta casa de estudios ha elaborado un programa de Renovación de la Planta Académica, a la vez que opera el sistema de jubilación voluntaria para los docentes universitarios.

Una vez más, el objetivo señalado por la Ley Universitaria no cumple su papel con la imposición que establece el párrafo 4to del art 84. Esto confirma lo antes mencionado: estamos ante una norma que carece de una justificación objetiva y racional y que no contempla qué contexto educativo es el que pretende regular y qué medidas coherentes requiere para lograrlo.

Así mismo, hay que señalar que la imposición de una jubilación forzosa, es una medida gravosa tanto para el docente a quien "se le invita a retirarse" como para la educación pública universitaria, pues el menoscabo que sufre la educación pública universitaria al quedarse sin sus experimentados docentes, perjudica la vida académica y a la vez que menoscaba el ejercicio de la docencia y la labor investigadora. Situaciones como éstas, ya se dieron en otros países y conviene conocerlo para no caer en el mismo error. Por ejemplo el 2014 en Cuba se tuvo que aprobar una nueva norma que permita que los profesores universitarios jubilados vuelvan a dictar clases, Así según la resolución N° 35 de agosto de 2014, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria se solicitó a los profesores jubilados volver a las aulas con todos sus derechos adquiridos, debido al déficit de maestros universitarios. Es obvio que esto implica que no se aplicó un adecuado plan para el relevo generacional, y para nadie es una novedad que la Educación en Cuba se caracteriza por ser una educación de calidad, aun así, pueden ocurrir este tipo de situaciones que ponen a la educación en una situación apremiante que requiere soluciones de urgencia.

Otro caso similar, es la que han enfrentado los docentes universitarios de la Comunidad Autónoma de Galicia-España. Según señala Xose Pereira (Vicerector de Comunicación de la Universidad de Santiago de Compostela, "Hay un problema generacional importante en las universidades gallegas" y añade además que "Durante muitos anos non houbo una incorporación razoable á universidade". De la misma opinión es Alberto Valderruten Vicerrector de Profesorado de la Universidad Da Coruña, quien indica que "Hay un vacío generacional que se ha ido agrandando durante los

peores años de la crisis española. La tasa de reposición fue dando salida a los docentes veteranos pero no entrada a los nuevos profesores"[7]. Estas experiencias nos dicen mucho de la situación de las universidades cuando no se toma en cuenta una serie de factores que en lugar de ayudar a mejorar la situación de las universidades, las mantienen rezagadas. ¿Queremos esto para nuestras universidades públicas peruanas?

Respecto a lo establecido en párrafo 4to del art 84 podemos señalar que estamos ante una norma que resulta manifiestamente gravosa, que restringe el libre ejercicio de la docencia y la investigación, relegando a los docentes con mayor experiencia a la condición de extraordinarios (solo a algunos de ellos)[8]. Se olvida que frente a la ley, los derechos fundamentales presentan una doble barrera protectora: la defensa del contenido esencial y la exigencia de justificación. Y la citada norma restrictiva, atenta no sólo contra el derecho fundamental al ejercicio de trabajo, sino que, tampoco cumple la condición de defensa de un derecho fundamental, puesto que la defensa de una calidad educativa no implica despoblar a las universidades públicas de sus docentes más experimentados. Esta norma adolece en este sentido de una arbitrariedad manifiesta, es decir, no cumple con la exigencia de que toda norma compatible con la constitución no debe ser arbitraria. Y lo más grave, es que tal arbitrariedad es notoria ya que la norma ha sido elaborada sin considerar ni hacer un análisis previo de la realidad universitaria peruana.

Así mismo, privar a los docentes mayores de 70 años de ejercer determinados cargos administrativos en las mismas condiciones que los docentes menores de 70 años, es también un acto arbitrario y desproporcional, dado que, esta medida no está debidamente justificada y merma sensiblemente el ejercicio del derecho al trabajo, pues no existe la necesidad de privarlos de determinado ejercicio para que el trabajo administrativo sea eficiente. La juventud y/o edad del docente no determina que su trabajo administrativo sea mejor. Por ello, desde mi punto de vista, la medida restrictiva no cumple con el requisito de

7 http://www.lavozdegalicia.es/noticia/galicia/2017/05/01/universidades-perderan-70-docentes-ano-jubilacion/0003_201705G1P10993.htm

8 El artículo 80. 2 de la Ley universitaria señala que son docentes extraordinarios: eméritos, honorarios y similares dignidades que señale cada universidad, que no podrán superar el 10% del número total de docentes que dictan en el respectivo semestre.

justificación objetiva ni racional, dado que la justificación alegada, se sustenta en aspectos subjetivos poco claros, vacío de contenido y ajena a la realidad que se vive en los ámbitos universitarios.

Además, aquella norma legal resulta también desproporcionada porque abre la puerta a mayores situaciones críticas de las que ya se vive en las universidades estatales en cuanto a la enseñanza se refiere, pero sobre todo en el ámbito de la investigación. Nos referimos a las necesidades que se presentarán en aplicación del artículo 45 de la Ley Universitaria que versa sobre la obtención de grados y títulos. Esta norma establece que para la obtención del Título profesional se requiere como mínimo *"del grado de Bachiller y la aprobación de una tesis o trabajo de suficiencia profesional"*, e igualmente *para la obtención del grado de bachiller se exige haber aprobado los estudios de pregrado, así como la aprobación de un trabajo de investigación y el conocimiento de un idioma extranjero,* eliminándose de este modo el bachillerato automático. Al respecto cabe formular varias preguntas: ¿Realmente están preparadas las universidades públicas peruanas, para orientar a un numeroso grupo de estudiantes que obtendrán su bachillerato con un trabajo de investigación del nivel de una tesis? ¿Cuántos profesores están realmente preparados para ser asesores de tesis? ¿Cuántos profesores están preparados para ser jurados en las sustentaciones de tesis? La sola lectura del art 28.5 de la referida ley, que dispone elevar el número de profesores a tiempo completo a 25% nos da una respuesta contundente[9]. No, las universidades no están preparadas para este reto y prueba de ello, es que a la fecha no existe ningún plan estratégico o programa que vaya implementar estos aspectos académicos que sin duda marcarían un antes y un después en la academia peruana en cuanto a investigación se refiere. En este caso, una vez más, la respuesta se dirige a la necesidad de contar con docentes experimentados que puedan asesorar a los estudiantes en el proceso de investigación y que a la vez los preparen para la sustentación del mismo. Ésta es otra de las razones prácticas, por las que no resulta procedente ni coherente

9 En relación a los licenciamiento el Art 28.5 de la Ley Universitaria establece: *Verificación de la disponibilidad de personal docente calificado con no menos del 25% de docentes a tiempo completo. Mediante esta norma se aumenta* de 15% a 25% el número de profesores a tiempo completo con el fin de mejorar la investigación científica, la producción editorial y la realización de asesorías a alumnos Los catedráticos que realicen investigaciones deberán ser remunerados en 50% más, respecto a sus ingresos totales.

proceder a despoblar a las universidades públicas de sus experimentados docentes, puesto que estamos ante una medida legal que no protege el derecho a una educación de calidad, sino todo lo contrario.

El derecho a la igualdad.

Se ha señalado que la norma en cuestión vulnera varios artículos de la Constitución, pero el presente trabajo solo pretende abordar los aspectos relacionados directamente con el derecho a la igualdad en relación con los derechos laborales. En primer lugar el art 1 de nuestra Constitución establece que: *La persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.* A continuación el artículo 2.2 consagra el principio de igualdad señalando que: *Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".* Ambos artículos, no en vano, encabezan la lista del catálogo de Derechos Fundamentales. Así mismo, el artículo 26 indica además que *"en toda relación laboral se respeta la igualdad de oportunidades sin discriminación".* Cuando hablamos de Derechos Fundamentales, hablamos no sólo de normas expresamente consagradas en la Constitución Política, sino también de Derechos como exigencias morales que van más allá del reconocimiento formal, y en tal sentido se condicen con el principio de dignidad del ser humano, que es principio eje sobre el cual gira el sistema de Derechos Fundamentales. Este sólo hecho es sintomático de la importancia que se le otorga a los Derechos Fundamentales, esto es, que al ir más allá del reconocimiento formal, hay que vislumbrar en dichos Derechos Fundamentales su característica de exigencias morales que subyace en el origen de los mismos.

En numerosas sentencias el Tribunal Constitucional del Perú, ha proscrito la discriminación por razones de edad en materia laboral. Por eso nos parece un retroceso que el Tribunal Constitucional no tome en cuenta sus propios argumentos para declarar que en este caso, existe una evidente discriminación por razón de edad. Y en este ámbito podemos rescatar lo que una vasta doctrina jurisprudencial ha generado en los Estados Unidos de América. En tal virtud, muchas universidades norteamericanas han adoptado lo que se denominan buenas prácticas en relación a la evaluación de docentes. Se trata de toda una serie de protocolos que se aplican con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación. Para llegar a este punto,

fue necesario eliminar el sistema de jubilación forzosa, adoptándose en su lugar, el sistema de jubilación voluntaria.

Ahora bien, al declararse la constitucionalidad de dicha norma, se nos está indicando que no existe rasgo discriminatorio en la misma, ya que al ser el docente universitario un funcionario público, debe ser tratado como tal. Sin embargo, hay que hacer una observación en este punto, pues ni los mismos magistrados del Tribunal Constitucional, ni el Congreso de la República, ni el Poder Ejecutivo, tampoco la propia postulación como candidato a la presidencia de la Republica se sujetan a los límites de edad.

En tal sentido, se colige, que no hay un trato igualitario en relación a los mencionados funcionarios públicos. Con todo, los partidarios de esta norma restrictiva pueden alegar que a pesar que estos otros funcionarios públicos no tiene límites de edad para su ejercicio, siempre existe la posibilidad de colocar límites, ya que nada impide que en un futuro se pueda regular un límite de edad para el ejercicio en el cargo de los mencionados funcionarios. No obstante, y a pesar que en el futuro pudiera darse esta situación, hay una cuestión objetiva que no va a cambiar; me refiero a lo antes mencionado en relación a la peculiaridad que caracteriza a la vida académica que se extiende más allá de la típica edad de jubilación. Por ello insistimos en que ésta es una de las razones objetivas que debería haber sido considerado tanto por el legislador como por los magistrados de Tribunal Constitucional. Tampoco los Estatutos de la UNMSM ha tomado en cuenta esta razón objetiva para evitar la salida masiva de maestros universitarios.

No son pocos los países que han optado por recoger en sus legislaciones el sistema de jubilación voluntaria, eliminando de esta manera la jubilación forzosa en la vida académica. En este sentido, resulta constitucional que un profesor universitario pueda ejercer la docencia en libertad y en igualdad de condiciones con total prescindencia de su pertenencia a grupo de edad determinada. Incluso la misma universidad en uso de su autonomía universitaria, debería regular la forma cómo ha de ejercerse la vida académica en concordancia con lo establecido por la Constitución Política, esto es sin discriminación y en igualdad de condiciones con los otros maestros universitarios que no superan los 70 años.

Además, si analizamos el contexto jurídico-social en que se inserta dicha medida se observa que tal exigencia legal resulta fútil para el ejercicio de tales derechos laborales, y a la vez resulta fútil para lograr una

educación de calidad. Así pues, resulta un contrasentido señalar que para lograr una educación de calidad, es necesario jubilar masivamente con carácter obligatorio a los docentes mayores de 70 años, que están en pleno uso de sus facultades intelectuales. En efecto, tal medida en nada ayuda para conseguir una mejora en la educación; al contrario, resulta contraproducente si de mejorar la educación universitaria se trata, como ya lo explicamos en detalle en las líneas precedentes.

Entonces ¿cuáles son las razones de peso que ha tenido en cuenta tanto el legislador, como el TC para que se haya decidido sacrificar el derecho al trabajo de los docentes universitarios mayores de 70 años? Esta pregunta sigue quedándose sin una respuesta válida en el sentido de que no estamos ante una norma objetiva. Por el contrario, las razones alegadas adolecen de una apabullante subjetividad que finalmente la destina a ser desestimada porque no cumple el requisito de no arbitrariedad por un lado y por otro porque el derecho que se supone es satisfecho (derecho a una educación de calidad) en desmedro del derecho al trabajo de los docentes mayores de 70 años) no cumple tal objetivo, pues para alcanzar una educación de calidad se tiene que realizar una serie de planteamientos que no incluyen para nada adoptar un imperativo legal que obligue a los docentes a retirarse de la universidad cumplido los 70 años.

Ahora bien, estando vigente dicha norma limitativa, surge otra cuestión que tampoco fue considerada. ¿Qué va suceder con los profesores investigadores que continúen investigando pasado los 70 años? ¿Se va a permitir que los docentes sigan investigando ad honorem?, con autofinanciamiento como ha sucedido hasta ahora y que por esa razón sus obras académicas tengan una difusión tan limitada? Aquí tenemos otra razón más para sostener que la limitación de la edad, sí representa un factor de discriminación cuando estos no son debidamente justificados, como lo es el presente caso. Lo preocupante es que este criterio discriminatorio (la edad) está presente en este artículo tanto para el ejercicio de la docencia, la investigación, como para la realización de labores administrativas. Así pues, este criterio discriminatorio alcanza todos los aspectos del ámbito laboral, vulnerando de esta manera los derechos laborales de los docentes universitarios mayores de 70 años.

El ejercicio de la docencia por tanto forma parte del Derecho Fundamental al Trabajo y en particular del Derecho a ejercer el trabajo sin discriminación y en condiciones de igualdad. Operan aquí dos principios claves:

el principio de la igualdad y el principio de no discriminación. Principios jurídicos que son correlativos pues se corresponden uno con el otro, de tal modo que el derecho a ejercer la docencia en condiciones de igualdad, implica a la vez ejercer este derecho sin discriminación de ninguna índole.

En relación a los principios por los que se rigen las universidades, la propia Ley Universitaria acoge en su art 5 los principios de meritocracia, el pluralismo, el diálogo intercultural e inclusión; asimismo se adopta el compromiso con el desarrollo del país. Por ello, reconocer la gran experiencia docente de los maestros mayores de 70 años es una cuestión de primer orden, no sólo en función a la protección de sus derechos laborales, sino también en función a garantizar una calidad en la educación universitaria. No estamos pues ante una cuestión badalí, sino todo lo contrario, en la actualidad, la educación universitaria plantea grandes retos, encaminados a la mejora de la enseñanza y el incentivo a la investigación. Precisamente quienes pueden ofrecer su experiencia son aquellos maestros universitarios que han pasado muchos años de su vida enseñando y a la vez investigando con sus recursos propios. No debemos olvidar que sólo recientemente y de forma reducida se están dotando a las universidades de ciertos recursos públicos con el fin de incentivar la investigación. Sin embargo, en la mayoría de casos las investigaciones siguen siendo autofinanciadas por los propios profesores universitarios. En el caso de la universidad de San Marcos, recientemente ha lanzado diversos programas de investigación, entre las cuales, destacan especialmente, las que son realizadas por grupos multidisciplinarios.

Por otra parte es importante señalar que el referido artículo también incluye como principios el rechazo a toda forma de violencia, intolerancia y discriminación en todos sus niveles y dimensiones del quehacer universitario. En tal sentido, el trabajo que se realice con la finalidad de eliminar todo acto de exclusión debe ser contemplado tanto en los Estatutos universitarios, como en la práctica de la vida académica. Ésta es otra de las razones por las que no se entiende por qué el Estatuto persiste en tomar medidas que implementan el sistema de jubilación forzosa, que no es otra cosa que despedir a los docentes, el mismo día que cumplen setenta años de edad, en vez de expresarles sus saludos por su onomástico.

A la fecha, son 558 maestros sanmarquinos, que tienen o superan los 70 años de edad. El Sindicato Único de Docentes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (SIDUNMSM) propone que el retiro sea

voluntario y que cada año haya una evaluación psiquiátrica, para ver si los mayores de 70 años están en la capacidad mental e intelectual para seguir enseñando en las aulas[10]

Hace poco, el 10 de julio del año en curso, a través de la carta N° 972 /DGA emitida por la oficina general de Recursos Humanos de la UNMSM, un grupo importante de maestros sanmarquinos han recibido el texto de esa carta de retiro, no obstante de encontrarse en pleno vigor intelectual.

Esta carta fue emitida en virtud a lo dispuesto en la Resolución Rectoral N° 03914-R-17 del 07 de julio del 2017. En ella se hace eco de la Décima Disposición Transitoria y Final del Estatuto de la UNMSM, el cual establece cronograma siguiente. Los docentes que a la aprobación del Estatuto tengan 70 años o más pasarán al retiro de acuerdo a la secuencia que sigue: 1) El 09 de julio de 2017 los que a esa fecha tengan 80 años o más 2) EL 09 de julio de 2018 los que en esa fecha tengan setenticinco 75 o más años 3) El 09 de julio de 2019 los que en esa fecha tengan 70 años o más. La aplicación del presente cronograma es excepcional y estará a cargo de la Oficina de Recursos Humanos, la que deberá implementar bajo responsabilidad. Las facultades con regímenes o cursos anuales procederán al retiro que se señala en el cronograma al final del año académico respectivo".

En tal sentido añade la carta "Se resuelve: Formalizar el pase a retiro de los docentes de la UNMSM que al 09 de julio del 2017 tengan 80 años o más en cumplimiento de lo establecido en la Décima Disposición Transitoria y Final del Estatuto de la Universidad y por las consideraciones expuestas".

Como se observa, en el caso específico de San Marcos, la Asamblea Estatutaria aprobó a través de su estatuto (reglamento) que exista un cronograma del cese de sus docentes. Este año se retirarán los docentes mayores de 80 años, el próximo, los de 75 años, y en el 2019, los que sobrepasen los 70 años.

En dicha carta no se hace mención alguna a lo que establece la ley respecto a quienes pasarían a ser profesores extraordinarios, lo cual

10 El Sindicato Único de Docentes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (SINDUNMSM) se mostró en contra del artículo 84 de la Ley Universitaria, ratificado por el estatuto universitario recientemente publicado, en el que se dispone el retiro de los profesores que tienen o superan los 70 años por haber sobrepasado la edad máxima para ejercer la docencia

sorprende, pues si de cumplir la norma se trata, debería hacerse mención de tal aspecto de normativa universitaria.

En el ámbito internacional son muchos los países que se han acogido al sistema de la jubilación voluntaria, teniendo en cuenta precisamente la peculiaridad que caracteriza la labor académica. En este sentido, no es extraño encontrar en las aulas universitarias a connotados maestros universitarios. México es uno de los países cuyas universidades sí aparecen en los rankings de las mejores universidades, y aquí desde la Reforma de la Ley el en año 2005 se derogó la jubilación obligatoria Y no sólo eso, sino que en la UNAM[11] existe toda una estrategia para incentivar la jubilación voluntaria, con el fin de que sean ellos los que decidan irse en el momento que crean conveniente y con una pensión que es suficiente para que vivan decorosamente y de acuerdo con su dignidad, no obstante que en México el sistema pensionario no es el adecuado, por cuestiones presupuestarias que se le asigna desde el Estado.

Traigo aquí los casos de otros países en los que la jubilación de los docentes universitarios es potestativa y no forzosa. Es el caso del reconocido jurista mexicano Hector Fix Zamudio, quien ha sido profesor de la asignatura de Juicio de Amparo en la UNAM durante 32 años ininterrumpidos hasta los 72 años (1964-1996). Cuenta con más de 50 años como investigador y con más de 70 años de edad ha seguido produciendo grandes obras jurídicas. El célebre físico británico S. Hawking, quien a pesar de sus limitaciones físicas, conocidas, sigue en la cúspide de su producción intelectual. En 2016, muchos profesores universitarios fueron galardo-

11 Ante la necesidad de renovar la planta académica en las universidades y la abstención a jubilarse de los académicos que tienen los requisitos para ello, algunas universidades han implementado programas de jubilación voluntaria. Así, la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) que en 2011 contaba con 37,299 académicos de los cuales 6,132 rebasaban los 30 años de servicio y 1,451 tenían más de 70 años de edad, el Rector *José Narro Robles*, implementó un programa de retiro voluntario. Para ello lanzó una convocatoria en noviembre de ese año, ofertando 200 casos de jubilación para personas mayores de 70 años y que tuviesen al menos 25 años de antigüedad en la institución (De Garay Adrián 2013) Este programa consistía en ofrecer una renta mensual vitalicia de 20,000 pesos mensuales como adición a la pensión otorgada por el ISSSTE y seguro médico de gastos mayores similar al que disfrutan los académicos activos. La pensión otorgada por el ISSSTE es de 10 salarios mínimos, equivalente actualmente a 20,187 pesos mensuales (67.29x30x10). Esto fue aceptado finalmente por los académicos.

nados con el Premio Nobel. Todos mayores de 70 años. Así por ejemplo, el profesor David J. Thouless, de la Universidad de Washington, ganó el Premio Nobel de Física a sus 82 años. El profesor Michael Kosterlitz de 74 años, académico activo de la Universidad Brown, en Estados Unidos. El Premio Nobel de Química fue otorgado al profesor de la Northwestern University, Fraser Stoddart, que en aquel momento contaba con 74 años. Y así podemos seguir citando a otros tantos excelsos docentes universitarios que han seguido produciendo tales obras. En el caso peruano tenemos a Luis Alberto Sanchez, José León Barandearán, Alfredo Solf y Muro, Domingo García Rada, Ulises Montoya Manfredi, Mario Alzamora Valdez, Luis Bramont Arias, Mario Vargasllosa, y la lista sigue.

En EE.UU existe abundante literatura que da cuenta sobre la discriminación por razón de la edad en las relaciones laborales. Una de las principales normas dada a mediados del siglo pasado señala que queda abolida la jubilación obligatoria por ser discriminatoria. Así pues, The Age Discrimination in Employment Act of 1967[12], es una norma general que establece toda prohibición de discriminación laboral por razones de edad. No obstante, en el ámbito académico en específico dicha medida fue tomada recién en el año 1993[13]. A partir de esa fecha está prohibida toda mención a la edad en todos los ámbitos de la vida académica, los mismos que abarcan tanto la contratación del personal docente como la promoción y los beneficios a la que se hace acreedor un profesor universitario. Por supuesto dicha medida también rige para la jubilación.

Finalmente y no por ello menos importante es la mención a los instrumentos internacionales[14] los cuales reconocen y protegen el derecho a la educación[15] y el derecho al ejercicio de un trabajo sin discriminación y en

12 Ver: https://www.eeoc.gov/laws/statutes/adea.cfm

13 Ver: https://www.aaup.org/issues/discrimination/tenure-remedy-discrimination

14 La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su Artículo 1 que: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* El Artículo 2 consagra que: *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

15 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en el Artículo 13 1 que *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de*

condiciones de igualdad. Así pues el Convenio 111 de la OIT, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación[16]. Dicho convenio establece en el art 1 que: A los efectos de este Convenio, el término ***discriminación*** comprende: (b) *cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS:

Como se observa, el tema no se reduce exclusivamente a la defensa del derecho de los actuales docentes a mantener un trabajo, como inicialmente puede creerse, sino que, incluye además la consideración de una serie de consecuencias prácticas y jurídicas que la cuestionada norma genera en desmedro de la educación pública superior, y que no han sido consideradas por los legisladores, quienes no han entendido la dinámica de la vida universitaria. Lamentablemente el legislador ha desestimado una lectura real y práctica de la situación.

También se advierte que el legislador no ha sido consciente de las repercusiones que entraña adoptar el sistema de jubilación forzosa para el caso de docentes universitarios con mucha experiencia y gran trayectoria

toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. Y Artículo 7 *reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad*

16 *Entrada en vigor: 15 junio 1960) Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales)*

académico-profesional. Despoblar a las universidades de sus principales académicos considerando sólo razones de edad, implica un desconocimiento de cómo funciona el mundo universitario.

No se ha comprobado la necesidad, ni la adecuación del párrafo 4 del art 84 en relación a la mejora de la calidad educativa. Por el contrario el derecho a la educación que se intenta proteger con la imposición de dicho mandato (la obligatoriedad de jubilarse), resulta limitativa, habiéndose comprobado sí, su lesividad y arbitrariedad. En otras palabras, no había necesidad de establecer límite a la labor docente, aún más si ese límite no contribuye a la protección del derecho a una educación de calidad, En última instancia si se trata de elevar la calidad de la educación universitaria existen muchas otras medidas menos gravosas para a función docente y más efectivas.

Con el fin de revertir esta lamentable situación propongo:

- La derogatoria del párrafo 4to del art 84 de la Ley en cuestión. Además propongo, aumentar las horas lectivas a los profesores con mayor de 70 años las mismas que deberían ser destinadas a la investigación con financiamiento proveniente de fondos públicos. Ya es tiempo que cada docente deje de financiar sus investigaciones.
- Que los docentes se jubilen voluntariamente, y que sólo sea obligatoria la jubilación cuando sea evidente la disminución de sus capacidades intelectuales que le impida cumplir su función en forma eficiente.
- El Estado asigne los recursos económicos suficientes para que las universidades cumplan su rol de ser organismos que no sólo se dediquen a la enseñanza, sino también a la investigación científica.

IX. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

(No abandonar el eje de preocupación y el ángulo de observación) (A propósito de la inconstitucionalidad de la ley universitaria)

Ernesto Blume Fortini[1]

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia, elaborada para el XI Congreso Nacional de Derecho Constitucional "Retos del Constitucionalismo del Siglo XXI", organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional,

1 Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de Seminario de Integración en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Integró el Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el ex Presidente Constitucional de la República don Valentín Paniagua Corazao y la Comisión de Reforma del Código Procesal Constitucional.

APDC, y la Universidad San Ignacio de Loyola, USIL, bajo los auspicios del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el Tribunal Constitucional del Perú y el Poder Judicial del Perú, declarado como evento oficial por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú y que se llevará a cabo los días 24, 25 y 26 de agosto de 2017 en la ciudad de Lima, tiene por objeto, a partir de un caso concreto resuelto por el Tribunal Constitucional del Perú, alcanzar un conjunto de reflexiones sobre el reto que para los tribunales y cortes constitucionales contemporáneos representa hoy, en los inicios del Siglo XXI, el imperativo de garantizar la primacía de la Constitución, en cuanto expresión normativa del poder constituyente, en el caso de los procesos de inconstitucionalidad y de los procesos competenciales (procesos orgánicos); y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el caso de los procesos de defensa, rescate y guardianía de los mismos (procesos de la libertad).

Ello, cuando las razones y la coyuntura que da origen al conflicto presentan características con marcadas connotaciones ajenas, en puridad, a aquellos retos y que tienen que ver con aspectos y consideraciones de otra naturaleza, y de importancia y connotaciones peculiares, así como, en algunos casos, de interés general.

Tales reflexiones están formuladas tomando como fuente principal el voto singular que, como magistrado de dicho colegiado constitucional emití en un caso específico: el proceso de inconstitucionalidad originado a raíz de las demandas acumuladas, interpuestas por el Colegio de Abogados de Lima Norte (Expediente 0014-2014-PI/TC), por un grupo de Congresistas de la República (Expediente 0016-2014-PI/TC), y por el Colegio de Abogados de Lima (Expediente 0019-2014-PUTC), contra diversos artículos de la Ley 30220, publicada con fecha 9 de julio de 2014 en el diario oficial El Peruano, denominada Ley Universitaria.

Proceso en el cual se alegó la violación de la autonomía universitaria y la restricción ilegítima del derecho de acceso a la educación universitaria; la violación de los derechos a las libertades de empresa y contratación y del derecho al trabajo, consagrados en la Constitución Política del Perú; así como que diversas de sus disposiciones quebrantaban la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes y, además, afectaban el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a participar en la vida cultural de la nación y a acceder a la función pública de las autoridades de las universidades públicas, también recogidos en la Carta Suprema de la

República. Y se sostuvo que esa ley desnaturalizaba la competencia de los colegios profesionales en materia de vigilancia de la calidad del servicio que prestan los egresados de las universidades.

La sentencia que resolvió dicho proceso fue emitida por el Tribunal Constitucional el 10 de noviembre de 2015[2] y convalidó en su integridad la ley impugnada, declarando infundadas las demandas interpuestas por no haberse podido lograr el número mínimo de votos que exige la ley para declarar la inconstitucionalidad. Es decir, el voto favorable de cinco magistrados de los siete que lo integran, como lo dispone el artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en su parte pertinente establece "...para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley..." "...se exigen cinco votos conformes".

Desde mi punto de vista, este caso es una demostración palpable de los riesgos que corren los tribunales constitucionales y las cortes constitucionales de desnaturalizar su función, cuando se apartan del eje de preocupación y del ángulo de observación rectores de su actividad jurisdiccional, y permite comprender que el preservar, mantener, proteger y defender tal eje de preocupación y ángulo de observación plantea un desafío para los tribunales y las cortes constitucionales, que deben superar en el Siglo XXI, ya que de lo contrario tenderán inexorablemente a su pérdida de legitimidad.

Enfatizo que discrepé de la sentencia emitida en mayoría, mediante la cual se declararon infundadas las demandas de inconstitucionalidad materia de los procesos acumulados, interpuestas contra la Ley 30220, Ley Universitaria, y se formuló interpretación de la Disposición Complementaria Transitoria Tercera de dicha ley; por cuanto, a mi juicio, tales demandas debieron declararse fundadas, en lo esencial, en razón que la Ley 30220 transgrede los contenidos normativos, de, entre otros, del artículo 2°, incisos 2 (derecho de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación), 13 (derecho de libre asociación), 14 (derecho a contratar), 15 (derecho al trabajo y al ejercicio de la profesión) y 16 (derecho a la propiedad); del artículo 17° (derecho a participar en la oferta educativa); y del artículo 18° (garantía institucional de la autonomía universitaria) de la Constitución

2 https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00014-2014-AI%2000016-2014-AI%2000019-2014-AI%2000007-2015-AI%20Acumulacion.pdf

Política del Perú, así como las reglas y principios del sistema económico constitucionalizado, consagrado en su Título, bajo el rótulo de Régimen Económico.

1. Precisiones previas: el eje de preocupación y el ángulo de observación del Juez Constitucional

Antes de desarrollar las razones que fundamentaron la posición que asumí en dicho voto singular, el cual corre con la sentencia antes mencionada, debo formular las siguientes precisiones previas, que explican desde mi punto de vista, en gran medida, la posición contenida en la sentencia de mayoría y perfilan el caso en mención como un ejemplo de las consecuencias que se producen cuando se abandonan el eje de preocupación y el ángulo de observación rectores de la judicatura constitucional:

1.1 En primer lugar, que observo con preocupación que en numerosos casos resueltos por nuestro Tribunal Constitucional y por los de otros países, se han presentado dos situaciones que, a mi parecer, y lo digo con máximo respeto, no se condicen con la impartición de una justicia constitucional garantista y finalista, que es la que debe llevar a cabo un Tribunal Constitucional; máxime un Tribunal Constitucional del Siglo XXI.

Tales situaciones, que percibo distorsionantes de la más alta judicatura constitucional, las describo así:

- Primera distorsión: variación del eje de preocupación que corresponde asumir al Juez Constitucional cuando resuelve una controversia constitucional; y
- Segunda distorsión: variación del ángulo de observación desde el que el Juez Constitucional debe analizar la problemática materia de examen en el proceso constitucional en que intervenga.

1.2 La primera situación de distorsión consiste en que, en muchos casos, el eje de preocupación no ha sido garantizar la vigencia efectiva del derecho fundamental que se invoca en la demanda como amenazado o violado -cuando se trata de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento- o garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por infracciones normativas

infraconstitucionales o por violaciones al cuadro de asignación competencial establecido por el Legislador Constituyente -cuando se trata de los procesos de inconstitucionalidad o competencial-; sino que han sido otros ejes, tales como, por ejemplo, el equilibrio presupuestal, el ordenamiento en la contratación pública, la lucha anticorrupción, los alcances mediáticos de la decisión o los efectos producidos en el terreno coyuntural y fáctico, entre otros; ejes que, si bien son importantes, no deben constituirse en la preocupación primordial del Juez Constitucional y, menos aún, determinante para orientar su veredicto, ya que en puridad escapan a sus competencias y distraen, obstaculizan y distorsionan el enfoque que le corresponde asumir en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales regulados en el caso peruano por los artículos 200° y 202° de la Carta Fundamental de la República; fines que, con claridad y contundencia, desarrolla el artículo 2° del Código Procesal Constitucional nacional en los términos siguientes: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales."

1.3 La segunda situación de distorsión consiste en que el ángulo de observación no se ha dado a partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente-, lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el telos constitucional -la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente- debe realizar el análisis de la materia controvertida, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales -garantizar la primacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales-, a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional, que detenta el colegiado que integra; sino que, por el contrario, el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de la ley -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido-.

1.4 Esta segunda distorsión conlleva, lamentablemente, que el Poder Constituido termine primando sobre el Poder Constituyente y que

el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, termine defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.

2. El proceso de inconstitucionalidad.

Efectuadas las precisiones previas que anteceden, a continuación y a manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir específicamente en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso y a los conceptos de constitucionalidad y de análisis de constitucionalidad; este último en cuanto instrumento básico para determinar la presencia o no de infracción constitucional.

2.1 El Proceso de Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incursa en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.

2.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis*.

2.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso ad hoc y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. *Sui generis*, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.

2.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

2.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

3. La constitucionalidad.

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptuación.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico

4. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.

Asumido ya un concepto de constitucionalidad, toca hacer referencia al denominado análisis de constitucionalidad, respecto del cual es menester puntualizar lo siguiente:

4.1 Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, desmantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo una vez más, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.

4.2 A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

4.3 En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente, en cuanto al aspecto sustantivo o contenido material normativo. Es decir, el

mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.

4.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.

4.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, todos deben ser expectorados del orden jurídico.

4.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.

4.7 El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos, pero por mandato de la propia Constitución.

4.8 En tal sentido, la inconstitucionalidad directa es aquella donde la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.

4.9 En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y la típica norma de desarrollo constitucional, que hace bloque con la Carta Suprema. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino de lo que la norma de desarrollo establece.

5. La relación de normas impugnadas.

Ingresando propiamente al análisis de constitucionalidad de la Ley 30220, en primer término referiré las normas impugnadas, para, a continuación detallar los ejes temáticos y las inconstitucionales incurridas, que lamentablemente no fueron apreciadas por la mayoría del colegiado que integro.

Ahora bien, de los cuatro procesos de inconstitucionalidad acumulados, correspondientes a los Expedientes Nos. 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC, se desprende que fueron impugnadas las siguientes disposiciones de la Ley 30220, Ley Universitaria, promulgada el 8 de julio de 2014 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de julio de 2014: el artículo 1° (objeto de la Ley), el artículo 8° (autonomía universitaria), el artículo 9° (responsabilidad de las autoridades), el artículo 11° (transparencia de las universidades), el artículo 12° (creación), el artículo 13° (finalidad), el artículo 14° (ámbito de competencia), el artículo 15° (funciones generales de la SUNEDU), el artículo 16° (estructura orgánica), el artículo 17° (consejo directivo), el artículo 19° (funciones del Consejo Directivo), el artículo 20° (Superintendente de la SUNEDU), el artículo 21° (infracciones y sanciones), el artículo 22° (carácter de autoridad central), el artículo 23° (mecanismos de articulación y coordinación), el artículo 27° (requisitos para la creación de universidades), el artículo 28° (licenciamiento de universidades), el artículo 35° (creación de facultades y escuelas profesionales), el artículo 56° (asamblea universitaria), el artículo 57° (atribuciones de la asamblea universitaria), el artículo 59° (atribuciones del consejo universitario), el artículo

78° (remuneraciones y dietas), el artículo 84° (periodo de evaluación para el nombramiento y cese de los profesores ordinarios), el artículo 109° (calidad del ejercicio profesional), el artículo 115° (definición), el artículo 116° (bienes y beneficios), el artículo 120° (programas de reinversión), el artículo 121° (facultades y prohibición de cambio de personería jurídica), la Primera Disposición Complementaria Transitoria (proceso de adecuación del gobierno de la universidad pública), la Segunda Disposición Complementaria Transitoria (proceso de adecuación del Estatuto de la universidad privada), la Tercera Disposición Complementaria Transitoria (plazo de adecuación de docentes de la universidad pública y privada), la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria (comisión organizadora), la Décima Primera Disposición Complementaria Transitoria (implementación progresiva), la Sexta Disposición Complementaria Final (universidades católicas aprobadas en el Perú) y la Disposición Complementaria Derogatoria Única.

6. Los ejes temáticos comprendidos en las normas impugnadas.

No obstante las numerosas disposiciones impugnadas, fueron cuatro los ejes temáticos que éstas engloban:

a) La autonomía universitaria;

b) Las competencias de la Superintendencia Nacional de Educación Superior (SUNEDU);

c) El requisito de la edad máxima para la docencia universitaria; y

d) El requisito del grado de maestro para la enseñanza en pregrado.

7. La autonomía universitaria.

7.1 El artículo 18° de la Constitución Política del Perú, al normar sobre la educación universitaria, preceptúa literalmente:

"La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes."

7.2 Como se desprende claramente del texto constitucional transcrito, la autonomía está consagrada expresamente como una indiscutible garantía institucional, que el Tribunal Constitucional está obligado a preservar y el Poder Legislativo a respetar. La figura de la garantía institucional, por otra parte, implica una cualidad intrínseca en el reconocimiento y funcionamiento de determinadas entidades a la par que un límite obligado en el ejercicio de toda potestad legislativa. Como tal, implica facultad de autodeterminación institucional y protección frente a todo intento de injerencia no permitido por la Constitución.

7.3 En el caso específico de la universidad, y por lo que respecta a lo establecido en el precitado artículo 18° de nuestra Norma Fundamental, la garantía de la autonomía aparece como un postulado incuestionable cuyos alcances se proyectan principalmente (aunque no exclusivamente) en el escenario de cinco ámbitos esenciales: el normativo, el de gobierno, el académico, el administrativo y el económico. En cada uno de estos últimos supone, como es obvio, la capacidad de toda universidad, para decidir lo más conveniente a sus propios objetivos, siempre que tal toma de decisiones opere dentro del marco de los principios y valores del Estado Constitucional.

7.4 Decir esto último es sumamente importante, pues aunque el reconocimiento de la autonomía y su necesaria protección resulta elemento esencial del engranaje constitucional, ello no supone tampoco la asunción de posiciones de suyo maximalistas o que desnaturalicen su verdadero sentido.

7.5 En el contexto descrito y cuando la Constitución reconoce la autonomía como garantía institucional de las universidades, ciertamente no está creando un régimen jurídico fuera del Estado, pero

si reconociendo que desde el punto de vista de lo que representa la institución universitaria, le asiste plena capacidad para organizarse, gestionarse y darse sus respectivas normas conforme a sus propios lineamientos o elementos de discernimiento.

7.6 Evidentemente la autonomía no significa desconocer el marco de garantías, ni menos el de los derechos fundamentales, pero si presupone que lo que le es intrínseco a la universidad, a partir de su creación y funcionamiento, cuya autorización debe establecer la ley por mandato del mismo artículo 18° de la Carta Constitucional de la República, esté librado al ámbito de sus propias decisiones; debiendo ser las reglas establecidas en el régimen económico constitucional, las que determinen su desarrollo, en base a su calidad, eficiencia y diligencia, en armonía con una economía social de mercado y los principios generales de tal régimen, tales como libre iniciativa, rol económico del sector público y del sector privado, pluralismo económico, libre competencia y libertad de contratar, entre otros, recogidos en los artículos 58°, 59°, 60°, 61° y 62°, respectivamente, de la misma Constitución. Asumir una posición contraria supone desconocer la garantía institucional universitaria recogida por el Legislador Constituyente Peruano y los principios, así como reglas del sistema económico constitucionalizado, condenando a la universidad a la absoluta dependencia de cuanto imponga el Estado.

7.7 En este sentido, un análisis riguroso sobre el estatus que la Constitución propugna para la institución universitaria de cara a lo que representa la autonomía impone pues considerar, como lo establece expresamente la parte final del segundo párrafo del artículo 18° de la Norma Suprema, que la intervención del Estado, se concretiza en el establecimiento de condiciones para proceder a su creación, las mismas que como es bien sabido, son determinadas por la ley. Sin embargo, aceptada su existencia, queda claro que su funcionamiento solo habrá de operar con sujeción a sus propias decisiones y a la regulación interna libremente adoptada por vía de sus estatutos, en el marco de la Constitución y de las leyes.

8. La Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU).

8.1 A la luz del instituto constitucional de la autonomía universitaria y de los principios y valores constitucionales, así como del sistema económico constitucionalizado, la incorporación de una Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria solo tendría sentido si la misma constriñe su accionar a lo dispuesto en la última parte del segundo párrafo del artículo 18° de la Constitución, que preceptúa "La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.", refiriéndose a los requisitos que deben exigirse y garantizarse, a los efectos de autorizar la creación y el funcionamiento de instituciones universitarias.

8.2 En tal sentido, una superintendencia en materia universitaria no debe ser diseñada bajo la inspiración de un modelo paternalista, controlista, intervencionista y burocrático que entiende que el Estado debe controlarlo todo y que las personas son incapaces de administrarse adecuadamente por sí mismas, como la que encierra la Ley 30220, Ley Universitaria. Tal toma de posición revela una filosofía inconstitucional, que apuesta por la desconfianza en la persona y en su libertad, en abierta pugna con la posición humanista y que opta por revaluar al ser humano y no devaluarlo, que inspira y está consagrada en la Carta Magna y recogida en el catálogo de derechos fundamentales que contiene el artículo 2° de la misma. En tal sentido, hay en toda esta ley una notoria inconstitucionalidad por la lógica y la racionalidad que subyacen en ella, y que la convierte en una normativa inconstitucional en su conjunto.

9. El requisito de la edad.

9.1 El obligar a que un docente se retire únicamente en función de la edad que tiene constituye un despropósito y sobre todo un acto contrario a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución, que recoge como uno de los derechos fundamentales el de la igualdad y prohíbe la discriminación por motivos de toda índole, preceptuando que toda persona tiene derecho:

"A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole."

9.2 Debe recordarse al respecto que la docencia no es una actividad en la que se prioriza la condición física óptima, sino más bien las condiciones mentales y la capacidad intelectual, habida cuenta que son estas últimas las que permiten una adecuada trasmisión de los contenidos de las diversas asignaturas que se imparten en el proceso de aprendizaje; en este caso universitario o superior.

9.3 En la historia nacional y universal, se evidencia de manera inobjetable que muchas personas con edad longeva han estado muy por encima de las expectativas intelectuales que de ellas se esperaba, y que de haberse prescindido de su participación en los quehaceres o responsabilidades que en su momento se les encomendaron, se hubiera privado a sus sociedades de una estupenda oportunidad de servicio plenamente acreditada en los hechos.

9.4 Por ello, pretender que el correcto aprendizaje en el ámbito universitario se garantiza *per se* porque un docente tiene menos de la edad que la prevista por la norma impugnada, es partir de una presunción que admite prueba en contrario, pues no existe dato objetivo alguno que demuestre que porque un profesor tiene menos edad que otro, el proceso de enseñanza resulte más óptimo. Al contrario de ello, la experiencia ganada con los años acrecienta las posibilidades de una mejor aptitud docente y de una mejor calidad del proceso de aprendizaje y de la trasmisión de conocimientos.

10. El requisito de grado de magister para la enseñanza en pregrado.

Desde mi punto vista, no es constitucional exigir que para la enseñanza universitaria en nivel de pregrado, deba ostentarse el grado de Magister o el de Doctor, porque ello atenta contra lo establecido en el artículo 2°, incisos 2 (derecho de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación), 14 (derecho a contratar), 15 (derecho al trabajo y al ejercicio de la profesión) y en el artículo 17° (derecho a participar en la oferta educativa), entre otros, de quien ha obtenido el título profesional correspondiente, ya que es evidente que en dicha condición ha adquirido el derecho de ejercer libremente su profesión, entre cuyas

dimensiones se encuentra también la docencia, en el ámbito de su profesión.

11. Mi posición puntual respecto a algunas de las normas impugnadas.

Considero que la sentencia en mayoría asumió una postura equivocada en relación a las diversas normas que fueron materia de cuestionamiento; postura ajena al eje de preocupación y al ángulo de observación antes referidos.

En tal sentido, y sin perjuicio de la orientación inconstitucional que claramente advertí de su contenido, procedo a una referencia puntual a algunas de las normas cuestionadas:

Sobre la autonomía Universitaria:

11.1 De los extremos planteados en las demandas de inconstitucionalidad como contrarios a lo establecido en la Constitución, estoy convencido que el más sensible de todos tiene que ver con el tema de la autonomía y sus implicancias en el ámbito de la institución universitaria.

11.2 En este contexto, considero que la previsión contenida en el artículo 1° de la Ley 30220, cuyo texto establece que el objeto de la misma, es normar la creación, funcionamiento, supervisión y cierre de las universidades, resulta abiertamente contrario a la garantía institucional de la autonomía, habida cuenta que permite una intervención desproporcionada del Estado mas allá de lo que representa la legítima facultad de crear universidades por conducto legal y garantizar su funcionamiento conforme a sus estatutos.

11.3 Si evidentemente y como lo dice la citada norma, se pueden supervisar e incluso cerrar universidades conforme a los parámetros en ella establecidos, el concepto de autonomía resulta desvirtuado, cediendo paso a una concepción en la que a nombre de lo que disponga la ley, todo el funcionamiento universitario queda abiertamente condicionado. En adelante, la universidad no es pues una institución que nace de la ley y adquiere estatus de autonomía en lo sucesivo, sino una simple dependencia del Estado direccionada con sujeción a lo que este o sus autoridades determinen.

11.4 Esta idea, como veremos más adelante se acentúa con el tipo de potestades reconocidas a la SUNEDU.

11.5 Considero asimismo que la Disposición Complementaria Transitoria Primera, referida al proceso de adecuación del gobierno en el ámbito de las universidades públicas, resulta igualmente contraria a la garantía institucional de la autonomía universitaria, al establecer en los hechos un cese automático de todas las autoridades que venían ejerciendo sus mandatos conforme a una regulación anterior y a unos periodos de tiempo establecidos expresamente conforme a las mismas.

11.6 Estimo por último, y dentro de este acápite, que la Disposición Complementaria Transitoria Tercera referida al plazo de adecuación de los docentes universitarios a la ley, resulta inconstitucional al establecer un periodo tan breve e irrazonable (cinco años) sin tomar en cuenta las realidades específicas de cada universidad en lo concerniente a los grados académicos que ostenta cada docente en particular.

Sobre la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (SUNEDU):

11.7 Considero que el artículo 9º de la norma objeto de impugnación, referido a la responsabilidad de las autoridades, resulta especialmente objetable en lo concerniente a los alcances de las recomendaciones que emite la SUNEDU.

11.8 Desde mi punto de vista, el hecho de establecer que las mismas "pueden" servir de base para la determinación de responsabilidades por parte de las autoridades universitarias, resulta abiertamente inconstitucional, tanto desde la perspectiva de la autonomía universitaria, como desde lo que representa el principio de interdicción de la arbitrariedad.

11.9 Sostener que el término "puede" supone una posibilidad, no puede servir de argumento, como lo sostuvo la sentencia de mayoría, para pretender convalidar dicha facultad, pues el dejar abierta dicha opción, puede generar un innumerable repertorio de supuestos donde a nombre de lo que llegue a establecer la SUNEDU se pueda

iniciar un proceso sancionador o, peor aún, sancionar a una autoridad universitaria.

11.10 Considero, igualmente, que el artículo 13° de la ley impugnada es especialmente inconstitucional, al establecer entre las finalidades que tiene la SUNEDU, a) la de supervisar la calidad del servicio educativo universitario, así como de fiscalizar si los recursos públicos y los beneficios otorgados por el marco legal a las universidades, han sido destinados a fines educativos y al mejoramiento de la calidad; b) la de establecer un licenciamiento temporal y renovable a las universidades con una vigencia mínima de 6 (seis) años.

11.11 El Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18° de la Constitución, se limita a crear las universidades por conducto de la ley, dejando en adelante que su funcionamiento opere con sujeción a lo establecido en sus estatutos y al marco de autonomía de la que goza. Pretender una fiscalización *a posteriori* o, peor aún, limitar la autorización a un régimen temporal, es abiertamente contrario al régimen de autonomía del que ya he hablado.

11.12 Estimo que el artículo 21° de la norma impugnada, referido a las infracciones y sanciones que aplica la SUNEDU, deviene en igualmente inconstitucional al pretender que vía decreto supremo (es decir, a través de una norma de rango inferior a la ley) se puede delimitar el régimen de medidas sancionadoras contra las autoridades universitarias, desconociendo los alcances elementales del principio de legalidad.

11.13 Describir lo que constituye una conducta pasible de procesamiento y sanción en el ámbito administrativo, no es algo que pueda depender de un simple reglamento, sino que requiere garantías elementales de discernimiento y razonabilidad acordes con las consecuencias que todo tipo de imputaciones pueda generar en el ámbito sancionador.

11.14 La sentencia en mayoría, en este extremo, hizo una interpretación forzada de la Constitución apelando a la distinción entre principio de legalidad y de tipicidad, lo que en mi concepto es totalmente cuestionable, pues más allá de que tales principios, apunten hacia ideas diferenciadas, ello no significa que no se encuentren vinculados entre sí por ciertos aspectos elementales. La norma fundamental es absolutamente concluyente en que la descripción de la conducta

pasible de sanción (tipicidad), debe definirse por ley y no por normas de inferior jerarquía.

11.15 Opino que el artículo 109º de la norma objeto de impugnación, referido a la calidad en el ejercicio profesional, es asimismo contrario a la Constitución, pues supone conferirle a la SUNEDU atribuciones que desde siempre han sido competencia de los Colegios Profesionales y que, por lo demás, nada tienen que ver con la vida universitaria, sino antes bien con el comportamiento profesional.

Sobre el requisito de la edad.

11.16 Considero que el artículo 84º de la norma impugnada, referido al periodo de evaluación para el nombramiento y cese de los profesores ordinarios, es igualmente inconstitucional, particularmente en lo referido al cese automático de los docentes pertenecientes a las universidades públicas a partir de la edad de los setenta años.

11.17 La citada previsión, desde mi punto de vista y acorde con la posición que ya he sostenido en alguna otra oportunidad, deviene en discriminatoria al pretender asumir una postura absolutista en relación con la capacidad docente, como si esta dependiera única y exclusivamente de factores temporales.

Sobre el grado de Magister para la enseñanza en pregrado.

11.18 Acorde con lo sostenido con anterioridad en el acápite referido a la autonomía universitaria, considero igualmente inconstitucional la previsión contenida en la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la norma impugnada, referida al plazo de adecuación de docentes de las universidades públicas y privadas a la ley y que como ya se ha indicado, es de cinco años.

11.19 Desde mi punto de vista dicha norma resulta discriminatoria, pues las oportunidades de acceder a grados especializados deben valorarse desde diversos extremos y, por sobre todo, atendiendo a las posibilidades reales que posee cada persona, del tiempo y ocupaciones que tiene y de los ingresos reales con los que cuenta, a lo que cabe añadir la severa limitación que supone sobre el derecho al libre ejercicio de la profesión.

12. A modo de conclusión.

a) Constituyen retos de la Justicia Constitucional del Siglo XXI no abandonar el eje de preocupación ni el ángulo de observación que les corresponde asumir a los Jueces Constitucionales, en cuanto garantes de la primacía normativa de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

b) El eje de preocupación consiste en centrar su atención en garantizar la vigencia efectiva del derecho fundamental que se invoca en la demanda como amenazado o violado -cuando se trata de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento- o en garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por infracciones normativas infraconstitucionales o por violaciones al cuadro de asignación competencial establecido por el Legislador Constituyente -cuando se trata de los procesos de inconstitucionalidad o competencial. No centrar su atención en otros ejes, tales como, por ejemplo, el equilibrio presupuestal, el ordenamiento en la contratación pública, la lucha anticorrupción, los alcances mediáticos de la decisión o los efectos producidos en el terreno coyuntural y fáctico, entre otros, los cuales si bien son importantes, no deben constituirse en la preocupación primordial del Juez Constitucional y, menos aún, determinante para orientar su veredicto, ya que en puridad escapan a sus competencias y distraen, obstaculizan y distorsionan el enfoque que le corresponde asumir en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales.

c) El ángulo de observación consiste en analizar el caso controvertido, partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente-, lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el telos constitucional -la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente- debe realizar el análisis de la materia controvertida, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales -garantizar la primacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales-, a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda

la normativa conformante del sistema jurídico nacional, que detenta el colegiado que integra. No como viene ocurriendo: que el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de la ley -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido-.

d) La distorsión del ángulo de observación conlleva, lamentablemente, que el Poder Constituido termine primando sobre el Poder Constituyente y que el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, termine defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.

e) Hay otros retos, que son consecuencia del abandono total o parcial del eje de preocupación y del ángulo de observación que corresponde asumir al Juez Constitucional en su función jurisdiccional, tales como evitar el desmantelamiento del andamiaje constitucional y el vaciamiento del contenido normativo de la Constitución, a través de la desnaturalización, la tergiversación y la teorización excesiva de las figuras de "los derechos de configuración legal", "los asuntos de mera legalidad", "los precedentes restrictivos de derechos", "la auto limitación de competencias propias e inherentes" y "el margen de apreciación", entre otras, pero de ellos trataremos en otra oportunidad.

La Molina, julio de 2017

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y *SELF RESTRAINT*

Edwin Figueroa Gutarra[1]

Introducción

El *self restraint* o principio de autocontrol, también denominado como garantía de un espacio de discrecionalidad a favor del legislador, representa un tema de honda controversia en la justicia constitucional, siendo propio partir de una premisa básica: si el Estado de Derecho desde su formación contemporánea, implicó la separación de poderes en tres estamentos- Ejecutivo, Legislativo y Judicial- ¿cuál es la justificación de rigor para que un órgano jurisdiccional que no pertenece a ninguna de esas categorías, pueda ejercer funciones de control sobre esos *corpus* del Estado?

La crítica es consistente desde una perspectiva fundamentalmente histórica. Los Poderes del Estado van adquiriendo forma desde la concepción hobessiana de no vivir en un estado de guerra permanente y por tanto, se justifica un sistema de organización que destierre la idea de guerra de todos contra todos- *homo homini lopus*- y que ese concepto de Estado permita hacer real esa noción de convivencia social.

---

1 Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Es a partir de la reafirmación de la existencia del Estado, entonces, que tiene lugar el desarrollo de mecanismos que permiten su afianzamiento. En el ámbito de las funciones jurisdiccionales, propias del Poder Judicial, la idea kelseniana de impartición de justicia constitucional, a través de un órgano ajeno al propio Poder Judicial, se afianzó, desde inicios del siglo XX, en una gran mayoría de Estados, y así podemos observar, con gran prevalencia, Tribunales, Cortes y Consejos Constitucionales en casi todos los países del orbe, impartiendo justicia constitucional en forma ajena al Poder Judicial, e incluso haciendo función correctora de las funciones de éste dentro del marco que las Constituciones asignan a estos órganos de control de la constitucionalidad.

Excepción al caso acotado la exhiben los sistemas federales, casos en los cuales, prevalentemente, las funciones de control constitucional son ejercidas por la Corte Suprema, sin espacio de asignación para tribunales especializados para el ejercicio de esta función.

Nuestra afirmación del principio de *self restraint* tiene lugar precisamente en el marco de desarrollo de estas funciones de control constitucional y por cierto, la polémica de su contenido reside, principalmente, en la objeción a su rol autolimitativo y regulador por parte de un Tribunal Constitucional, cuando en propiedad no existe la asignación de funciones materiales a un órgano de esta naturaleza en la concepción primigenia de consolidación del Estado de Derecho.

1. Activismo judicial y *self restraint*

El activismo judicial, entendido en sentido expansivo como una actitud de férrea defensa de los derechos fundamentales, puede denotar tres niveles de acción: activismo judicial propiamente dicho, hiperactivismo e hipoactivismo.

El activismo judicial corresponde al nivel más racional y razonable de defensa de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y del principio de primacía normativa de la Constitución. En ese nivel, verificamos un nivel de correspondencia material entre la acción de los jueces constitucionales y los principios, valores y directrices que alberga en su seno la Ley de Leyes.

Un ejemplo de este nivel apropiado de activismo judicial es la Corte Warren,[2] la misma que entre los años 1953 a 1969, significó desde la Corte Suprema de Estados Unidos, un nivel vigoroso de defensa de los derechos fundamentales, en razón de las sentencias emblemáticas que este órgano expidió, entre otros temas, a favor de los derechos de las minorías raciales. A ello hay que sumar un detalle: EE.UU. no tiene Tribunal Constitucional y es su Corte Suprema el ente encargado de defender los derechos protegidos por la Constitución de Filadelfia de 1787 y las Enmiendas a la Carta Magna.

Aludimos con hiperactivismo a la situación de excesivo activismo judicial. En propiedad, es complejo denotar una línea de separación entre activismo e hiperactivismo, pues ambas figuras expresan un accionar judicial en relación a la defensa de la Constitución y sin embargo, el hiperactivismo va a denotar una característica central: la defensa voluntarista in *crescendo* de derechos sin una adecuada motivación de los bienes jurídicos que se pretende proteger. Aquí estamos frente a un escenario en el cual es excesiva la actuación de la justicia constitucional y su manifestación más clara es la invasión de espacios en los cuales no corresponde actuar a la justicia de los derechos fundamentales.

Desde esa perspectiva, pueden quedar sin efecto decisiones del Parlamento, medidas reguladoras del Poder Ejecutivo e incluso sentencias firmes del Poder Judicial, sin que concurra una justificación adecuada al respecto.

Por último, por hipoactivismo advertimos una antípoda de la defensa de la Constitución. En este ámbito, la anomia de los órganos constitucionales es manifiesta y la actuación de la justicia constitucional cuasi nula. Una aproximación histórica de esta figura es ubicada en los albores del siglo XX, cuando la vigencia vigorosa del positivismo jurídico privilegiaba la aplicación de la ley y solo podía realizarse la interpretación de los derechos desde la expresión formal de un Estado legislativo.

A ese escenario, le correspondía ciertamente la existencia de una Constitución en la cúspide de la pirámide kelseniana y sin embargo, no existía un efecto vinculante real de la Carta Fundamental, en razón de que

2 SCHEIBER, Harry. *Congress and the Earl Warren Court*. Ponencia presentada en la conferencia "Earl Warren and the Warren Court: A Fifty-Year Retrospect" llevada a cabo en la Escuela de Leyes de la Universidad de California, Berkeley, 27-28 de febrero de 2004. Boletín de la Academia Americana. Verano 2004. p. 6

la propia Ley de Leyes era una norma más, por cierto la principal, mas sin efecto de adhesión como norma viviente o *living Constitution,*[3] acepción que hoy en día asegura en la interpretación de la Constitución, una tendencia evolutiva y de efecto progresivo de los derechos fundamentales.

Desde esta misma característica de hipoactivismo, podemos ubicar en el escenario más contemporáneo, la actuación de la justicia constitucional durante los regímenes de facto, e incluso en los gobiernos pseudo democráticos, en tanto es desde la propia autoridad que prevalece una actitud de inobservancia de los derechos fundamentales, bajo el argumento de justificación de todo *Macht Staat:*[4]*autorictas non veritas facit legem,*[5]cuando nuestra lógica de la democracia es precisamente inversa, en la medida que es la verdad y no la autoridad quien hace la ley. En suma, aquí no hay elemento alguno de esa necesaria figura evolutiva en clave de progresividad que representa la interpretación constitucional.

Dicha característica evolutiva, nos referimos a la *living Constitution,* se condice, en suma y en mayor grado, con un activismo judicial, y al vincularse de mejor forma al *self restraint,* lo hace desde una perspectiva de moderación. Aquí debemos poner énfasis que el entendimiento de *self restraint* y activismo judicial no los hace más ya conceptos antagónicos sino de correlación y colaboración.

De ahí que podemos construir una tesis propia: el *self restraint* no solo constituye un ejercicio de autolimitación sino también expresa un *activismo judicial restringido,*[6] en tanto corresponde a una impartición de justicia constitucional dentro de los límites materiales que permite la Constitución. Así, la actuación de la justicia constitucional ni es excesiva

3 NUÑEZ VALADEZ, Miguel. Recensión de la obra *The living Constitution,* de David Strauss. Oxford University Press. 2010. EUMONIA. Revista en cultura de la legalidad. No. 1. Setiembre 2011- febrero 2012. p. 196-201

4 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Traducción de Marina Gascón Abellán. 2da edición. Editorial Trotta. 1997. p. 21

5 STC 007-2012-PI/TC. Caso FONAVI. Fundamento jurídico 20. La sentencia descarta la tesis de exención de control sobre los resultados de un referéndum.

6 ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. *Problemas de la argumentación jurídica.* Conferencia Academia de la Magistratura. Lima, 29 de marzo de 2012.Alocución de Atienza en consideración a la concurrencia necesaria entre activismo y restricción.

ni es manifiestamente mínima, sino se corresponde con un nivel adecuado, óptimo y equilibrado de la defensa de la Constitución.

¿Podemos poner en un mismo nivel activismo judicial y *self restraint*? En rigor, el activismo judicial es un concepto clásico, de tradición y larga data. El *self restraint* siempre significó autocontrol pero una concepción moderna de este término expresa que es mucho más que autolimitación, es una dimensión material del activismo judicial. Esta será una tesis constante a lo largo de este estudio.

2. *Self restraint* y expansión de la justicia constitucional

La expansión de la justicia constitucional es una consecuencia de un *self restraint* ejercido bajo reglas de racionalidad y razonabilidad. Se trata de un efecto previsible sobre la dimensión de la justicia constitucional. Ese ejercicio de autolimitación da lugar a nuevas dimensiones en ese nivel que la autocontención significa. Sin embargo, es importante reflexionar en clave contraria, pues de otro lado cabe una interrogante natural: si el *self restraint* es una expresión en clave de progresividad de una potestad de ejercicio, ¿debe imponerse límites a las potestades interpretativas del Tribunal Constitucional?

La preocupación es legítima en la medida que podemos indagar lo siguiente: ¿hay necesidad de controlar al controlador? ¿Deben existir límites a la función de interpretación del Tribunal Constitucional? La función de control formal ya existe. Los Estados prevén sistemas de acusación constitucional contra magistrados del Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución, procedimiento que puede llevar al desafuero del magistrado, luego de un debido procedimiento administrativo.

Sin embargo, si esa función de control formal ya se encuentra a grandes rasgos implementada en los ordenamientos constitucionales, el tema de fondo y que nos ocupa es cómo le damos forma a los supuestos de control material respecto de un Tribunal Constitucional, pues sería irracional negar algún tipo de control sobre el Tribunal, más aún si las relaciones humanas contemporáneas tienen lugar en el ámbito de un Estado social y democrático de derecho.

He aquí en ese escenario de control material que tiene lugar el *self restraint*, figura que pretendemos trabajosamente redefinir en este estudio, en tanto apenas constituye un criterio de identificación respecto al modo

correcto de definición de la forma de trabajar y decidir en sede constitucional, en la medida que un Tribunal titular del control y frente al cual no existen zonas exentas de control constitucional, debe asimilarse, también, a las reglas de respeto por los derechos fundamentales y al principio de primacía normativa de la Constitución.

Jorge Carpizo nos brinda algunas ideas tentativas sobre el *self restraint* y señala que:

"Más allá de los límites que el Tribunal (Constitucional) tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, el self-restraint, que el activismo judicial no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales."[7]

La idea expresada por el maestro mexicano grafica varios caracteres del nuevo concepto que proponemos de *self restraint*, en cuanto comporta una característica de autolimitación y por tanto, de no exceso en la interpretación de los derechos fundamentales. Exige un activismo judicial equilibrado y ésa es una función necesaria de todo Tribunal Constitucional.

Por otro lado, es relevante no invadir funciones de otros órganos con competencias asignadas para esos casos, salvo la particular situación de que el examen de un asunto de la justicia ordinaria denote, también, afectaciones elevadas a la Constitución. Solo en ese especial escenario, puede entrar a tallar la justicia constitucional, en vía de excepción en las funciones de la justicia ordinaria.

De la misma forma, la exigencia de interpretación de la Constitución puede entenderse desde la dimensión de que la Norma de Normas significa el elemento regulador central en las relaciones jurídicas entre derechos fundamentales y desde la primacía normativa de la propia Ley de Leyes.

Finalmente, el Tribunal no debe crear una filosofía o moral constitucionales. No debe perderse de vista que el Tribunal resuelve casos concretos, en la gran mayoría de asuntos que llegan a su conocimiento. A su vez, resuelve vía control concentrado la compatibilidad de las normas

7 CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Serie Cuadernos constitucionales. Grijley. Lima, 2009. p. 57

con rango de ley frente a la Constitución. En ese ejercicio democrático, la filosofía y la moral, entendidas ambas en sentido muy lato, son solo elementos coadyuvantes para la decisión de una causa, son así una suerte de argumentos *obiter dicta*[8] y no deberían expresar, con distorsión, la *ratio decidendi*[9]de la decisión.

En esta línea de pensamiento, Bachof aporta algunas ideas adicionales que ayudan a una mejor comprensión de la figura que proponemos y señala:

"La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y con muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente trazar las fronteras entre derecho y política. "[10]

La reflexión del maestro alemán es igual de objetiva. Un Tribunal Constitucional prestigiado ha de ganar espacios democráticos de reconocimiento por la legitimidad de sus decisiones, por crear horizontes de interpretación en el Derecho Constitucional y por una reafirmación de su propósito de marcar líneas de trabajo relevantes en materia iusfundamental.

Ganar esos espacios demanda mucho tiempo, voluntad de trabajo y espíritu de pedagogía jurídica, venciendo las naturales resistencias de otros Poderes del Estado, al igual que por parte de muchos otros estamentos de la Administración Pública, e incluso del mismo sector de la actividad privada, nivel al cual llegan las decisiones del Tribunal.

Los Poderes del Estado y tantos otros estamentos no comparten el efecto corrector de las decisiones de la justicia constitucional. Es natural observar aquí una predisposición a la resistencia, diríamos se trata de hasta una reacción natural, pues no es parte de la naturaleza humana admitir el error y sin embargo, es pertinente que exista un órgano en el Estado con esa capacidad reguladora. A su vez, tal función debe ser desarrollada bajo

8 También denominada razón subsidiaria o accidental. Vid. STC 024-2003-AI/TC. Caso Municipalidad de Lurín.

9 Igualmente señalada como razón suficiente. STC 024-2003-AI/TC. Caso Municipalidad de Lurín

10 BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XIX, núm. 57, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, p. 844.

un espíritu de sabia autolimitación, dejando de lado el exceso y poniendo a un lado el abuso del argumento de posición de autoridad.

Tal condición se ve reforzada si existe una distinción entre el derecho y la política, en tanto no se debe afectar una decisión en materia constitucional con el cariz político que pueda deslegitimar la decisión. Y aquí vale una atingencia: un Tribunal Constitucional, a través de sus miembros, puede mantener convicciones políticas, asumir posición frente a cuestiones de orden político, y sin embargo, no puede exteriorizar estas creencias como argumentos de justificación en una decisión constitucional.

Las ideas expresadas nos permiten una delimitación liminar de esta nueva dimensión del *self restraint* y trazan líneas matrices para entender su complejo contenido.

3. Un esbozo conceptual de *self restraint*

Resulta complejo definir el *self restraint* en la medida que la jurisprudencia y la doctrina apenas abordan una definición aproximada de esta institución, la cual en buena cuenta traduce una noción material de autocontrol, concepto que tampoco es taxativo en cuanto los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de sus funciones y su marco de sujeción lo denotan la ley y la Constitución.

Portocarrero[11]le asigna a la noción de judicial de *self restraint* un espacio de discrecionalidad en favor del legislador, es decir, de autocontención para no invadir temas propios del Poder Legislativo. Esta doctrina, señala el autor, fue elaborada por la Corte Suprema de EE.UU. y partió de la noción de que las Cortes debían asumir la constitucionalidad de las interpretaciones realizadas por otros poderes del Estado.

De igual forma, desde la experiencia anglosajona, Posner[12]entiende el *self restraint* judicial como un escenario en el cual los jueces son reticentes

11 PORTOCARRERO, QUISPE, Jorge. *El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad.* Revista Derecho del Estado n.º 27, julio-diciembre del 2011. Universidad Externado de Colombia. p. 82

12 POSNER, Richard. *The rise and fall of judicial self restraint.* Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Artículos periodísticos. 100 California Law Review 519 (2012). p. 521.

a declarar inconstitucionales decisiones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, característica a la que le asigna un grado de alta reticencia.

Coincidimos en seguir hasta cierto punto una línea de autocontención. Un Tribunal Constitucional no se debe exceder en sus decisiones, pero en noción de progresividad, el *self restraint* es mucho más que autolimitación para no invadir espacios ajenos a la justicia constitucional. Como construcción conceptual, proponemos que el *self restraint* también sea entendido como un modo óptimo de manifestación en el quehacer de decisiones de la justicia constitucional. Y ésa es la tendencia evolutiva del *self restraint*, noción que ya no puede entenderse como un opuesto absoluto del activismo judicial sino como un sucedáneo del mismo.

De esa forma, es más bien en clave negativa donde podemos aproximarnos a una mejor plasmación de cuanto se expresa a través del *self restraint*, en cuanto efectivamente el Tribunal Constitucional representa el órgano de interpretación final de la Constitución, precepto que es acogido cuando el Tribunal es reconocido, a través de sus propias normas, como supremo intérprete de la Constitución.

El esbozo de que no hay zonas exentas de control constitucional aduce que todo el ordenamiento jurídico es susceptible de una función de control, allí donde existan decisiones con relevancia jurídica. De esa manera, ni las funciones de Gobierno ejercidas a través de la dación de dispositivos, ni el marco de expedición de leyes a cargo del Poder Legislativo, ni las sentencias de la Corte Suprema, aún revestidas de la cosa juzgada, son zonas excluidas del control constitucional, siempre que se ejerza por supuesto el mecanismo de impugnación de esas decisiones dentro de los límites de temporalidad que fijan las leyes especiales.[13]

Ahora bien, siguiendo la regla extensiva *ad maiore ad minus*,[14] si tales decisiones son revisables por parte de la justicia constitucional, y éstas corresponden a los altos estamentos del Estado, más aún son

13 Aún así, es también otro supuesto de excepción la institución de la *cosa juzgada constitucional* que prevé la STC 006-2006-CC/TC, fundamento jurídico 69, institución que rebasa límites en el tiempo. Así, si una sentencia final del Poder Judicial desconoce la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, entonces no hay *cosa juzgada constitucional*, y por tanto, no puede preceptuarse que el proceso hubiera concluido.

14 Criterio argumentativo que implica que si se puede lo más, se puede lo menos.

objeto de examen, decisiones de menor rango en otros ámbitos del ejercicio de potestades de la Administración Pública. Nos referimos aquí a órganos constitucionales autónomos, a otras reparticiones públicas y de suyo, este fenómeno extensivo, alcanza las relaciones incluso entre privados, aspecto que es conocido como la eficacia *inter privatos*[15] de los derechos fundamentales.

Esta alocución es muy puntual: si la tendencia en el ejercicio de las potestades de los poderes públicos tuvo una tendencia a explicar un contexto de eficacia vertical, es decir, de potestad originaria del propio Estado, y solo ante éste ocurría el marco de afectaciones en cuanto a los derechos subjetivos con trascendencia pública, el carácter expansivo de los derechos fundamentales, denotó que también entre privados- efecto *inter privatos*- tenían lugar las afectaciones respecto de estos derechos.

De esa forma, un particular hoy puede a su vez demandar en la vía constitucional a otro particular, invocando ese carácter *inter privatos*, lo cual expresa esa característica expansiva de los derechos fundamentales, configurándose un efecto que bien puede denominarse de *irradiación* de los derechos tutelados por la Constitución, e incluso de *desbordamiento constitucional*,[16] o de transversalización del propio Derecho Constitucional.

Ante ese crecimiento de trascendencia de la justicia constitucional, es propio entender también la expansión de las facultades del propio Tribunal Constitucional y por consiguiente, esa facultad correctora debe ser ejercida dentro de las potestades que asigna la propia Constitución.

Asumidas las premisas que anteceden, podemos ya esbozar una definición tentativa de *self restraint* y una primera acepción de esta expresión reside en la noción material de autocontrol, idea que precisamente se opone al exceso de facultades o a un poder desmedido, en clara referencia a la invasión de los espacios reservados a otros estamentos del Estado y del ordenamiento jurídico por parte de la justicia constitucional.

En ese sentido, el *self restraint* nos brinda una primera impresión de un poder ejercido dentro del marco que asignan las leyes y la Constitución,

15 STC 1124-2001-AA/TC. Caso Telefónica. Fundamentos jurídicos 6 y 7.

16 PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* En *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra Editores. Lima, 2002. Serie Derechos y Garantías. p. 109 y ss.

escenario de suyo contrario a un desmedido activismo judicial, también denominado hiperactivismo de la judicatura constitucional.

De esa forma, a través del *self restraint* el Tribunal Constitucional ejerce su rol corrector imbuido de la premisa de que no es compatible con el ordenamiento constitucional una actuación que invocando la defensa de los derechos fundamentales, por el contrario, los trasgreda. O que bien haciendo referencia a su función correctora, por el contrario, distorsione esa función reguladora necesaria en el ordenamiento jurídico.

El *self restraint* de un Tribunal Constitucional, entonces, constituye una garantía de legitimidad para el ejercicio de funciones de control desde la Constitución, respecto de las normas o actos que son denunciados como vulneratorios de la Norma de Normas.

4. Supuestos y condiciones del *self restraint*

¿Podemos caracterizar el *self restraint* aún cuando esta noción tan solo expresa una característica material autoreguladora de la justicia constitucional respecto de quienes ejercen función jurisdiccional?

A juicio nuestro, tal tarea exige ser acometida pues el *self restraint* al denominar una manifestación de acción de la jurisdicción constitucional, primero de autolimitación, también supone, en un segundo estadío, un conjunto de supuestos cuya característica puede ser expresada en una especie de razonamiento en cadena: buenos jueces han de producir buenas sentencias, pero para la designación de buenos jueces, se presupone una buena elección de los mismos. Se trata de un engarce necesario en la medida que siendo la designación de jueces de un Tribunal Constitucional un procedimiento legitimado por el poder político, reviste suma importancia que tal designación reúna condiciones de idoneidad tanto de quienes resultan ser elegidos como de quienes eligen.

Más simplificada esta fórmula, queremos simplemente manifestar que un Poder Legislativo fuerte en el sentido de calidades institucionales, profesionales y morales, por cierto insistirá en componer un Tribunal Constitucional con los mejores elementos de la judicatura o del ámbito académico.

A esa buena elección de jueces constitucionales, entonces, le va a corresponder, en su ámbito de materialización de decisiones, sentencias de

envergadura que expresen una posición sólida con relación a la defensa de los derechos fundamentales. O de ser el caso, igualmente corresponderán decisiones de calidad para desestimar las pretensiones que no versen sobre la necesaria defensa de derechos tutelados por la *Lex Legum*.

Estas decisiones de sólido estudio, valga la mención del caso, resumen una faceta necesaria en la acción de todo Tribunal Constitucional con relación a la tutela jurisdiccional efectiva, cuya faceta positiva se expresa en la estimación de una pretensión bajo unas férrea defensa de la institucionalidad de los derechos fundamentales. Puntualizamos aún más esta noción: si una persona tiene derecho, real y efectivo, al reconocimiento de un derecho, el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, está en la obligación de hacerlo, reconociendo motivadamente ese derecho cuya vulneración se denuncia. Esta es la faz positiva de la tutela jurisdiccional efectiva.

De la misma forma, si quien pretende un derecho realmente no logra concretar la fundabilidad de su pretensión, aún así esa persona tiene el derecho a que el Estado la exprese, las razones, argumentos y justificaciones, en un ámbito debidamente motivado, de por qué no se acoge la pretensión. Esta es la faceta negativa de la tutela jurisdiccional efectiva.

Denotadas estas precisiones, pasemos revista a algunas de las manifestaciones más relevantes de esta nueva dimensión del *self restraint*.

4.a. El *self restraint* supone un principio de "justicia rogada"

Recogemos aquí una afirmación del maestro español Pérez Tremps,[17] quien al referirse a las características determinantes de un Tribunal Constitucional en observancia de esta acepción señala: la actuación de la justicia constitucional se produce a instancia de parte y ésta es una condición necesaria, inevitable y de naturaleza imprescindible.

La actuación de parte o de condición "rogada" supone, en consecuencia, la exclusión de la intervención de oficio, dado que ésta puede suponer una sobre actuación de los órganos de defensa de la Constitución. Es más, esto último puede involucrar una expansión injustificada de las actuaciones

17 PEREZ TREMPS, Pablo. *La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*. Universidad Carlos III de Madrid. Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, n. 2, abril-junio 2003, p. 77.

del Tribunal Constitucional, en cuanto la inexistencia de una solicitud de parte, puede distorsionar la actuación de la justicia constitucional.

Observemos que la actuación del sistema de prevención de un ordenamiento en sentido lato, no prevé escenarios para la intervención de un órgano jurisdiccional, sino en rigor corresponde tal actuación a órganos propios del sistema de prevención, entendiendo como tales a los sistemas de prevención del delito, a cargo del Ministerio Público, o de corresponder, a la Policía Nacional, entre otros estamentos cuya actuación se asocia a la prevención.

Un Tribunal Constitucional, por excelencia, responde a una petición determinada de actuación en defensa de un derecho fundamental, o de invocarse la primacía normativa de la Constitución. Más aún, este sistema de rogación excluye la conducta autoritaria y por cierto contraria a derecho, de un avocamiento indebido, condición que de ocurrir, desnaturalizaría *in toto* la actuación del Tribunal mismo.

El *self restraint* o autocontención al respecto, habrá de informarnos que la actuación del Tribunal respecto a un caso en concreto no es de oficio, sino tiene lugar en el marco de un proceso determinado, solicitado por la parta afectada, y de ahí la denominación material de "justicia rogada".

4.b. Un alto estándar de justificación en la motivación de las decisiones

Si una ley conforme a la Constitución, legitima la actuación del Parlamento, una decisión con arreglo a la Carta Fundamental, empodera la actuación de un Tribunal Constitucional, excluyendo así escenarios de manifiesta arbitrariedad por inexistencia de motivación.[18]

La actuación de los jueces constitucionales bajo el ámbito del *self restraint* exige una motivación reforzada. No debe perderse de vista que, en la mayoría de casos, la actuación de un Tribunal Constitucional representa el cierre, la conclusión y el término de una controversia constitucional, sobre todo si ello concierne a derechos fundamentales. La actuación de otros órganos jurisdiccionales, sobre todo del Poder Judicial, como

18 Como un detalle histórico que promovía la inexistencia de motivación, el Rey Carlos II por Real Cédula de junio de 1768 prohibió a la Audiencia y demás jueces de Mallorca la práctica de motivar las sentencias que hasta entonces se observaba por cuanto *"daba lugar a cavilaciones de los litigantes"*.

primer bastión de defensa de los derechos fundamentales, ya tuvo lugar previamente.

En ese sentido, la actuación del Tribunal Constitucional, si bien es de naturaleza revisora, denota un efecto de trascendencia, pues representa un necesario examen de aquellas actuaciones jurisdiccionales previas respecto a la afectación manifiesta a un derecho fundamental. Pero más aún, el efecto trascendente de la revisión se expresa en el carácter vinculante de la última interpretación, en cuanto crea doctrina constitucional sobre determinada materia iusfundamental.

Esta interpretación entonces representa un nivel fuerte de influencia en la determinación, configuración y ejercicio de los derechos fundamentales hacia los demás poderes públicos. Esa condición de último árbitro[19] de la controversia incluso exige una condición de optimización: el Tribunal Constitucional está impelido a no equivocarse.

Sería iluso afirmar que un Tribunal Constitucional no se puede equivocar. Está conformado, también, por seres humanos, una de cuyas falencias es la posibilidad del error. Y sin embargo, el Tribunal, al ser último decisor, denota esta necesaria exigencia de realizar un estudio aún más minucioso de la controversia sometida a prueba, y es su tarea evitar el error jurisdiccional.

Ya Marina Gascón Abellán[20] señalaba, en referencia a estudios de Reichenbach, que "el juez es un jugador racional que hace una puesta conociendo bien la leyes de la probabilidad". Esta aseveración es congruente de suyo con las tareas de impartición de la justicia constitucional y traduce la posibilidad del error, condición humana que es una posibilidad en el ejercicio de defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, el juez calcula no equivocarse en la medida que su decisión, dentro de las estándares de la probabilidad, abarca un óptimo conocimiento de las leyes y la Constitución.

19 El juez Jackson de la Corte Suprema de EE. UU señalaba: *"We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final"*. (Los jueces de la Corte Suprema no somos los últimos por ser infalibles, sólo somos infalibles precisamente porque somos los últimos). Vid. fallo Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953), voto concurrente del juez Jackson.

20 Referencia de la profesora Marina Gascón Abellán en relación a Hans Reichenbach y sus estudios *sobre el* resurgimiento de la Filosofía Científica.

4.c. Reconocimiento de la especialidad constitucional

Resulta válido que bajo una pauta democrática, diversos profesionales del Derecho acudan, con su sapiencia, experiencia y tren de vivencias, a brindar sus aportes a un Tribunal Constitucional. Las diversas visiones del Derecho pueden efectivamente enriquecer la solución de una controversia compleja y la suma de aportes consolidar una perspectiva amplia de la cuestión a definir en sede constitucional.

A pesar de lo afirmado, es importante atender a un efecto comparativo de experiencias y al respecto hemos de formularnos una pregunta específica: ¿podrá aportar mejor ese juez o académico del Derecho, desde la especialidad constitucional, o desde la visión de una especialidad en economía? Reiteramos aquí, sin ánimo de discriminación negativa, la valía de ambos aportes, mas es desde la propia experiencia constitucional, desde la vivencia cercana de los conflictos iusfundamentales, desde donde mejor se espera una experiencia de materialización de contenidos en favor de la justicia constitucional.

Esto tiene su razón de ser en el mismo criterio de especialidad y de suyo, ello implica la importancia de que la designación política de magistrados del Tribunal Constitucional- finalmente es una designación a cargo de los Parlamentos prevalentemente- considere con prevalencia la experiencia en materia constitucional, desde la judicatura o desde la docencia, dada la relevancia de la experiencia en el tránsito de los conflictos sobre derechos fundamentales.

El *self restraint*, entendido también como la garantía de un buen juez, se consolida desde su versación en materia constitucional y desde el aporte a los procesos que conoce el juez constitucional, de las competencias que han fortalecido su experiencia profesional.

Es preciso recordar, al respecto, el nivel de complejidad que trasciende en las causas constitucionales y cuanto espera la ciudadanía de ese juez, es la capacidad de otorgar una respuesta desde, a través y para la efectividad de los derechos fundamentales y la defensa del principio de primacía normativa de la Constitución.

Renglón aparte merece, en nuestra posición, el concurso de jueces de la justicia ordinaria para un fortalecimiento de la justicia constitucional. El juez de los conflictos ordinarios es incluso un juez en estricto constitucional, en

cuanto debe prever, antes de resolver un conflicto de naturaleza penal, civil, etc., los contenidos materiales que prevé al respecto la Carta Fundamental.

En rigor, reiteramos la idea: el juez de la justicia ordinaria, no es un juez de competencia exclusivamente ordinaria, sino asume la naturaleza de juez potencialmente constitucional, en cuanto es necesario referir la constitucionalización como tal del ordenamiento jurídico.

De ahí la necesidad e importancia de que el fortalecimiento de la justicia constitucional pueda contar, por cierto, con la experiencia de los jueces de la justicia ordinaria y bajo sistemas de selección con retención de cargo. Al respecto, si el juez es profesional y resume una experiencia de vida en conflictos de la justicia ordinaria, siendo su nombramiento o bien *ad vitam*, o bien sujeto a plazos de ratificación, entonces la experiencia en el Tribunal Constitucional- estrictamente temporal- no debería significar el final de la carrera del juez.

Es cierto que un juez jubilado puede postular al Tribunal Constitucional, ello es también una opción valedera y sin embargo, si los requisitos de edad y experiencia son cumplidos por el juez candidato, entonces no advertimos incompatibilidad alguna para postular al Tribunal Constitucional, no siendo un requisito razonable una renuncia previa al Poder Judicial. En términos más puntuales, no es razonable renunciar a una carrera con rangos de permanencia en el tiempo, como sucede con el juez profesional del Poder Judicial, para ser candidato a una plaza de orden puntualmente temporal en el Tribunal. De ser el caso, concluye la designación del juez como magistrado del Tribunal y retoma sus funciones como juez del Poder Judicial.

4.d. Un plazo prudencial de ejercicio de funciones

En forma colateral a lo antes expresado, fortalece el sistema de la magistratura constitucional, vía un fortalecimiento del *self restraint*, que el magistrado constitucional permanezca en el cargo respectivo en el Tribunal, asumiendo la idoneidad de sus condiciones, por un plazo razonable para el ejercicio de sus funciones.

Alemania ostenta un plazo de 12 años[21] para el desempeño de la judicatura constitucional en el *Bundesverfassungsgericht,*[22]plazo que en el Derecho Comparado denota ser el más extenso.

El Tribunal Constitucional español[23] fija un término de 9 años para el desempeño del cargo de magistrado del Tribunal Constitucional y a su vez, la Corte Constitucional de Colombia[24] señala un plazo de 8 años para el ejercicio de tan importante misión.

Perú prescribe un plazo de 5 años[25] como término para la judicatura en el Tribunal Constitucional.

Si nos remitimos a contribuciones a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia, es innegable el aporte de los pensadores alemanes desde el inicio de funciones del Tribunal Federal en el año 1951. Precisamente fallos emblemáticos de este Tribunal consolidaron temas relevantes como el test de proporcionalidad y la dimensión de expansión de los derechos

21 Vid. GECKL, Wilhelm Karl. *Nombramiento y «Status» de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.* Traducción: J. PUENTE EGIDO. Revista Española de Derecho Constitucional Año 8. Núm. 22. Enero-Abril 1988. p. 192.

22 Es el *Bundesverfassungsgericht,* con sede en Karlsruhe, Baden Wurtemberg. Es el órgano constitucional encargado del control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal Alemana. Está compuesto por dos senados, cada uno de los cuales tiene ocho miembros, de los que cuatro son elegidos por un comité del Bundestag y otros cuatro por el Bundesrat, siempre con mayoría de dos tercios.

23 Nace con la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978. Se compone de 12 miembros.

El artículo 159 de la Constitución española de 1978 prevé:

(...) 3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

24 La Corte Constitucional de Colombia es la entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución. Fue creada por la Constitución de Colombia de 1991 e instalada por primera vez el 17 de febrero de 1992. En la actualidad, cuenta con nueve magistrados, que son elegidos para periodos de ocho años por el Senado, a partir de las ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

25 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Perú. Ley 28301. Artículo 9.- Duración del cargo

La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal se hace por cinco años. No hay reelección inmediata.

fundamentales, pautas que contribuyeron al fortalecimiento de la justicia constitucional.

Desde esta perspectiva, podemos advertir liminarmente una relación de causalidad entre un Tribunal eficaz y el plazo de duración del cargo de los magistrados que lo conforman. La premisa tiende a ser: buenos jueces deben permanecer un plazo más que razonable, no necesariamente corto, en sus cargos, y por el contrario, si el juez no corresponde al perfil requerido, el plazo de duración en el cargo, por naturaleza reducido, puede ser considerado excesivo.

Un término medio de duración razonable, desde nuestra perspectiva, es aquel que considera la experiencia española, en la medida que 9 años representa un plazo de vigencia medio. En ese plazo, los magistrados constitucionales pueden trazar, con cierta soltura, planes de corto, mediano y largo plazo para el fin específico que nos ocupa: el fortalecimiento de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, en los procesos que involucran la libertad, y la primacía normativa de la Constitución, en cuanto se refiere a los procesos de inconstitucionalidad.

El *self restraint* responde también así a un criterio de permanencia razonable en el cargo, en cuanto una judicatura fuerte responde a una garantía de permanencia para el ejercicio de la función dentro de los márgenes de independencia que prevé la función jurisdiccional constitucional.

4.e. Sistemas óptimos de elección

Los sistemas de elección constituyen otro punto neurálgico para la elección de magistrados de un Tribunal Constitucional pues determina la forma de acceso a la judicatura constitucional.

La previsión normativa es la elección a cargo del Parlamento. Su condición de poder históricamente mayoritario le ha asignado esa función y es una competencia que han mantenido los Congresos a lo largo de su historia.

De esa forma, los *sistemas de elección integral* corresponden a situaciones en las cuales los propios legisladores proponen, examinan candidatos, y se atribuyen la decisión final de elección de magistrados de un Tribunal Constitucional.

Por oposición, los *sistemas de elección parcial* implican que el Parlamento conserva la potestad de elección final del magistrado, pero recibe el legislador una propuesta cerrada, en la medida que otros estamentos de Estado[26] formulan propuestas de designación, asumiendo la potestad originaria de designación.

A juicio nuestro, refuerza el *self restraint* que el sistema de elección no sea de cargo exclusivo del Parlamento. El sistema de cuotas español denota ser el más razonable en la medida que involucra a otros Poderes u órganos del Estado para la formulación de propuestas.

El riesgo de que solo el Parlamento asuma esta función es compleja pues implica una visión maximizada de la designación política, lo cual afecta la premisa de un sistema razonable de elección.

Por otro lado, no corresponde dejar en el tintero una idea al respecto: ¿no es acaso conveniente que el sistema de elección, en propuesta y decisión, recaiga en otros Poderes del Estado? ¿Sería válido que el Poder Judicial elija a una tercera parte de los miembros del Tribunal y que en su caso, el Poder Ejecutivo, haga lo mismo, y a su turno, que al Poder Legislativo le corresponda un tercio de la elección de los magistrados del Tribunal? No advertimos inconveniente en la propuesta y por el contrario, apreciamos razonabilidad en su contenido.

Importante es advertir, cual fuere el sistema de elección, las calidades profesionales, académicas y personales del candidato. Esto hace fuerte un Tribunal y le otorga consistencia democrática.

4.f. Independencia de criterio

El ejercicio de la judicatura constitucional, debemos ponerlo con énfasis, no significa sino sujeción a la Constitución, como marco de garantía de las decisiones.

En ese sentido, la existencia de faltas funcionales de los magistrados solo puede merecer sistemas reforzados de control formal, como lo son

26 Constitución española de 1978. Artículo 159:

1. *El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial*

las acusaciones constitucionales ante el Congreso, sin que ello implique, en modo alguno, afectar la independencia de criterio de los jueces constitucionales.

En propiedad, los Parlamentos deben verse impedidos de formular acusaciones de orden constitucional por materias que competen a las funciones de los magistrados, marcándose como excepción solo aquellas faltas graves debidamente comprobadas que a su turno expresan situaciones de gravedad de afectación al deber del magistrado.

Lo contrario implicaría la sanción de un magistrado por expresar su posición, aspecto que puede entenderse también como un crimen contra la hermenéutica. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reforzado su posición en estos temas,[27] señalando que no puede afectarse la independencia de los jueces vía sanciones administrativas graves- como la expulsión de la judicatura- por el ejercicio de su labor interpretativa.

Se quebranta, entonces, el principio de independencia de la judicatura constitucional, si el Parlamento inicia procesos de desafuero contra magistrados cuando éstos ejercen su función de interpretación de la Constitución, o cuando bien tiene lugar la amenaza de una destitución para salvaguardar *a posteriori* el ingreso de nuevos magistrados afines al poder político de fuerza del Gobierno.

Estas patologías jurídicas no son comunes en un Estado democrático y social de derecho pero su peligro se cierne siempre sobre un Tribunal Constitucional independiente, cuando los Parlamentos son movidos por intereses políticos, o cuando se consolida una mayoría parlamentaria cuyos intereses particulares entran en conflicto con la independencia jurisdiccional.

Podemos colegir, de esta forma, que el *self restraint* va a ser más fuerte mientras mayor independencia de funciones ostente un Tribunal. Un magistrado constitucional gozará de mayor independencia de criterio en tanto mayor sea la predisposición material de los demás poderes para asumir con convicción que, guste o no, una decisión de orden constitucional, responde a un principio de la función jurisdiccional, más aún en materia constitucional, cuando la independencia del juzgador es un basamento del Estado de derecho.

27 Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

4.g. Propósito de pedagogía jurídica

Asumimos partido porque una manifestación material relevante del *self restraint* es la voluntad de un Tribunal Constitucional de hacer pedagogía jurídica en sus decisiones de orden constitucional.

En efecto, es importante la perspectiva que señalamos en dos sentidos: de un lado, el Tribunal Constitucional suele ser el último y supremo intérprete de la Constitución. Esta posición de privilegio que le concede el ordenamiento jurídico, debe encontrar relación de correspondencia material con la cuestión relevante de que las decisiones de un Tribunal de esta naturaleza, por ser la última valoración, precisamente observa un rigor de justificación que supera las demás interpretaciones coadyuvantes.

Ya Häberle[28] enuncia que el concepto de fraternidad de intérpretes implica una sociedad abierta de intérpretes, supuesto que expresa que todos tienen la facultad de interpretar la Constitución, pero es una sola la interpretación que prevalece sobre las demás, y la que debe denotar, como señalamos, el mejor rango de justificación.

De otro lado, la decisión de un Tribunal Constitucional constituye soporte de una mejor predictibilidad de las decisiones, en tanto uniformiza el Derecho Constitucional, creando precedentes con sus decisiones, y fijando rangos y estándares en sus fallos. Este efecto es de suyo positivo pues crea condiciones para hacer predecible el derecho.

Por último, al referirnos a pedagogía jurídica, igualmente manifestamos docencia constitucional. No debemos olvidar que las líneas de interpretación del Tribunal Constitucional sobre determinada materia, van a constituir marco de referencia, de sustento y de guía, para quienes se involucran en la interpretación constitucional. Por lo tanto, una decisión bien cohesionada va a constituir referente nacional, e incluso dentro de la perspectiva de la *judicial cross fertilization*,[29] va a significar referencia de criterio en la jurisprudencia comparada.

---

28 Cfr. HABERLE, Peter. *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*, en *Retos actuales del Estado constitucional*, Bilbao, IVAP, 1996, Pág. 15-46. *Id., El Estado, cit.*, nota 18, p. 149 y ss.

29 JACOBS, Francis. *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice.* Conferencia sobre Diálogo Judicial y Cross-Fertilization

La idea aquí es muy puntual: ¿por qué no replicar las buenas experiencias del Derecho Comparado? El carácter de *aldea global* de nuestra civilización contemporánea, creemos, así lo demanda.

4.h. Espíritu de convencionalidad

Aquí advertimos una condición que siempre asume ribetes de dificultad. Un Tribunal Constitucional siempre suele representar la última valla de constitucionalidad pero, de otro lado, desde una perspectiva global, los países parte del sistema interamericano de derechos humanos regulan sus relaciones de Derecho Interno desde los estándares que fija la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, a través de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Debemos divisar una importante perspectiva al respecto: un primer peldaño en el quehacer jurisdiccional en materia de derechos fundamentales, lo representa el denominado *control de legalidad*. Este control se expresa por la necesaria verificación del contenido de juridicidad[30] de un derecho y aquí es pertinente analizar, desde una perspectiva más bien estática, si la norma está vigente y al efecto cumple las condiciones de discusión, aprobación y publicación de la misma. Dicho control de legalidad no reviste sino una operación de constatación de requisitos.

El segundo peldaño es identificado como el *control de constitucionalidad*, tarea más compleja en cuanto junto al contenido de juridicidad del derecho, es necesario verificar su contenido de moralidad y como tal, éste ya no es solo una verificación de vigencia sino de compatibilidad con la Carta Fundamental.

Mientras el *control de legalidad* es más bien propio de la justicia ordinaria, aunque no ciertamente excluyente, el *control de constitucionalidad* es más bien característico de la justicia constitucional. El primero representa una constatación estática y alude a una verificación de estricta legalidad; el segundo es una verificación dinámica y supone una revisión de legitimidad. En este segundo aspecto, es propia la actuación de la justicia constitucional.

---

en los sistemas legales. Escuela de Leyes de la Universidad de Texas. Setiembre 2002. TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL. vol. 38. p. 548.

30 STC 1417-2005-PA/TC. Caso Anicama Hernández. Fundamento jurídico 2.

Referimos que los controles de legalidad y constitucionalidad no son excluyentes. Esto necesita una reafirmación. En la justicia ordinaria, aquella que imparten los jueces del Poder Judicial, bien pueden ejercer los jueces ambos tipos de control. Ya aludíamos así que antes que jueces de una especialidad definida, los jueces son jueces de la Constitución. *Ergo*, se trata de un control que puede realizarse dualmente, uno después de otro.

Lo mismo sucede con el Tribunal Constitucional. Antes de verificar el Tribunal el contenido de moralidad de un derecho fundamental, debe constatar el contenido de juridicidad de ese derecho. Estos controles no son, por tanto, excluyentes, sino los identifica una característica de inclusión.

El tercer peldaño de examen en el ámbito de los derechos es el que mayor importancia reviste y con el mismo aludimos al denominado *control de convencionalidad,*[31] aspecto que implica una verificación de compatibilidad de la determinación de los derechos con los estándares que fija al respecto la Corte IDH.

Por tanto, una decisión en sede nacional que supere los estándares de legalidad y constitucionalidad de un Estado parte del sistema, pero que eventualmente no sea compatible con los estándares propios de la Convención Americana de Derechos Humanos, en definitiva acusará un problema de convencionalidad y por tanto, no será una cuestión que apruebe este examen, pudiendo ello acarrear responsabilidad internacional del Estado parte.

Al vincular *self restraint* y convencionalidad, nos referimos a una necesaria visión del juez constitucional de los estándares fijados por la Corte IDH. Ese espíritu de convencionalidad al que nos referimos, una suerte de *Volksgeist*[32]o espíritu del pueblo, se expresa en la condición del magistrado constitucional de adaptar la decisión al ámbito de convencionalidad que fija la Corte IDH. Y precisamente esa evolución del espíritu del pueblo nos conduce a alcanzar mayores estándares en favor de los derechos humanos. Los pueblos y sus derechos se reencuentran en un nivel de progresividad de los derechos, tarea que no puede ser restringida por leyes de retroceso de los derechos.

31 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala,Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Párrafo 27.

32 CONTRERAS Francisco J. *La idea de espíritu del pueblo en F.C.V. Savigny.* Universidad de Sevilla (España). Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 35 (2001), p. 161.

Bajo esa pauta, la decisión de la judicatura constitucional expresa una base de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, estándares necesarios para que entendamos como bien justificado un argumento en materia constitucional.

En clave regresiva y contraria a lo afirmado, se alejará de ese necesario espíritu de convencionalidad una decisión de la justicia constitucional que promueva un apartamiento[33] de la misma Convención Americana de Derechos Humanos, o de ser el caso, que el Estado parte denuncie[34] la Convención.

Es contrario a ese espíritu de convencionalidad, incluso, que un país se circunscriba solo a firmar la Declaración Americana de Derechos Humanos y no suscriba[35] la Convención propiamente dicha, en la visión de no ser procesado como país por afectaciones de envergadura a los derechos humanos tutelados por la misma Convención.

Esa competencia que denominamos espíritu de convencionalidad, es una manifestación material relevante de *self restraint*, en cuanto el juez constitucional debe albergar como premisa los postulados matrices del sistema interamericano, buscando una solución en la decisión a emitir en el propio Estado parte, antes que el ciudadano afectado en sus derechos prevea acudir al sistema supranacional.

En términos figurativos, asumimos la idea de que el sistema interamericano y sus principios vayan hacia la propia justicia constitucional, y se fortalezcan en ella, en la propia visión del juez constitucional, antes que las partes se vean en la imperiosa necesidad de acudir al sistema

33 SENTENCIA TC/0256/14 de fecha 04 de noviembre de 2014. Tribunal Constitucional de República Dominicana. Decisión finalmente estimatoria relativa a la acción directa de inconstitucionalidad contra el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

34 Con fecha 26 de mayo de 1998, la República de Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, con fecha 6 de setiembre de 2012, Venezuela denuncia de la Convención Americana. El 9 de julio de 1999 Perú pretendió su retiro del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH declaró inadmisible el pedido pues no existe la figura del retiro parcial.

35 EE.UU. ha firmado la Declaración Americana de Derechos Humanos pero no la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, no está sujeto a la competencia contenciosa de la Corte.

interamericano de derechos humanos. De esa forma, si una controversia es solucionada en sede nacional, porque así lo informan los estándares del sistema interamericano, se evita la cuantiosa inversión de recursos en lograr que una discusión jurídica deba llegar a sede supranacional.

5. Democracia y *self restraint*

Un balance del *self restraint* en relación a la democracia, nos significa el reforzamiento del Estado de derecho. Ciertamente un ordenamiento jurídico necesita de condiciones reforzadas para funcionar en niveles óptimos en una democracia.

Solemos entender la democracia, si queremos llamarla funcional,[36] como un sistema en el cual se produce la conquista de los derechos fundamentales, a partir de una mayoría que asigna funciones de gobierno a determinado movimiento político. Estos estamentos del Estado se ven en la posición de diseñar un esquema de justicia que constituya soporte de los derechos fundamentales y de esa forma, se consolida la jurisdicción constitucional.

Dicha jurisdicción se ve impelida a desarrollar el imperativo categórico de una real protección de los derechos fundamentales pero para ello necesita de un *corpus iuris* constitucional que cumpla de modo idóneo esa tarea de tutela de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna.

Dicha labor será cumplida en tanto un Tribunal Constitucional identifique su labor con los postulados de un Estado democrático y social de derecho y fundamentalmente, ante la exigencia de constituirse en contralor de los demás Poderes y estamentos del Estado, ejercite sus tareas dentro del marco de un verdadero *self restraint*, o autolimitación dentro de las atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes.

Dicha característica forma parte de las denominadas *cargas democráticas* que impone el Estado constitucional, en cuanto ellas se constituyen en exigencias de función dentro de la tarea de protección de los derechos fundamentales y primacía normativa de la Constitución. A este respecto, solemos alegar que los ciudadanos disponemos de derechos cuyo ejercicio irrestricto en democracia nos debe ser reconocido por el ordenamiento

36 SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?*. Taurus, Madrid, 2003, p. 17-28

jurídico a través de sus órganos legitimados para esa labor. Sin embargo, es oportuno señalar, en relación a las *cargas democráticas*, también, los deberes que incluso impone un régimen en democracia. Esa es una forma de llegar a una relación de equilibrio entre derechos y deberes en tanto incluso las Cartas Fundamentales suelen ser pródigas en el reconocimiento de derechos, mas suelen ser menos amplias cuando se trata de referir deberes[37] del ciudadano para con su país.

Los deberes se expresan así como un componente de las *cargas democráticas*, pues explican una obligación del Estado para efectos de sustentar una magistratura constitucional idónea, una de cuyas manifestaciones centrales es el *self restraint*. Bajo esta pauta, la realización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tanto en su faz positiva como negativa, demandan un Estado con capacidad de dar respuesta satisfactoria a las pretensiones que versen sobre derechos fundamentales, las cuales destacan un componente de moralidad que incluso hacen más compleja la resolución de una controversia iusfundamental.

Desde ese razonamiento, sea estimativa o desestimativa la respuesta constitucional del órgano jurisdiccional habilitado para ese fin, las *cargas democráticas* imponen la necesidad de un *self restraint* bien conducido, que conduzca a una realización de la democracia y suponga un régimen que reconoce los derechos de los ciudadanos porque así lo demanda la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de las personas.

En ese mismo orden de ideas, democracia y *self restraint* igualmente expresan como binomio una realización de la noción de una *living Constitution*, esto es, una dimensión evolutiva de los derechos fundamentales para asumir que la Constitución es un organismo vivo, en proceso de permanente implementación y bajo la pauta de evolución hacia estándares de progresividad.

La idea de una *living Constitution* también nos conduce por la ruta de abandonar las interpretaciones excesivamente literales, de hacer a un lado la corriente del literalismo que busca la solución única y exclusivamente dentro del ámbito de las palabras que reconoce en forma directa

37 Artículo 38 Constitución Política de 1993. Artículo 38. Deberes para con la patria *Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.*

y taxativa la norma, y que privilegia la noción de sentido interpretativo que proviene de la norma antes que el enunciado meramente lingüístico que implica la disposición.[38]

Por último, la *living Constitution*, como manifestación de la democracia, nos impone abandonar la tesis de la Constitución semántica o nominal,[39] entendida hoy en el siglo XXI, como un modo de adoptar una visión estática de la Constitución. La fórmula que proponemos puede resumirse así: no hay buenas decisiones en materia constitucional si no hay un *self restraint*, y no hay *self restraint* sin una concepción del tipo de la *living Constitution*. Por ende, no hay *living Constitution* si no hay un presupuesto de democracia.

Desde los griegos, la democracia es conocida como la forma menos mala de gobierno, incluso tenía un sentido peyorativo,[40] asumiéndose así que con todas sus carencias, deficiencias y falencias, es un régimen en democracia el modelo que permite la realización de la Constitución. Esto nos lleva a rechazar con énfasis los tipos de gobiernos autoritarios y ajenos a la democracia, en cuanto los mismos parten de un supuesto totalmente contrario a nuestro tema: que los derechos fundamentales no son prioridad y si hay espacio para su irrespeto en beneficio de conductas autoritarias, entonces el fin de la permanencia en el poder, justifica los medios de trasgresión continua de los derechos fundamentales.

Conclusiones

Si pretendemos definir el *self restraint* solo disponemos de una aproximación conceptual: autocontrol o autolimitación, premisas que van en concordancia con un ejercicio de moderación cuando se trata de definir discusiones con relevancia jurídica, a nivel jurisdiccional, sobre la vigencia efectiva de los derechos fundamentales o la primacía normativa de la Constitución. Por tanto, sumamos aquí que *self restraint* merece una nueva definición material, no solo de autolimitación, sino de condiciones para una judicatura idónea.

38 Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs Norma*. Lima- Perú.- Palestra Editores, 2011. p. 136.

39 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ed Barcelona. Ariel. 1976. 619 pp.

40 GUARIGLIA. Osvaldo. *Democracia: origen, concepto y evolución según Aristóteles*. DOXA 33 (2010). p. 160

Hemos partido de trazar esbozos iniciales incluyentes entre activismo judicial y *self restraint.*, asumiendo que precisamente nuestro tema de estudio es la expresión material de un activismo judicial moderado o restringido. De la misma forma, la expansión de la justicia constitucional obedece, también, a un *self restraint* que expresa una judicatura constitucional idónea. No puede así crecer esta justicia especializada si no nos atenemos al supuesto de una judicatura idónea.

Trazados algunos esbozos conceptuales sobre *self restraint,* determinamos algunos supuestos y condiciones del mismo. De esa forma, anotamos ideas como aquellas de que el *self restraint* supone un principio de "justicia rogada", además de un alto estándar de justificación en la motivación de las decisiones.

De la misma forma, el *self restraint* exige una relación de concordancia con el reconocimiento de la especialidad constitucional, la determinación de plazos prudenciales de ejercicio de funciones de los magistrados del Tribunal Constitucional, así como sistemas óptimos de elección.

De otro lado, son manifestaciones del *self restraint* la independencia de criterio, una tendencia clara por el propósito de pedagogía jurídica, haciendo docencia en las decisiones de la judicatura constitucional, para finalmente expresar un espíritu de convencionalidad, en referencia a reconocer los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos. Finalmente, encontramos una vinculación más que estrecha entre democracia y *self restraint,* pues aquella es presupuesto de éste.

Coincidimos tirios y troyanos en el propósito de una judicatura constitucional fuerte y para ello se demanda efectivamente condiciones, caracteres y fortalezas. El *self restraint* es un medio legítimo para expresar estas manifestaciones y corresponde impulsar sus contenidos materiales. La meta es un Tribunal Constitucional fuerte y modelo de activismo judicial restringido. En suma es la mejor forma de controlar al controlador, es decir, que el mismo controlador se autoregule. No son resultados imposibles de alcanzar.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. *Problemas de la argumentación jurídica.* Conferencia Academia de la Magistratura. Lima, 29 de marzo de 2012.

BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XIX, núm. 57, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.

CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Serie Cuadernos constitucionales. Grijley. Lima, 2009.

CONTRERAS Francisco J. *La idea de espíritu del pueblo en F.C.V. Savigny*. Universidad de Sevilla (España). Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 35 (2001).

GECKL, Wilhelm Karl. *Nombramiento y «Status» de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania*. Traducción: J. PUENTE EGIDO. Revista Española de Derecho Constitucional Año 8. Núm. 22. Enero-Abril 1988.

GUARIGLIA. Osvaldo. *Democracia: origen, concepto y evolución según Aristóteles*. DOXA 33 (2010).

GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs Norma*. Lima- Perú.- Palestra Editores, 2011

HABERLE, Peter. *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*, en *Retos actuales del Estado constitucional*, Bilbao, IVAP, 1996, Pág. 15-46. *Id., El Estado, cit.*, nota 18.

JACOBS, Francis. *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*. Conferencia sobre Diálogo Judicial y Cross-Fertilization en los sistemas legales. Escuela de Leyes de la Universidad de Texas. Setiembre 2002. TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL. vol. 38.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ed Barcelona. Ariel. 1976.

NUÑEZ VALADEZ, Miguel. Recensión de la obra *The living Constitution*, de David Strauss. Oxford University Press. 2010. EUMONIA. Revista en cultura de la legalidad. No. 1. Setiembre 2011- febrero 2012.

PEREZ TREMPS, Pablo. *La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina.*Universidad Carlos III de Madrid. Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, n. 2, abril-junio 2003

PORTOCARRERO, QUISPE, Jorge. *El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad.* Revista Derecho del Estado n.° 27, julio-diciembre del 2011. Universidad Externado de Colombia.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* En *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial.* Palestra Editores. Lima, 2002. Serie Derechos y Garantías.

POSNER, Richard. *The rise and fall of judicial self restraint.* Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Artículos periodísticos. 100 California Law Review 519 (2012).

SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?.* Taurus, Madrid, 2003.

SCHEIBER, Harry. *Congress and the Earl Warren Court.* Ponencia presentada en la conferencia "Earl Warren and the Warren Court: A Fifty-Year Retrospect" llevada a cabo en la Escuela de Leyes de la Universidad de California, Berkeley, 27-28 de febrero de 2004. Boletín de la Academia Americana. Verano 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Traducción de Marina Gascón Abellán. 2da edición. Editorial Trotta. 1997.

EL EFECTO ONDULATORIO DE LAS FUENTES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Carlos Hakansson[1]

I. El tránsito del Estado Legal al Constitucional de Derecho

El estudio de las fuentes constitucionales merece especial importancia en el Derecho; en esta rama especialmente, porque la Constitución es de origen anglosajón y naturaleza judicialista, dos factores que propician su progresiva producción. El propósito de realizar una visión sobre las fuentes a partir de la Constitución parte, en primer lugar, con la idea de no seguir asociando su estudio con el clásico dictado de las fuentes que se imparten en una asignatura de introducción a las ciencias jurídicas o teoría del Derecho, cuando su campo de estudio es el derecho constitucional; en segundo lugar, porque la explicación que se realiza respecto a las fuentes puede ser un tanto positiva y estatal, la primera por limitarse en la práctica a reconocer sólo aquéllas fuentes que la Constitución indica como tales y, la segunda, por circunscribirse preponderantemente a la ley como máxima expresión jurídica del Estado; una afirmación que puede empezar a cambiar gracias al tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho, marcado en gran medida por el avance del judicialismo surgido a partir de las resoluciones del Tribunal

1 Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional e Integración (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Una primera versión del presente trabajo fue publicada en *THĒMIS-Revista de Derecho*, N°. 67, PUCP, 2015, págs. 39-48.

Constitucional, sus precedentes vinculantes y normas constitucionales adscriptas. Un tránsito que también puede comprender como el surgimiento del juez constitucional sobre el juez legal.

Con relación a las fuentes, la Constitución de 1993 no las recoge en un título o capítulo especialmente dedicado a ellas, más bien se encuentran dispersas en todo su articulado. En primer lugar, los artículos 51 y 138, segundo párrafo, que establecen la supremacía y jerarquía constitucional respectivamente; luego el artículo 200, inciso 4, que establece las normas con rango de ley, luego tendríamos los artículos 102 al 109 que regula la formulación y promulgación de las leyes; con especial mención al artículo 104 que permite los decretos legislativos, el artículo 106 que define la finalidad de las leyes orgánicas; el artículo 206 que regula la ley de reforma constitucional, el artículo 118, inciso 20, que crea y regula los decretos de urgencia y el artículo 32, inciso 3, que menciona a las ordenanzas municipales (ver además el artículo 200, inciso 4). Por otro lado, hay que considerar los artículos 55 al 57 que regulan los tratados, así como el artículo 3 y cuarta disposición final que, interpretándolos, brindan jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos.

El inciso 1 del artículo 102 también que trata sobre las resoluciones legislativas del Congreso; el inciso 8 del artículo 118 que reconoce en el Presidente de la República la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. Como se puede apreciar, si bien las fuentes están reconocidas formalmente por el texto de Constitución, su contenido y significado responde más a un Estado legal que constitucional de Derecho; es decir, se encuentra más asociado a la idea de la posición que tiene el derecho positivo en un ordenamiento presidido por la Constitución, en la cumbre de una pirámide como suele graficarse desde una concepción kelseniana[2]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional como su máximo intérprete ha establecido su posición reivindicando el papel que cumplen

2 Al respecto, el Profesor Otto lo explica argumentando que "[e]l concepto de Constitución como norma suprema presupone, por tanto, una determinada estructura del ordenamiento y, en ese concreto sentido, es un concepto histórico: no todo ordenamiento tiene una Constitución. No hay Constitución cuando creación y aplicación de derecho están aún unidas, por ejemplo en los sistemas de derecho judicial. Tampoco la hay si la creación de derecho no está sometida a su vez a normas, por ejemplo en el sistema de soberanía del parlamento"; cfr. OTTO,

las fuentes en el ordenamiento constitucional; en ese sentido, basándonos en lo resuelto por el Colegiado proponemos una visión alternativa para comprender el modo de aparición y progresivo desarrollo de las fuentes en el ámbito constitucional.

II. ¿Cuáles son las fuentes del Derecho reconocidas por el Tribunal Constitucional?

El Tribunal Constitucional peruano a través de la sentencia que resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra la ley que faculta el nombramiento de profesores aprobados por concurso público (Ley Nro. 27971)[3], se pronunció en torno al sistema de fuentes diseñado por la Constitución de 1993. En la resolución, el Tribunal se ocupa de desarrollar una teoría de las fuentes del Derecho presidida por la propia Carta de 1993, denominada por el Colegiado como "fuente de fuentes", haciendo un repaso de cada una mediante su definición y concreta aplicación en el Derecho peruano, especialmente detallada en el caso de la ley, para luego ocuparse de los tratados, la jurisprudencia, la costumbre, los principios, la autonomía de la voluntad y la doctrina.

El reconocimiento del Tribunal a la Constitución como "fuentes de fuentes"[4], no es una simpleza, todo lo contrario, pues a lo largo del tiempo la enumeración de las fuentes del derecho bajo la concepción europea continental ha sido un tanto incoherente con el Derecho Constitucional. Por un lado, se nos explica la tesis de Kelsen diciéndonos que la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la *norma normarum* que valida y preside la producción de las demás normas; pero, inexplicablemente, cuando se enumeran las fuentes del Derecho, la Ley todavía encabeza la lista. La pregunta es la siguiente: ¿cuál es la posición de la Constitución en las fuentes del Derecho? ¿No debería ser la primera en citarse para guardar coherencia con el primer planteamiento?

Ignacio de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes,* Ariel Derecho, Barcelona, 1987, págs. 14-15.

3 Véase, Exp. N.° 047-2004-AI/TC; José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante), contra el Congreso de la República (demandado).

4 Véase el Exp. N.° 047-2004-AI/TC (Fundamento jurídico 9).

Si partimos de la idea que la Constitución es de origen anglosajón y naturaleza judicialista, se puede inferir que sus orígenes han sido acompañados por el *Common Law* y que sus diversas fuentes se han ido enriqueciendo a partir de la jurisprudencia; en otras palabras, la ley no ha sido protagonista principal en la evolución de las fuentes constitucionales sino a partir de las soluciones que han brindado los jueces y su capacidad para poder aplicar los principios del derecho privado a los problemas de carácter público; por eso, a partir de la jurisprudencia podríamos evidenciar el progresivo surgimiento de las demás fuentes constitucionales.

Con relación al *Common Law*, fruto del judicialismo en el mundo anglosajón, debemos tener presente sus dos clásicos modelos, el inglés y el estadounidense. Se trata de dos experiencias jurídicas que han tenido un desarrollo paralelo pero unitario, pero que también han mostrado sus propias connotaciones. En el sistema inglés, por ejemplo, nos encontramos con el inmutable principio de soberanía del Parlamento; en el modelo norteamericano nos encontramos con una Constitución Federal, codificada, supra ordenada a las otras fuentes constitucionales, una *Judicial Review*, así como una administración de justicia que se divide entre el Estado federal y los estados esfera federados, sin olvidar la tradición, prestigio y gravitante función política de Tribunal Supremo[5].

Hoy en día, la aproximación de la clásica teoría europea continental a los pilares de la tradicional anglosajona, basada en el *Common Law*, es más cercana en la actualidad, la línea divisoria no es tan clara como antes[6]; podemos citar como ejemplos la creación de cortes constitucionales, especializadas o no, que se encuentran presentes en los sistemas jurídicos de las comunidades políticas; la necesidad de los jueces de determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos y libertades al momento de resolver un proceso de garantía; el desarrollo y efecto vinculante de las resoluciones de los órganos supranacionales de

5 Véase, PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo: *Las fuentes en el Derecho Comparado. Con especial relevancia al ordenamiento constitucional*, Editorial Jurídica Grijley, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, pág 66.

6 Antes del surgimiento y progresivo desarrollo de la jurisdicción constitucional en los países de tradición europea continental, los sistemas jurídicos se dividían en países de *common law* y países de sistema romano germánico.

protección a los derechos humanos, a todo ello debemos sumar la presencia de los precedentes judiciales en el ordenamiento jurídico[7].

Todos los cambios mencionados[8], han sido fruto de una realidad cada vez más evidente: el derecho constitucional es de origen anglosajón y naturaleza judicialista[9]. Los países con la más antigua tradición constitucional y lugar originario de sus más importantes instituciones son, precisamente, las comunidades políticas anglosajonas, que forman parte de la historia del constitucionalismo gracias al contenido material de sus resoluciones judiciales. Por eso, es importante resaltar la tradición judicialista, por ser innata al constitucionalismo, entendido como el movimiento en favor del reconocimiento y protección de las libertades; pues los encargados de protegerlas serán los jueces gracias a la argumentación jurídica de sus sentencias. Si bien los miembros de una asamblea constituyente serán los comisionados por los ciudadanos para redactar un texto constitucional, los jueces serán los encargados de interpretarla administrando justicia, en cada caso concreto, y generando jurisprudencia como la primera fuente constitucional.

7 Debemos diferenciar los cambios dado que se distinguen de dos tipos, los surgidos producto de la postguerra mundial en las constituciones europeas continentales, que han influenciado notoriamente a las constituciones iberoamericanas surgidas en los años ochenta del siglo XX y que responden al llamado neoconstitucionalismo, de aquellos cambios de fondo y forma surgidos en las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela que merecen una explicación aparte para comprender su origen, contenidos y propósitos.

8 No son todos los que figuran en el párrafo anterior pero sí los que deseo resaltar en el prólogo.

9 "El Derecho es plural, no monista. La visión judicialista ayuda a percibir esa pluralidad porque, si el Derecho consiste en sentencias que resuelvan casos concretos, *ex definitione*, no formará un sistema completo, cerrado ni perfecto. Un normativista extremo será, posiblemente, monista y sistemático y querrá convencernos de que el Derecho consiste sólo en normas; en cambio, un judicialista extremo, por extremo que sea, siempre tendrá que admitir, además de las sentencias, principios y *regulae iuris* generales, aunque sólo fueran las producidas por los comentadores de la jurisprudencia"; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *En defensa de la Constitución*, Palestra Editores, Universidad de Piura, colección jurídica, segunda edición, Lima, 2011, p. 563.

A) El valor de la jurisprudencia constitucional.

Es conocida entre los constitucionalistas la frase que nos dice: "vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es", pronunciada originalmente por Charles Evans Hughes en 1907, Juez de la Suprema Corte norteamericana. En efecto, el ejercicio de interpretación judicial de la Constitución efectuado por el más alto tribunal, vincula al tribunal que lo efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que la interpretación sea jurídicamente correcta (principio del *stare decisis).*

En los países de tradición europea continental, conocidos también como de *Civil Law*, el Estado legal de Derecho no ha brindado a la jurisprudencia el lugar que le corresponde, relegándola a un segundo plano por debajo de la legislación. A pesar que esta situación está empezando a cambiar lentamente como producto de la aparición de los tribunales constitucionales luego de la segunda guerra mundial, la tradición jurídica se resumía en tres conceptos: estatismo, positivismo y codificación, los tres factores que acompañaron la difusión del constitucionalismo por Europa continental[10].

La importancia de darle su lugar a la jurisprudencia cuando se explican las fuentes del Derecho, es imprescindible para poder exponer una visión de ellas, pero siempre desde el punto de vista del Estado Constitucional de Derecho. Por eso, se puede observar que la jurisprudencia suele ser más popular y segura que la legislación, pues, un ciudadano puede tener más presente en la memoria la sentencia que le dio la razón (el juez dijo que la casa es mía) que una ley que le reconoce un derecho en términos generales (todos tienen derecho a la vivienda).

Al aproximarnos a la labor que realizan los tribunales constitucionales en el ejercicio de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, estamos de acuerdo en que sus pronunciamientos no pueden limitare a solamente expresar textualmente su estimación o desestimación, sino que tienen la responsabilidad, de acuerdo a la complejidad y circunstancias de

10 Como sostiene el Profesor Pereira Menaut, "[e]l hecho de que la idea de Constitución aparezca hoy adherida a otras ideas se explica porque el nacimiento, consolidación y difusión de la Constitución coincidieron en el tiempo con otros movimientos y tendencias relacionadas pero no obstante diferenciables"; cfr. PEREIRA MENAUT: *En defensa de la Constitución...*, pág. 50.

cada caso concreto, a fundamentar su posición y prever sus consecuencias mediante diversos tipos de sentencias que disponen alcances singulares ya sea en el fallo o en la parte considerativa de la sentencia. Un efecto inmediato de este ejercicio es el enriquecimiento de las fuentes constitucionales a través de sus precedentes de carácter vinculante[11].

El articulado de un texto constitucional no agota su contenido, a poco de dure los jueces se ocuparán de interpretarla conforme con su espíritu, cubriendo inevitables lagunas, salvado imprecisiones para su cabal comprensión, y actualizando sus conceptos y alcance de sus disposiciones con el paso del tiempo, convirtiéndolo en un documento vivo *(living document)*, piedra angular del ejercicio de la vida política por muchas generaciones de ciudadanos.

B) Los principios como fruto de la jurisprudencia.

Su definición alude a la pluralidad de postulados con sentido y proyección normativa, o deontológica, que forman parte del espíritu de todo sistema jurídico; que se encuentran presentes de modo expreso, o también tácito, y son citados en el marco de un proceso por las partes y hasta el mismo juez; su finalidad está destinada para asegurar tanto la aplicación de los valores o postulados de naturaleza ético política, así como las debidas proporciones de naturaleza técnico-jurídica.

En un sistema de fuentes constitucionales, los principios también son fruto de la jurisprudencia; en ese sentido, no estamos aludiendo a todos principios jurídicos sino solamente a aquéllos que aluden a la preservación del movimiento constitucionalista y su principal finalidad de limitación al ejercicio de las funciones del poder para el reconocimiento de los derechos y libertades ciudadanos. En el campo de la interpretación constitucional, el surgimiento de principios ha dado lugar a unas herramientas indispensables que colaboran al momento de desarrollar un producto interpretativo conforme con la constitucionalidad, pues las clásicas metodologías hermenéuticas del derecho general, como el método literal, histórico o

11 Véase en el mismo sentido, FIGUEROA MEJÍA, Giovanni: *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Editorial Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011, pág. XXIX.

sociológico, no resultaban confiables para lograr un resultado conforme con el espíritu constitucionalista.

Los principios de unidad, supremacía, corrección funcional, aplicabilidad directa y *favor libertatis* se convierten en herramientas o criterios fundamentales para comprender la naturaleza del conjunto de disposiciones constitucionales, siendo útiles además para saber integrar al documento el resto de fuentes que con el paso del tiempo surgen a partir texto constitucional.

1) El principio de unidad.

Se puede descubrir su fundamento el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando nos dice que "[t]oda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución". La tarea de asegurar ambas garantías obliga a guardar cuidado y respeto por la constitucionalidad, ofreciendo una interpretación armónica de todas las disposiciones[12].

El principio de unidad se apoya en el método sistemático por la necesidad de tener presente todas las sentencias, principios y normas constitucionales como un todo indivisible, con la finalidad de evitar posibles zonas de indefensión a los derechos y libertades. La visión unitaria de la constitucionalidad nos permite comprender el triunfo de las constituciones no codificadas frente a las codificadas, pues la duración de un texto constitucional tiene como sana consecuencia su enriquecimiento mediante la jurisprudencia, los principios, la costumbre y la doctrina, entre otras fuentes. Es decir, la unidad no está referida sólo a las disposiciones del texto constitucional sino más bien al conjunto de fuentes que integran la constitucionalidad de una sociedad democrática en un Estado de Derecho.

12 Es importante destacar que la histórica Declaración de la Revolución francesa no dice expresamente "todo Estado" sino "toda sociedad", una señal para comprender que el concepto originario de Constitución siempre estuvo asociado, desde su nacimiento, con la persona y no girando alrededor del concepto de Estado, pues lo correcto es que las cartas magnas deban ser concebidas como la Constitución del Ciudadano.

2) El principio de supremacía y aplicabilidad directa.

Ambos principios son sinérgicos. El primero destaca la posición de primacía de la Constitución frente ejercicio abusivo del poder, no solamente frente al Derecho como suele restringirse su significado con base en el positivismo. La Constitución estadounidense en su artículo 6 es muy clara al afirmar que "[e]sta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán el Derecho Supremo de la Tierra" *(Supreme Law of the Land)*, comprendiéndose que nadie en su sano juicio podría violentarlas y que lo contrario podría ser tomado como un acto de fuerza contrario al Derecho.

Como mencionamos, el principio de aplicabilidad directa guarda relación con la supremacía, pues, no sería posible que la Constitución ostente la posición de derecho supremo si sus expresas disposiciones, o aquéllas que se dicten con base a ella, no sean a su vez plenamente observadas y vividas por gobernantes y gobernados. Se trata de un principio que en el mundo anglosajón es conocido como *direct enforceability*[13]. En los países de tradición europea continental es más conocido como principio de normatividad directa, la cual alude a una visión más estatal, positivista y codificadora del Derecho, pero de reconocimiento tardío, pues se empieza a asimilar con los textos constitucionales de la postguerra, conocidas también como las llamadas constituciones modernas.

4) El principio de corrección funcional.

Tiene su fundamento en la doctrina de la separación de funciones del poder, más conocida como la división de poderes, y el respeto a la teoría de los llamados pesos y contrapesos *(checks and balances)* que debe primar en la relación de los órganos constitucionales. De lo que se trata es de advertir que el ejercicio de una función del poder controla al otro poder, que ambos colaboran en perfeccionar una decisión política. El parlamento aprobando una ley y el jefe de estado promulgándola; el ejecutivo aprobando un

13 La aplicabilidad directa, o *direct enforceability*, evidencia que los padres de la Constitución estadounidense siempre tuvieron en la mente que se trataba de un documento que debía ser invocado por los ciudadanos para reclamar sus derechos y aplicado por los jueces para la solución de las controversias. Una jurisdicción de la libertad.

tratado con la comunidad internacional y el legislativo ratificándolo para que rija y en vigor forme parte del derecho interno. Por tanto, si bien la colaboración es admitida en el ámbito de gobernabilidad, la concentración de las funciones del poder en un solo órgano está prohibida.

Si recurrimos a la literatura anglosajona nos sorprenderíamos al descubrir la claridad con la que se puede explicar lo mismo con solo citar *El Señor de los Anillos*. Si bien a Tolkein se le atribuye la creación de todo un mundo con su obra, también es cierto que le faltó describirnos las líneas generales de un sistema político, aunque el gobierno de la Comarca Hobbit podría ser algo parecido a las polis griegas. No obstante, el autor sí nos ofreció una clase de derecho constitucional. La idea de un anillo que es capaz de controlar a todos los demás nos hace ver el peligro de la concentración del poder y sus beneficios cuando está disperso. Basta sustituir la palabra "anillo" por "poder absoluto" para verlo claramente en la introducción de su novela: "Un poder absoluto para gobernarlos a todos. Un poder absoluto para encontrarlos. Un poder absoluto para atraerlos a todos y atarlos en las tinieblas, en la Tierra de Mordor donde se extienden las Sombras".

Es muy difícil ofrecer algo distinto a la separación de poderes para lograr los mismos objetivos en democracia, por eso no es de extrañar que sea elevado a un principio y, en los Estados Unidos, casi a una filosofía. De esta manera será el juez que, a través del principio de corrección funcional, debe saber delimitar las funciones de los órganos en conflicto y fijar sus respectivas competencias a consecuencia de una errónea interpretación de las disposiciones constitucionales.

5) El principio de *favor libertatis*, o *pro personae*.

Es un principio que reivindica el centro de interés del movimiento constitucionalista, la preservación de la libertad para el ser humano y sus beneficios para su plena realización. La noción que los derechos fundamentales son bienes humanos, cuotas de perfección de la naturaleza humana que contribuyen con su realización[14], guarda sintonía con la finalidad de

14 De acuerdo con el Profesor Castillo Córdova, "(...) los derechos humanos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias

este principio que nos recuerda que la persona es el centro del derecho y que el constitucionalismo desea que se encuentre en libertad para la realización de todas sus capacidades humanas. Por esa razón, la declaración de los derechos y libertades no se agota en el catálogo de una Constitución, pues está reconocida la apertura a los derechos, la llamada enumeración de derechos implícitos y cuya concepción también es de raíz anglosajona; la novena enmienda de la Constitución norteamericana nos dice que: "[e]l hecho de que la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que también son prerrogativas del pueblo".

La jurisprudencia constitucional ha descubierto otros principios o criterios de interpretación pero, en nuestra opinión, tienden a tener un significado similar con diferencias muy fronterizas para brindarles especial atención y autonomía. Lo que nos queda decir respecto a ellos es su importancia de su concurso al momento de interpretar correctamente la Constitución, dada su especial naturaleza, esenciales diferencias con la legislación ordinaria, su carácter inmutable en el tiempo y la firmeza que brinda a la argumentación que realiza un juez constitucional.

En las constituciones modernas podemos apreciar la presencia de principios generales del Derecho (civil, penal, laboral, tributario, etc.), una consecuencia de su más difundida acepción: la Constitución como "norma de normas"; no es de extrañar que luego los textos constitucionales sean concebidos como un compendio o "conjunto de principios generales del Derecho"[15]. Contrarios con este significado, pensamos que si el Derecho Constitucional tiene autonomía, lo coherente es que la Constitución sólo contenga sus principios informadores, excluyendo aquellos que sean ajenos a su naturaleza y finalidad. En todo caso, las disposiciones constitucionales siempre deben ser para los jueces una fuente inspiradora de principios. La posición de los principios en las fuentes del derecho guarda directa relación con el grado de desarrollo que adquiera la Constitución; por eso, sólo se podrán tomar en cuenta aquellas sentencias que contengan un

propia y efectivamente humanas"; cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, pág. 37.

15 Las distintas acepciones que existen sobre la Constitución pueden verse en PEREIRA MENAUT: *En Defensa de la...*, págs. 37-40.

aporte interpretativo y no mera trascripción de las leyes[16]. Los principios se encuentran más a gusto en un mundo de sentencias, cuando son invocados por los jueces[17]. El conflicto se plantea cuando se quiere llevar al extremo la concepción del ordenamiento jurídico piramidal, cerrado, completo y presidido por una constitución codificada[18].

C) El derecho consuetudinario.

La definición de la fuente consuetudinaria, conocida también como costumbre, hace referencia a la suma de prácticas jurídicas de naturaleza espontánea, que con el tiempo han alcanzado uso generalizado y que gozan de conciencia de obligatoriedad dentro de una comunidad política; sin embargo, no es una fuente que se genera de la noche a la mañana, su proceso de producción es lento y está relacionado directamente con el grado de aceptación y posicionamiento de una Constitución en el tiempo y su progresivo desarrollo jurisprudencial; que justamente son las dos fuentes constitucionales que deben precederla en su aparición. A continuación algunas razones para valorar su importancia y debida posición en un sistema de fuentes constitucionales.

1) Las constituciones con muchos años de antigüedad generan costumbres. El derecho constitucional anglosajón es rico en usos y convenciones, precisamente por su tradición apoyada en la cultura jurídica y concretos episodios de su historia.

2) Las costumbres son más firmes que la ley. Los tipos de costumbres que conocemos en la teoría del derecho nos muestran que las costumbres según la ley (secundum *legem*), contra la ley (*contra legem*) o que van más allá de la ley (*praeter legem*), poseen una fuerza y posición difícilmente de superar por una legislación sustentada en la formalidad de su procedimiento de aprobación.

16 Véase OLLERO, Andrés: "Derecho Natural y Jurisprudencia de Principios" en *Persona y Derecho* Nro. 8, 1981, pág. 178.

17 Cabe señalar que la Comisión de juristas encargados de estudiar la Carta de 1993 tiene un planteamiento opuesto, debido a que considera necesaria la incorporación de un título especial que agrupe los principios fundamentales que orientan la constitución; véase *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, Julio 2001, pág. 21.

18 Véase PEREIRA MENAUT: *Temas de Derecho Constitucional.....*, págs. 37-41.

3) Las costumbres son más lentas en aparecer, se valen de la historia, las circunstancias políticas y el derecho. Una constitución no producirá derecho consuetudinario sino hasta encontrarse debidamente asentada en la comunidad política, es decir, plenamente vivida por gobernantes y gobernados, directamente aplicada por los jueces *(living document).*

***

Las constituciones anglosajonas evidencian una importante producción de esta fuente, al punto que podrían considerarse como terreno fértil para su nacimiento y consolidación. El ejemplo paradigmático es el Reino Unido, pero la Constitución norteamericana también es rica en convenciones; en ambos casos, el paso del tiempo y el sentimiento constitucional de generaciones han influido, decididamente, en el valor del derecho consuetudinario constitucional.

D) La doctrina de la autoridad.

El valor de doctrina en la práctica judicial se encuentra un tanto relegado; formalmente se reconoce como fuente, pero las comunidades políticas que se rigen por el derecho romano germánico, les otorgan mayor peso a los argumentos basados en el derecho positivo que al resto de fuentes del Derecho. En el Constitucionalismo británico, la doctrina es conocida como los *books of authority*. Son libros considerados por los tribunales como históricas declaraciones autorizadas sobre el Derecho y reconocidas en la actualidad, a pesar de la época en que fueron escritas, salvo que se pueda argumentar que los criterios jurídicos han cambiado con el tiempo; al respecto, Sir William Blackstone sostuvo que existen autores que los investigadores en *Common Law* les tienen gran veneración y respeto, como Glanvill y Bracton, Britton y Fleta, Hengham y Littleton, Statham, Brooke, Fitzherbert y Staundeforde, al ser obras escritas por verdaderas autoridades en la materia[19]. La regla general es que la doctrina desarrollada en los *books of authority* se convierta en fuente de las decisiones judiciales.

En el mismo sentido del párrafo anterior, tampoco podríamos dejar de mencionar los "papeles del federalista", una serie de comentarios

19 Véase, BLAKCSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England,* First Rate Publishers, 2014, págs. 72-73.

publicados por importantes miembros de la asamblea que elaboró la Constitución norteamericana (Hamilton, Madison y Jay); al punto que nadie discute su importancia, al igual que las actas de una asamblea constituyente contemporánea. En la actualidad, se puede apreciar que los jóvenes tribunales constitucionales citan en sus resoluciones de importantes juristas nacionales y extranjeros, clásicos y contemporáneos[20], una muestra que la jurisprudencia reivindica la importancia de esta fuente del Derecho.

La doctrina de la autoridad como fuente constitucional se ocupa de comprender, compendiar y sistematizar el desarrollo de las fuentes jurídicas surgidas a partir de la interpretación judicial de la Constitución. Los precedentes vinculantes y las normas constitucionales adscriptas se convierten en su materia de estudio. La doctrina de la autoridad de los juristas son las herramientas que, a modo de retroalimentación, los jueces utilizan en las construcción de su argumentación jurídica; sin embargo, no toda producción jurídica tiene el estatus de doctrina de la autoridad, sino sólo aquélla que pueda ser reconocida en el tiempo por sus valiosos aportes en la teoría y aplicación del Derecho[21]; una condición que se ajusta a los escritos de la clásicos constitucionales y la doctrina nacional que posea un amplio acuerdo en la comunidad jurídica.

E) La producción del derecho positivo.

La ley es producto de las prescripciones normativas generales que son escritas y emanadas del parlamento, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución. La posición que ocupa entre las fuentes

20 Los jóvenes tribunales constitucionales de países que todavía se encuentran en un proceso de transición democrática, recurren mucho a la doctrina para sostener sus argumentos y posiciones, especialmente en los casos polémicos que se le presentan y deben resolver, un recurso de consolidación de la *auctoritas*, entendida como el saber socialmente reconocido.

21 Como define el Profesor Pereira Menaut, "[l]os libros de autoridades son los que aportan una ayuda importante para la comprensión del edificio constitucional o dan una guía para su interpretación"; y agrega que "[a] causa de la compleja naturaleza de la Constitución británica las obras de ciertos autores que interpretan la Constitución se han convertido en parte de la propia Constitución"; son los casos de Erskine May, Walter Bagehot, A.V. Dicey y Edward Coke, por ejemplo; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, págs.11-12.

del derecho constitucional no puede asociarse a misma que tiene bajo una concepción kelseniana, es decir, inmediatamente después de la Constitución y jerárquicamente superior al resto de normas tradicionalmente ordenadas de modo escalonado y descrita en forma de una Pirámide Isósceles.

La Constitución prima en las fuentes del derecho porque es suprema al poder, es decir, es jerárquicamente superior a cualquier manifestación del poder y, precisamente, la producción del Derecho es uno de sus formas de manifestación. En ese sentido, la jerarquía normativa que posee la ley, cuya forma de producción está regulada por la Carta Magna, no debe desviarnos de la idea que ésta nació para ser suprema al ejercicio del poder político (teorema), no solamente para tener la más alta posición dentro de un ordenamiento jurídico (corolario), una concepción positivista del derecho constitucional que no es inclusiva de la jurisprudencia como productora del derecho y del valor que ocupa al momento de reconocer los derechos y libertades de la persona.

Si el ideal de la legislación debería concebirse como la ordenación de la razón, dada para el bien común y promulgada por una autoridad competente; en la práctica, sabemos que existen leyes que son declaradas inconstitucionales, precisamente por carecer de razonabilidad, pueden estar muy lejos del bien común si se inspiraron para atender intereses particulares, y si en la actualidad reconocemos que más legisla el ejecutivo que el parlamento, es decir, concluimos que la excepción se convirtió en regla, pues la titularidad para su producción también empezaría a cuestionarse. En ese sentido, en el marco de las fuentes en un Estado Constitucional de Derecho, la producción legislativa debería circunscribirse a las siguientes motivaciones:

1) Para regular nuevas circunstancias que todavía no hayan sido conocidas por los jueces, o que siendo resueltas son de una necesaria legislación por exhortación de la judicatura.

2) Para modificarlas cuando con el paso del tiempo hayan cambiado las circunstancias que dieron su origen y necesidad.

3) Para derogar aquellas normas cuando las circunstancias jurídicas, políticas, sociales o culturales hayan cambiado.

Por todo lo anterior, la Constitución naturalmente influye decididamente en la producción normativa, pero antes en la jurisprudencia que también debe dictarse conforme con sus disposiciones.

***

Luego de señalar los motivos que deben impulsar la legislación, es oportuno citar a Zagrebelsky para recordar su diferenciación entre Constitución y Ley, la primera definida como "forma de convivencia" y la segunda como "forma de fuerza"[22]; por eso es necesario que durante la producción del derecho positivo deba observarse no sólo la Constitución sino además al conjunto de fuentes constitucionales que se derivan a partir de su contenido y mediato desarrollo jurisprudencial, de principios, convencional y la doctrina de la autoridad. La elaboración de las normas positivas deben tenerlo presente so pena de ser declaradas inconstitucionales. Sobre la revisión judicial a la constitucionalidad de las leyes, John Marshall dijo ante un grupo de universitarios que "(...) si no nos gusta una ley del Congreso, no tendremos demasiados problemas para encontrar motivos y declararla inconstitucional"[23]; precisamente, los argumentos que tendrán a mano serán los que se desprendan de la falta de coherencia de la norma con el conjunto de fuentes constitucionales.

La posición de los tratados también responde al mismo ejercicio, pues si bien tiene la misma jerarquía que la ley, los que versan sobre derechos humanos se identifican y son parte de la Constitución. Los tratados son definidos como expresiones de voluntad que adopta el Estado con la comunidad internacional, o con organismos extra nacionales, que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional público; los tratados expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre estados, organizaciones, o entre estos y aquéllos. Si bien los tratados se encuentran formalmente fuera de un texto constitucional,

22 ZAGREBELSKY, Gustavo: *La Ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional,* Editorial Trotta, Madrid, 2008, pág. 112.

23 *"I want to say to you young gentlemen that if we don´t like an act of Congress, we don´t have too much trouble to find grounds for declaring it unconstitutional"*; cfr. BURNS, James; PETALSON, J.W; CRONIN, Thomas; MAGLEBY, David: *Government by the people,* decimoséptima edición, Prentice-Hall, Estados Unidos, pág. 421

la Constitución y los tratados sobre derechos humanos conforman una unidad desde un punto de vista material.

Toda violación a los acuerdos internacionales, o la renuncia a las instancias supranacionales para la protección de los derechos humanos, son un atentado directo a la Carta Magna. Desde la perspectiva internacional, los tratados sobre derechos humanos son normas de *ius cogens;* decir, los preceptos de obligatoria observancia por los estados, al igual que la Constitución[24]. Y desde el punto de vista constitucional, la protección de los derechos humanos implica a los estados, principalmente, un "no hacer", "no intervenir", para asegurar los derechos liberales (como la dignidad, la igualdad y la libertad), y, a su vez, "un hacer" para la protección de los derechos sociales (como la salud, la educación y el trabajo).

III. El efecto ondulatorio de las fuentes constitucionales.

Al llegar a este punto, una visión judicialista de las fuentes jurídicas en el Estado Constitucional de Derecho debe dejar de concebirlas como si se tratara compartimentos estancos. Todo lo contrario. Se encuentran en movimiento gracias al progresivo desarrollo jurisprudencial. Es evidente que los primeros años de una joven Constitución no se pueda constatar su lógica evolución y desarrollo jurisprudencial, el paso del tiempo es aliado del movimiento constitucionalista producido a partir de su interpretación judicial, cubriendo vacíos, actualizando y complementando el contenido del texto aprobado por consulta popular.

De lo que se trata es comprender que la progresiva aproximación al judicialismo, surgido a partir de la labor del Tribunal Constitucional peruano, nos debe hacer reconsiderar el modo que hasta hace poco hemos empleado para entender la posición que tiene una Constitución en el ordenamiento jurídico; en otras palabras, pasar de considerar a la Constitución sólo como una norma fundamental que preside y es la fuente de validez del ordenamiento jurídico, hacia un Estado Constitucional de Derecho que debe concebir a la Carta Magna como el núcleo

24 Véase el artículo 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo Nro. 029-2000-RE del 21 de septiembre del 2000.

de producción de las fuentes constitucionales que los poderes legislativo y ejecutivo deben tener presente en su producción normativa y los jueces deben observar para saber dimensionar la constitucionalidad a través de sus fuentes. Una concepción que nos permite asimilar la idea de Constitución como un cuerpo vivo que irradia el contenido y naturaleza de sus disposiciones en las fuentes del derecho y siempre producto de una correcta interpretación judicial.

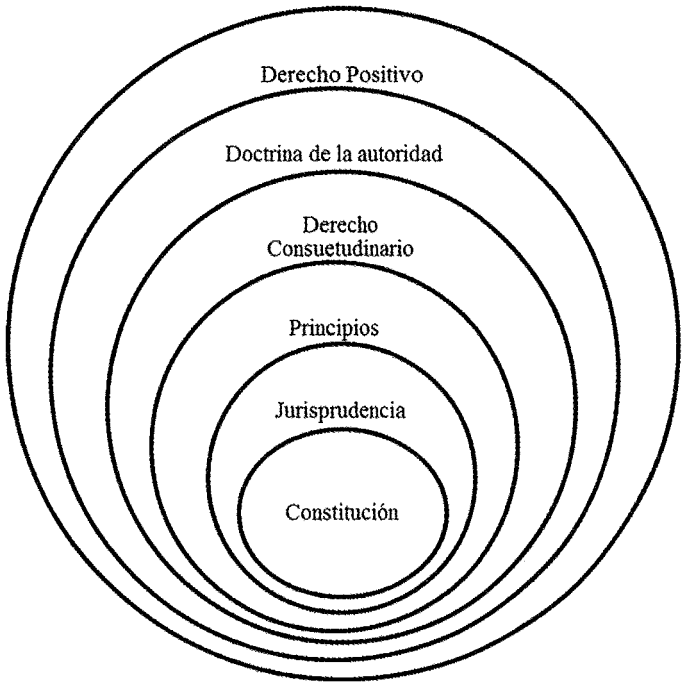
Una Constitución puede comprenderse mejor dentro de un sistema de fuentes, pero siempre bajo una concepción judicialista; se trata de un planteamiento que incluso podría armonizarse con los argumentos más positivistas sobre esta materia, es decir, cuando se argumenta que al establecer en un ordenamiento "una norma suprema, una Constitución, significa que esa creación normativa o legislación en el sentido amplio del término queda a su vez sujeta a normas que son el fundamento y límite de su validez. Por decirlo así, el plano de las normas, previamente diferenciado del de la aplicación y concentración en órganos específicamente normadores, se escinde en dos, el de las normas que esos órganos crean (legislación) y el de las normas superiores a que han de sujetarse (Constitución)"[25]. En ese sentido, la tradicional gráfica de la pirámide normativa bajo una concepción kelseniana puede seguir siendo de utilidad para comprender la ubicación del derecho positivo en las fuentes constitucionales.

En el siguiente cuadro se puede apreciar la evolución o, llamémosle así, efecto ondulatorio de las fuentes constitucionales, que nos lleva a comprender que la fuerza y asentamiento de un texto constitucional en la sociedad puede con el tiempo dar lugar a la producción de fuentes jurídicas que se inspiran y relacionan con sus disposiciones, realizando y facilitando la comprensión y mejor utilidad de los principios de unidad, supremacía, corrección funcional, aplicabilidad directa y *favor libertatis*.

25 Cfr. OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes...*, pág.14.

Gráfico

El efecto ondulatorio de las fuentes constitucionales del Derecho



Como se puede apreciar, la Constitución se ubica en el núcleo y expresión de la decisión fundamental, es decir, del pacto de límites al ejercicio del poder para garantizar toda una esfera de derechos y libertades a los ciudadanos. Con el paso del tiempo, los jueces ordinarios y, especialmente, el órgano comisionado por el constituyente para controlar la constitucionalidad debe inspirarse en los principios del constitucionalismo para comprender sus fines y metas por alcanzar. En resumen, el contenido del pacto, las principales ideas que tuvo presente el constituyente histórico y los pilares de los poderes constituidos se convierten en el núcleo de toda Constitución, a partir de ella los jueces producen las soluciones a casos concretos que nos permiten conocer lo que la Constitución es en cada momento; y a lo largo del tiempo, en esa tarea, los principios y criterios de interpretación no tardarán en aparecer colaborando en establecer los límites al ejercicio de la legislación y de los actos arbitrarios.

La aparición de derecho consuetudinario posee unos requisitos que escapan a la finalidad de este ensayo pero la legitimidad de ejercicio de un texto constitucional en el tiempo, gracias a las sucesiones democráticas, la institucionalidad del Estado Constitucional de Derecho y el valor de su jurisprudencia se convierten en factores indispensables para una producción ordenada por los fines que inspiran el constitucionalismo.

La doctrina de la autoridad colaborará en comprender, piso a piso, el edificio constitucional que se viene edificando y la producción normativa, con toda la normatividad jerárquicamente inferior a la Constitución y la ley, tomará una posición en mejor perspectiva para evitar su errónea producción. De este modo, las leyes, las normas del mismo rango y de inferior jerarquía del derecho positivo deben tener presente las fuentes jurídicas más cercanas a la constitucionalidad; pues no puede concebirse una ley contraria a la doctrina, la costumbre, los principios, la jurisprudencia y menos a la propia Constitución.

Finalmente, las fuentes constitucionales se circunscriben de acuerdo con el modo de su producción jurídica y se desarrollan alrededor de la Constitución. En efecto, el orden se sucesión descrito se puede asociar al de un conjunto de círculos concéntricos que parten de la Constitución, como si se tratara de un efecto ondulatorio, produce paciente y progresivamente el resto de fuentes mediante una interpretación judicial siempre ordenada alrededor del pacto fundamental de límites al ejercicio del poder.

*****

PROPUESTAS PARA UN RAZONAMIENTO JURÍDICO RACIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Roger Rodríguez Santander[1]

Algunos defensores del entendimiento del sistema jurídico como un modelo de reglas alegan la supuesta imposibilidad de que la articulación de estas con los principios resulte compatible con la racionalidad. Sostienen, además, que en la ponderación todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos, o que indefectiblemente se efectúa de forma arbitraria. ¿Es ello necesariamente cierto?

En este trabajo se defenderá la idea de que si bien no corresponde confundir el razonamiento jurídico práctico con el razonamiento moral no institucionalizado, ello no significa que los principios formales del Derecho sometan necesariamente a sus principios materiales. En concreto, se brindarán argumentos para considerar que la incorporación de una moral sustantiva en el Derecho, obliga a situar a las razones que de ella derivan en permanente articulación con las razones derivadas de los rasgos formales del Derecho, de modo tal que, presentado un conflicto normativo, todas las razones relevantes, formales o sustantivas, ingresen en un juicio valorativo que establezca su jerarquía para el caso concreto.

Así, corresponde plantear las razones por las que se considera que es posible que en el marco de los Estados Constitucionales se argumente racionalmente la solución definitiva de casos sobre la base de la articu-

---

1 Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Pacífico.

lación de reglas y principios, incluso en los supuestos en los que resulte necesaria la ponderación, cuyo resultado generará la derrotabilidad de una norma jurídica.

Para tales efectos, en primer término, se analizarán los casos de antinomias abstractas entre disposiciones constitucionales total-parcial, parcial-parcial y total-total. Se apreciará en este escenario que las antinomias total-parcial, son resueltas a través del criterio de especialidad; que las antinomias parcial-parcial llevan consigo la propiedad inherente de la derrotabilidad jurídica; y que los hipotéticos y extraordinarios casos de antinomias total-total darán lugar a la invalidez de alguna de las disposiciones enfrentadas (apartado 1).

En segundo lugar, se analizarán las condiciones que las disposiciones infraconstitucionales (por antonomasia, las de rango legal) deben cumplir para que resulten válidas. Aquí cobrará especial interés la estructura del denominado principio o *test* de proporcionalidad y, en particular, la estructura del último de los pasos de dicho *test*, a saber, la ponderación (apartado 2).

En tercer lugar, resultará medular ingresar en los criterios que deben ser tomados en consideración para determinar la importancia o el peso de las razones que puedan derivar de las normas cuando ellas se enfrentan. De la mano de herramientas conceptuales tanto de R. Alexy como de S. Hurley (apreciadas en clave complementaria y no excluyente) se buscará justificar que existe posibilidad racional de asignar tales niveles de importancia. En ese esquema, serán de gran utilidad tres niveles de convenciones jurídicas -superficiales, interpretativas y profundas- en la medida en que su contenido resulte, en última y definitiva instancia, compatible con el valor de la dignidad humana (apartado 3).

Finalmente, teniendo en cuenta la interacción entre los rasgos inherentes del Derecho y la moral fundamental sustantiva legalizada que se produce en la sistemática entre reglas y principios, se establecerán una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para la articulación racional de estas dos clases de normas (apartado 4).

Se observará que, progresivamente, el análisis desemboca en 17 meta-reglas, es decir, 17 reglas para la articulación racional de reglas entre sí, o de reglas con principios, a través del razonamiento jurídico.

1. Antinomias constitucionales y derrotabilidad jurídica.

Una norma inválida es aquella que resulta formal y/o materialmente incompatible con una norma supraordenada. Una norma derrotable es una norma que en razón de la fuerza axiológica de determinados principios jurídicos -por antonomasia, los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana- se inaplica a un caso concreto subsumible en ella, a pesar de ser válida.

Uno de los criterios que cumple un rol fundamental en la teoría de la derrotabilidad jurídica, es el principio institucional de jerarquía normativa, y, en particular, el principio de supremacía normativa de la Constitución como norma positiva[2]. En razón del respeto que el razonamiento jurídico debe mantener frente a este principio, no es posible sostener que una norma constitucional resulte inválida. No es posible, por tanto, que un juez declare la invalidez y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico con efecto *erga omnes* de una disposición constitucional (un texto jurídico de la propia Constitución).

Un razonamiento en ese sentido vaciaría la institucionalidad del Derecho; haría de un órgano constituido, un órgano constituyente[3], y la Constitución, a pesar de su rango formal, dejaría de ser el parámetro de validez de las normas, para pasar a ser objeto de ese control. No se comparte, en consecuencia, por ejemplo, la tesis de O. Bachoff, según la cual, en razón

2 Por supuesto que con esa afirmación no se pasa por alto que «los criterios últimos de la jerarquía normativa -al igual que los relativos a la pertenencia de las normas al sistema- son, en último término, consuetudinarios. El hecho de que una Constitución diga que ella misma es la norma suprema no puede ser la razón de tal rango jerárquico, a no ser que se asuma la validez y la superioridad de la propia Constitución; pero tal asunción sólo puede consistir en que la Constitución y el sistema que ella fundamenta es regularmente eficaz en conjunto. De manera que, a fin de cuentas, la razón por la que la Constitución resulta válida y superior es la existencia de una práctica normativa de carácter consuetudinario» (cfr. Ruíz Miguel, A., «El principio de jerarquía normativa», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N.º 24, Septiembre - Diciembre, 1988, pp. 150 - 151).

3 Garzón Valdés destacaría aquí la importancia de separar conceptualmente la idea de «soberano 0» y «soberano 1», es decir, separar a la autoridad suprema que crea un orden jurídico y a la autoridad suprema dentro de un orden jurídico (cfr. Garzón, E., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 181 - 182).

de normas «metapositivas» es posible derivar la inconstitucionalidad de una cláusula constitucional[4].

Ello no significa, sin embargo, que una regla constitucional no pueda resultar casuísticamente derrotada en razón de algún principio consagrado en la propia Constitución. Esa posibilidad existe porque ello no significa que la disposición constitucional resulte inválida, sino simplemente que algunos de sus sentidos interpretativos pueden resultar inaplicados en un caso por generar consecuencias incompatibles con la propia Constitución analizada sistemáticamente o, si se quiere, como unidad[5]. Tal como se sustentará a continuación, utilizando la clásica clasificación de antinomias propuesta A. Ross[6], en el campo de las antinomias semánticas entre disposiciones constitucionales, la derrotabilidad jurídica es un fenómeno que tiene lugar cuando de antinomias parcial-parcial se trata. El caso de las antinomias total-parcial, se regiría por el criterio de especialidad. Y el caso de las antinomias total-total generarían un fenómeno de invalidez y no de derrotabilidad.

Para analizar el caso de una antinomia total-parcial entre disposiciones constitucionales (o, si se quiere, entre sus normas directamente estatuidas) puede hacerse mención a lo que sucede con el derecho a la vida y la pena de muerte en la Constitución peruana. El artículo 2° 1 de la Constitución peruana establece que «toda persona tiene derecho a la vida», mientras que el artículo 140° dispone que «la pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo».

Quizá un razonamiento aferrado al imperio absoluto de los principios sustantivos del Derecho consideraría declarar inválido el artículo 140° de la Constitución por oponerse al derecho fundamental a la vida. Podría sostener incluso que si bien la pena de muerte, así regulada, pretende

4 Cfr. Bachof, O., *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, traducción de L. Álvarez, Palestra, Lima, 2010, pp. 88 - 89.

5 El Tribunal Constitucional, siguiendo a Hesse (cfr. Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 45 y ss.), ha señalado que en virtud del principio de interpretación de unidad de la Constitución, ella «debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto» (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12 a.).

6 Cfr. Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, traducción de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 164 y ss.

preservar tanto el derecho a la seguridad personal como el principio democrático y el principio de seguridad de la nación que también se encuentran constitucionalmente consagrados (artículos 2° 24, 43° y 163°, respectivamente), está empíricamente acreditado que la pena de muerte no disuade de la comisión de delitos, motivo por el cual el medio utilizado no es idóneo para la consecución de los fines buscados, afectándose la vida irrazonablemente.

Este es un ejemplo de cómo los principios institucionales del Derecho pueden en determinados casos imponerse a las razones derivadas de sus principios materiales. En efecto, ninguna de las razones esbozadas en el párrafo anterior parece lo suficientemente poderosa frente al argumento de que la pena de muerte, así regulada (con esa claridad semántica), está instituida en la propia Constitución, la norma de máxima jerarquía. Asumir en este caso que en abstracto el derecho a la vida se impone a la pena de muerte, no genera la eventual inaplicación del artículo 140° a un caso individual, sino que genera su invalidez jurídica. Si se quiere respetar el principio formal de supremacía normativa de la Constitución, la eliminación de lo prescrito por el artículo 140°, solo podría lograrse por la vía constitucionalmente prevista, es decir, a través del procedimiento de reforma constitucional establecido en la propia Constitución (artículo 206°).

En este caso tenemos una antinomia constitucional abstracta total-parcial entre el artículo 2° 1 y el artículo 140° de la Constitución (no siempre lo prescrito por el artículo 2° 1 de la Constitución compromete lo prescrito por el artículo 140°, pero siempre lo prescrito por el artículo 140° compromete lo prescrito por el artículo 2° 1). Por consiguiente, razonar que el artículo 2° 1 exceptúa al artículo 140°, genera la invalidez abstracta de este precepto, pues se queda sin supuesto alguno de aplicación, violándose el principio de supremacía normativa de la Constitución al generar la invalidez de una de sus disposiciones. Mientras que razonar en el sentido de que el artículo 140° exceptúa al artículo 2° 1 no genera la invalidez de este, pues mantiene aplicabilidad en muchos otros supuestos, manteniéndose en este caso el principio de supremacía normativa de la Constitución incólume.

En definitiva, puede concluirse la siguiente meta-regla: *Tratándose de antinomias abstractas total-parcial entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico o cronológico de resolución de antinomias, y ante el deber de resguardar el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, cuando coincidan sus ámbitos prescriptivos, habrá*

que apelar al criterio de especialidad, y, en consecuencia, interpretar que aquella que tenga un ámbito prescriptivo más específico, prima sobre aquella que tiene un ámbito prescriptivo más general (**Meta-regla N.° 1**).

Bajo este esquema, el referido caso se resuelve así: «Toda persona tiene derecho a la vida, a menos que sea válidamente condenada a pena de muerte en los casos de terrorismo y de traición a la patria que la ley determine». Como la antinomia puede ser resuelta de manera definitiva en abstracto a través del criterio de especialidad, la derrotabilidad jurídica no tiene lugar.

Puede darse el caso, sin embargo, de que la antinomia abstracta entre disposiciones constitucionales sea parcial-parcial, y, en consecuencia, no pueda definirse con claridad cual tenga un ámbito prescriptivo más específico, por lo que el criterio de especialidad sea de imposible aplicación. El siguiente ejemplo puede servir para apreciar mejor esta posibilidad.

El artículo 56° 1 de la Constitución peruana establece que los tratados que versen sobre derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, aprobación que, desde luego, puede darse a través de los procedimientos ordinarios regulados en el Reglamento del Congreso. Sin embargo, el artículo 57° de la misma Norma Fundamental, establece lo siguiente: «Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República», es decir, en tales casos, el tratado debe ser aprobado a través del procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 206°.

Nótese que el artículo 56° 1 tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el ámbito prescriptivo del artículo 57°. Se trata de los casos en los que deba aprobarse un tratado de derechos humanos que no afecte disposiciones constitucionales. A su vez, el artículo 57° tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el ámbito prescriptivo del artículo 56° 1. Se trata de los casos en los que deba aprobarse un tratado que afecte disposiciones constitucionales que no verse sobre derechos humanos. Finalmente, apréciese que las disposiciones tienen un ámbito prescriptivo compartido. Se trata de los casos en los que deba aprobarse un tratado de derechos humanos que afecte disposiciones constitucionales.

Un ejemplo similar sería este. El artículo 181° de la Constitución peruana establece que «Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno». Por su parte, el artículo 200° 2 dispone que el proceso de amparo procede «contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza» los derechos fundamentales.

El artículo 181° tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el artículo 200° 2. Se trata de los casos en los que el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) emite una resolución que no vulnera o amenaza los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 200° 2 tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el artículo 181°. Se trata de los casos en los que un hecho que no tiene origen en una resolución del JNE vulnera o amenaza los derechos fundamentales. Y, finalmente, hay una situación en las que sus ámbitos prescriptivos se superponen. Se trata de los casos en los que el JNE emite una resolución que vulnera o amenaza los derechos fundamentales.

En los dos ejemplos, ninguna de las disposiciones constitucionales tiene un ámbito prescriptivo más específico. De ello derivan, cuando menos, dos consecuencias. La primera, bastante evidente, es que no es posible aplicar el criterio de especialidad para resolver esta antinomia. La segunda es que en el supuesto en que se dé la superposición normativa, sea que el intérprete se decante por la aplicación de una disposición o la de otra, el principio formal de supremacía constitucional no resultará comprometido, pues ambas mantendrán su validez al ser aplicables en determinados supuestos. Por tanto, en situaciones así, el caso debe resolverse apelando a los principios sustantivos de la Constitución, teniendo como parámetro jurídico último la defensa del principio de dignidad humana. Siendo ello así, en supuestos como el descrito la derrotabilidad jurídica tendrá lugar, pues, dependiendo del caso específico, a veces se impondrá una disposición constitucional y a veces la otra.

Así, la meta-regla sería la siguiente: *Tratándose de antinomias abstractas parcial-parcial entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico, cronológico o de especialidad de resolución de antinomias, y dado que ninguna de las soluciones compromete el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, cuando coincidan sus ámbitos prescriptivos, el caso deberá resolverse a través de la aplicación de principios jurídicos*

sustantivos que tengan como parámetro último la defensa de la dignidad de la persona humana, determinándose cuál derrota a la otra (**Meta-regla N.° 2**).

Tomando en cuenta el primer ejemplo, imagínese que el Congreso aprueba el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2 PF-PIDCP) -cuya única disposición sustantiva contenida en su artículo 1° consiste en declarar abolida la pena de muerte- a través del procedimiento ordinario, por considerar, simplemente, que se trata de un tratado que versa sobre derechos humanos. Se trata de una disposición que se opone a lo previsto en el artículo 140° de la Constitución antes visto. La Resolución Legislativa que aprueba dicho tratado ¿es inválida o no?

Como se ha dicho, aquí ninguno de los razonamientos comprometería la supremacía normativa de la Constitución como principio formal. Por ende, resulta necesario acudir a principios constitucionales sustantivos para el razonamiento. Dicho razonamiento, expuesto brevemente, podría ser el siguiente:

> Dado que el artículo 1° de la Constitución establece que el respeto por la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que de conformidad con el artículo 32° está prohibida la supresión o disminución de los derechos fundamentales, en ningún caso es posible aprobar tratados que afecten derechos fundamentales, sino solo tratados que los optimicen. No es razonable asumir que el Constituyente ha deseado dificultar la aprobación de tratados que optimizan los derechos humanos. El 2 PF-PIDCP optimiza los derechos humanos[7]. Interpretar que la aprobación del 2 PF-PIDCP se encuentra regulada por el artículo 56° 1 la facilita; interpretar que se encuentra regulada por el artículo 57° la dificulta. Por tanto, la aprobación de la Resolución Legislativa es válida.

Nótese que el artículo 57° de la Constitución no sería invalidado bajo este planteamiento, pues sería claramente aplicable a los casos de tratados que afecten disposiciones constitucionales, pero en aspectos que no signifiquen la afectación de derechos fundamentales. Cuando esto último se

7 El preámbulo del 2 PF-PIDCP indica que «la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos».

presente se generará la derrotabilidad del artículo 57° de la Constitución (o, si se quiere, de la norma directamente estatuida derivada de este precepto).

Tomando en cuenta el segundo ejemplo, dado que la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona son el *prius* sustantivo del Estado Constitucional, resulta razonable que en casos de superposición los jueces, en la mayaría de casos, se decanten por la revisabilidad de las resoluciones del JNE[8], generándose la derrotabilidad del artículo 181° de la Constitución (o, si se quiere, de la norma directamente estatuida derivada de este precepto).

Y aunque pareciera poco probable que tenga lugar en la práctica, no es imposible descartar los supuestos de antinomias total-total entre disposiciones constitucionales, es decir, casos en los que decantarse por una implica la absoluta ineficacia de la otra. Como es sencillo de entender, en tales casos, con prescindencia de cuál sea la decisión la supremacía normativa de la Constitución resultará afectada, pues solo una puede ser válida. Dicha validez tendría que ser resuelta aplicando principios sustantivos; en el caso de los Estados Constitucionales, apelando a la dignidad humana como última *ratio*. Nótese que no se tratará, sin embargo, de un supuesto de derrotabilidad, sino de invalidez jurídica.

De esta manera, en este caso, la meta-regla rezaría así: *Tratándose de antinomias abstractas total-total entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico, cronológico o de especialidad de resolución de antinomias, y dado que cualquier solución compromete el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, el caso deberá resolverse a través de la aplicación de principios jurídicos sustantivos que tengan como parámetro último la defensa de la dignidad de la persona humana, generándose la invalidez jurídica de una de las disposiciones* (**Meta-regla N.° 3**).

Imagínese que una disposición constitucional permite la pena de muerte para caso de terrorismo y otra la prohíbe. No quedará más remedio que determinar la validez de alguna apelando, en última instancia, a cuál resulta más acorde con el valor de la dignidad humana[9].

8 Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en las SSTC 5854-2005-PA y 2730-2006-PA.

9 El caso peruano no está muy lejos de una circunstancia así. El artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe extender la aplicación de la pena de muerte «a delitos a los cuales no se la aplique actualmente». La Corte

2. La estructura del principio de proporcionalidad y la validez de normas infraconstitucionales.

A diferencia de lo que sucede con las normas constitucionales que solo aceptan una declaratoria de invalidez ante una hipotética y muy improbable antinomia total-total, predicar la invalidez de una disposición infraconstitucional, dado el principio de jerarquía normativa, es algo bastante más común. R. Alexy, sin ser el único ni el primero que se ha ocupado del principio de proporcionalidad[10], ha sido quien mejor la ha adaptado a una estructura de razonamiento para determinar cuándo una norma con

Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que ello significa que cada paso normativo que los Estados parte dan camino hacia la abolición de la pena de muerte constituye un punto de no retorno (cfr. Opinión Consultiva N° OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, párrafos 56 y 57). Pues bien, el artículo 140° de la Constitución al disponer la posibilidad de que la pena de muerte se aplique a los casos de terrorismo, amplió los supuestos de pena de muerte en relación con los que estaban previstos en la anterior Constitución de 1979, pues esta solo aceptaba la pena de muerte para los supuestos de traición a la patria en caso de guerra exterior. Dado que por interpretación del Tribunal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional (cfr. SSTC 0025-2005-PI -acumulados-, F. J. 26; 0005-2007-PI, F. J. 11; 0032-2010-PI, F. J. 76; entre otras), podría decirse que en este momento en el Perú existen dos disposiciones de rango constitucional absolutamente antinómicas: una que permite la pena de muerte en casos de terrorismo y otra que la prohíbe. Ahora bien, no obstante ello, el texto completo del artículo 140° constitucional es el siguiente: «La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, *conforme* a las leyes y *a los tratados de los que el Perú es parte obligada*» (cursiva agregada). Dado que el precepto somete su aplicación a su conformidad con los tratados de los que el Perú es parte, puede sostenerse que el mismo artículo resuelve la antinomia al ser -en lo que atañe al terrorismo- por así decirlo, un artículo que se *autoinaplica*. Y se dice que se *autoinaplica* y no se *autoinvalida*, puesto que dado que la antinomia es con una fuente de otro sistema jurídico, recuperaría aplicabilidad si el Perú denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cosa absolutamente inconveniente, pero jurídicamente posible.

10 La bibliografía referida al principio de proporcionalidad y sus respectivos sub-principios (de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto) se ha convertido sencillamente en inabarcable. No obstante, es probable que el estudio más profundo sobre este tópico (cuando menos entre los existentes en lengua castellana) sea el realizado por C. Bernal en su libro *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, el cual se basa en el enfoque alexyano sobre la materia.

rango de ley es o no inválida. Siguiendo lo expuesto por Alexy[11], puede decirse que para que una norma con rango de ley limitativa o restrictiva de un principio supere el *test* de proporcionalidad:

a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida (que, desde luego, puede ser, y, de hecho, muchas veces es, la protección u optimización de otro principio);

b) debe ser idónea para alcanzarla (sub-principio de idoneidad);

c) debe ser necesaria, es decir, no debe ser evidente la hipótesis de una medida alternativa que limitando en menor medida (o llanamente sin limitar) el principio concernido, hubiese permitido alcanzar con igual o mayor idoneidad la finalidad perseguida (sub-principio de necesidad); y

d) debe ser estrictamente proporcional o ponderada, es decir, el grado de incidencia sobre el principio limitado debe ser menor que el grado de satisfacción o importancia de la finalidad constitucional perseguida (sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)[12].

Es del caso precisar que en lo que se sigue no se pretenderá realizar un análisis profundo de este principio o *test* -aspiración que escaparía a los objetivos de este estudio-. El objetivo, simplemente, es rescatar el sentido más o menos pacífico que existe con relación a cada uno de sus pasos para apreciar la medida en que contribuyen a determinar la validez o invalidez de una ley.

11 Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 511 y ss. Una visión clara y resumida de la propuesta de Alexy puede verse en Bernal, C. «La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales», en: E. Cáceres (*et al.*, coordinadores), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 17 - 35.

12 Cfr. El Tribunal Constitucional, así como otros tribunales en el mundo, se ha valido del *test* de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad de una norma con rango de ley en una multiplicidad de ocasiones (cfr. SSTC 0034-2004-PI, F. J. 63; 4119-2005-PA, F. J. 70; 1209-2006-PA, F. J. 56; 1576-2007-PA, F. J. 9; 0001-2008-PI, FF. JJ. 18 - 19; 3610-2008-PA, F. J. 39; 0032-2010-PI, F. J. 30; entre otras). El *test* también ha sido utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas sentencias (cfr. Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 164; Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 56; Caso Castañeda Gutman *vs.* México. Excepciones Preli-

Se trata de pasos preclusivos de modo tal que si no se supera uno, no es ya necesario continuar con el siguiente. Se aprecia que dado que solo el paso d) exige ponderar, no es correcto asociar siempre la determinación de si ha sido violado o no un principio constitucional con el uso de la ponderación entre principios.

2.1 Finalidad válida.

Una de las primeras cuestiones que derivan del principio de proporcionalidad es que ninguna ley puede perseguir una finalidad que se encuentre constitucionalmente prohibida. Si bien el fin último del Estado Constitucional es la defensa de la dignidad humana, está claro que no toda medida adoptada por el legislador debe tener como objetivo directo optimizarla. La Constitución no es una norma con vocación de regulación exhaustiva. Tal concepción de Constitución «asfixiaría» las competencias de los poderes públicos, asumiendo que no tienen ningún margen de apreciación al ejercerlas. Como irónicamente sostuvo en su momento E. Forsthoff para oponerse a una concepción reglamentista de Constitución, ella no es «un huevo jurídico originario» del que todo surge, «desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros»[13].

La Constitución del Estado Constitucional tiene un marco de valores exigente, pero lo suficientemente abierto para dejar un margen muy significativo de apreciación política al legislador para determinar los medios que permitan optimizarlos e incluso para definir fines alternativos siempre que no afecten los principios constitucionales. Como bien refiere Alexy, «[l]o que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible»[14]. Es decir, es tan importante tener en cuenta que hay un espectro ordenado y prohibido por la Constitución, como recordar

minares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 174; Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 216 y ss.).

13 Cfr. Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1975, p. 242.

14 Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 519.

que hay otro ámbito, muy amplio por cierto, en el que el curso de acción es determinado por el margen de acción epistémico de los poderes públicos.

De esta manera, las reglas infraconstitucionales pueden tener muchas finalidades constitucionalmente posibles (además de algunas que son constitucionalmente obligatorias), pero hay otras que se encuentran prohibidas por suponer la violación de principios constitucionales[15].

Así, es posible plantear la siguiente meta-regla: *Si una regla infraconstitucional tiene una finalidad prohibida por un principio, entonces, es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto* (**Meta-regla N.° 4**).

Es decir, no se trata de una regla a la que es difícil encontrar teleológicamente un principio subyacente, sino de una regla cuyo principio subyacente se encuentra constitucionalmente prohibido. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano tuvo que ocuparse del análisis de constitucionalidad de la regla que establecía que aquel que tuviere relaciones sexuales con un menor de edad entre 14 y 17 años, sería sancionado a pena privativa de libertad de 25 años. La finalidad de la norma, según lo había reconocido el propio legislador y tal como fue advertido por el Tribunal Constitucional, era proteger la *indemnidad sexual* del menor de edad entre 14 y 17 años, es decir, la imposibilidad absoluta de que un menor de edad entre 14 y 17 años tenga relaciones sexuales, con prescindencia de si lo hacía voluntariamente o no. Aunque el Tribunal Constitucional avanzó en los pasos del *test* de proporcionalidad para concluir la inconstitucionalidad de la norma[16], lo cierto es que, tal como lo dejó establecido el propio

15 U. Indacochea prefiere referirse a esto como principio de razonabilidad. A su juicio «la razonabilidad implica evaluar una determinada medida desde el punto de vista de su *justificación racional*, consideramos que debe ser entendida como un paso previo al análisis de proporcionalidad, que consista en verificar que toda medida que limite o restrinja la libertad o los derechos fundamentales, se encuentre justificada en la consecución de un fin legítimo. En tal sentido, la razonabilidad permitiría rechazar todas aquellas medidas que carezcan totalmente de explicación, que sean manifiestamente absurdas o que se justifiquen en la búsqueda de objetivos proscritos por nuestro texto constitucional, de manera explícita o implícita» (cfr. Indacochea, U., «¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación», en: *Temis*, N.° 55, 2008, p. 107. La cursiva es del original).

16 Cfr. STC 0008-2012-PI, F. J. 15 y ss.

Tribunal, el fin perseguido es inconstitucional por implicar que el menor de edad entre 14 y 18 años carece de cualquier nivel de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de su sexualidad. En consecuencia, la regla es inválida.

2.2 Idoneidad.

Siguiendo los criterios del principio de proporcionalidad, también es posible concluir lo siguiente: *Si una regla infraconstitucional limitativa de un principio tiene una finalidad no prohibida por otro principio, pero no es idónea para alcanzarla, entonces, es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto* (**Meta-regla N.° 5**).

Por ejemplo, la penalización de la interrupción del embarazo cuando este es consecuencia de una violación sexual, tiene, en el caso peruano, un fin constitucionalmente protegido como es la protección de la vida del concebido (artículo 2° 1 de la Constitución). Sin embargo, los estudios demuestran que en tales casos el nivel de vejación que supuso el acto que dio origen al embarazo y el nivel de instrumentalización que conlleva la obligación de continuarlo, generan tal incidencia en la integridad personal y en la dignidad de la mujer, que la penalización no disuade de la realización del aborto si finalmente se decide llevarlo a cabo. Son otras razones, de carácter ideológico, las que muchas veces generan dudas acerca de si debe ser realizado[17].

2.3 Necesidad.

Puede, asimismo, señalarse lo siguiente: *Si una regla infraconstitucional limitativa de un principio tiene una finalidad no prohibida por otro principio, y es idónea para alcanzarla, pero otra hipotética regla hubiera alcanzado dicha finalidad con igual o mayor eficacia, y limitando menos o no limitando el principio, entonces, la regla es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto* (**Meta-regla N.° 6**).

Alexy ha ejemplificado esta situación con la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán que debió analizar la constitucionalidad que

17 Cfr. Holmes, M. M. (*et. al.*) «Rape-related pregnancy: estimates and descriptive characteristics from a national sample of women», en: *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 1996, N.° 175, p. 320 y ss.

prohibía las golosinas hechas con arroz inflado con el objetivo de proteger al consumidor y que este no confunda estas golosinas con aquellas que están hechas de chocolate. El fin es válido y desde luego la prohibición evitará la confusión del consumir, pero claramente el mismo fin podía alcanzarse de modo igualmente efectivo, pero restringiendo menos la libertad de empresa, obligando a informar claramente cómo estaban hechas las golosinas[18].

Algo que el Tribunal Constitucional peruano ha destacado muchas veces y que es de recibo recordar es que

> «al momento de apreciar la existencia o no de medios alternativos a los adoptados por el legislador, que restrinjan menos los derechos fundamentales, pero cumpliendo con igual o mayor eficacia el fin buscado, el Tribunal Constitucional debe actuar bajo el principio de auto-restricción (*selfrestraint*), dado que el establecimiento de un umbral demasiado exigente al momento de valorar el cumplimiento del subprincipio de necesidad, puede culminar "asfixiando" las competencias del legislador en la elección de los medios más adecuados para la consecución de los fines constitucionalmente exigibles, generándose por esa vía una afectación del principio democrático representativo (artículo 93° de la Constitución) y una inobservancia del principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución y la leyes de conformidad con ésta»[19].

Este criterio del Tribunal Constitucional peruano, parece estar sustentado en lo que Alexy denomina «margen de acción epistémico» en los exámenes de idoneidad y de necesidad de una medida orientada a la consecución de fines constitucionalmente válido, que no es otra coas más que el margen de libre apreciación que tiene el legislador para elegir entre varias alternativas potencialmente adecuadas para perseguir el fin[20]. En otras palabras, si existen dudas razonables sobre si la regla es idónea o no

18 Cfr. Alexy, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», traducción de J. Portocarrero, revisada por C. Bernal, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.° 91, Enero- Abril, 2011, pp. 14 - 15.

19 Cfr. STC 0032-2010-PI, F. J. 119.

20 Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. edición, traducción de C. Bernal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 527.

para alcanzar el fin válido perseguido, o sobre si existía una regla hipotética alternativa que hubiera permitido alcanzar con igual eficacia el fin, pero restringiendo menos el principio sobre el que incidía la regla controlada, entonces, esta ha superado los primeros tres pasos del *test*. Es interesante observar que este margen de acción constituye un principio formal a favor de la democracia, que limita una visión excesivamente sustantivista de la Constitución por parte del juez[21].

2.4 Estructura de la ponderación.

Si una norma con rango de ley cumple con los tres primeros pasos del *test*, se hace necesario ponderar. Tal como refiere Alexy, «la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad»[22]. Y en ese sentido es preciso tener en cuenta que la ponderación puede dividirse en tres pasos: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro»[23].

Se trata pues de una comparación de los pesos axiológicos derivados de las razones que provienen de los principios enfrentados. Desde luego, como ya ha advertido Moreso la idea de «peso» en la ponderación es una alusión metafórica:

> «[l]a idea de que la aplicación de principios en conflicto se resuelve mediante la ponderación, esto es, la asignación de *pesos* distintos a los principios para averiguar cuál tiene más fuerza, es obviamente tan solo una metáfora. Mientras es una verdad empírica que para cual-

21 Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 547 y ss.

22 Cfr. Alexy, R., «La fórmula del peso», en: *Teoría de argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ra. edición ampliada, traducción de C. Bernal, Palestra, Lima, 2007, p. 457.

23 Cfr. Alexy, R., «La fórmula del peso», ob. cit., p. 460. Alexy entiende que la decisión deberá ser consecuencia de una razonada observancia de la que denomina *ley de la ponderación*, según la cual: «Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro» (cfr. *Idem*).

quiera dos objetos materiales, *a* y *b*, podemos establecer una relación de ordenación conexa y transitiva con el predicado *ser igual o más pesado que*, puesto que es verdad que o bien *a* es igual o más pesado que *b* o viceversa y también es verdad que si *a* es igual o más pesado que *b*, y *b* es igual o más pesado que *c*, entonces *a* es igual o más pesado que *c*; no es obvio que los mismo ocurra con los principios en conflicto. Algunas veces, por ejemplo, el principio que establece la libertad de información está en conflicto con el principio que protege el derecho al honor, pero no es evidente que podamos establecer una relación de ordenación entre estos principios de forma análoga a la relación de ordenación relativa al peso entre objetos materiales»[24].

De esta forma, esta alusión a los pesos axiológicos no es otra cosa más que un llamado a la argumentación para que en los casos en los que resulte necesaria la ponderación se busque justificar en base a convenciones jurídicas de la manera más pormenorizada posible por qué se considera que un principio debe ser aplicado derrotando a otro cuyo contenido prescriptivo, *prima facie*, también resultaba aplicable.

En una interpretación más o menos libre de lo que para tales efectos plantea Alexy[25], puede decirse que para evaluar tales pesos de los principios en conflicto, deben tomarse en cuenta tres criterios:

a) La intensidad de la afectación (IA) de los principios a la luz del caso concreto. Tales intensidades serán leve (L) cuyo peso es de 1, media (M) cuyo peso es de 2 o intensa (I) cuyo peso es de 4.

b) El valor abstracto (PA) que, a criterio del intérprete, el principio ostenta en la sociedad. Tal peso será leve (L) cuyo peso es de 1, medio (M) cuyo peso es de 2 o intenso (I) cuyo peso es de 4.

c) La seguridad de los datos empíricos sobre su afectación (SDEA), es decir, que tanto está probado, a la luz de las circunstancias del caso, que los principios se afectarían. Tal seguridad, en su intensidad, será expresada de la siguiente manera: seguro (S) cuyo peso es de 1, plausible (P) cuyo peso es de ½ o falso (F) cuyo peso es de ¼.

24 Cfr. Moreso, J. J., «Conflicto entre principios constitucionales», en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003., p. 105.

25 Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 529 y ss.

De esta forma, la expresión del peso de un principio (Pa) en relación con otro principio (Pb), queda representada en una fórmula de la siguiente manera:

$$\frac{IA\text{"Pa"}\ (L1/M2/I4)\ .\ PA\text{"Pa"}\ (L1/M2/I4)\ .\ SDEA\text{"Pa"}\ (S1/P\frac{1}{2}/F\frac{1}{4})}{IA\text{"Pb"}\ (L1/M2/I4)\ .\ PA\text{"Pb"}\ (L1/M2/I4)\ .\ SDEA\text{"Pb"}\ (S1/P\frac{1}{2}/F\frac{1}{4})}$$

Nuevamente, sería un error asumir que en esta fórmula[26] subyace la idea de que el razonamiento jurídico puede generar un resultado bajo los patrones de un cálculo matemático. Tal como refiere Alexy, «[e]sto sería una comprensión errónea del rol que tiene la fórmula del peso. Los números introducidos no sustituyen a los juicios o proposiciones, sólo los representan. Un ejemplo de esto vendría a ser la proposición: "La restricción de la libertad de expresión es grave". Esta proposición tiene que ser justificada. Esto puede ser hecho solamente mediante argumentos. En ese sentido, la fórmula del peso está intrínsecamente conectada con el discurso jurídico»[27].

Un ejemplo puede ayudar a clarificar cuándo resulta necesario ponderar para analizar la validez o invalidez de una regla legal. En el sistema jurídico peruano, el artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 disponía que los condenados por terrorismo debían cumplir la pena privativa de libertad «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención» (R), un régimen carcelario que daba lugar a la absoluta incomunicación y aislamiento del recluso con respecto a cualquier persona fuera del establecimiento penitenciario, salvo con que se trate de su abogado defensor[28].

Un juez penal no deliberativo, es decir, uno que antes de aplicar una ley no se pregunta sobre su compatibilidad o no con los principios constitucionales, al condenar a una persona por terrorismo asumiría simplemente

26 La cual por cierto puede ser expresada incluso de una manera aún más pormenorizada que como la plantea Alexy. Así lo ha intentado C. Bernal en su trabajo «La racionalidad de la ponderación», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.° 77, Mayo- Agosto, 2006, pp. 51 - 75.

27 Cfr. Alexy, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», ob. cit., p. 17.

28 El cual, por cierto, no podía encontrarse asesorando a otra persona procesada o condenada por terrorismo (artículo 2°, inciso c), del Decreto Ley N.° 25744.

que el referido aislamiento va a formar parte de su régimen penitenciario. Por el contrario, un juez deliberativo podría interrogarse sobre los principios que R limita y sobre los principios subyacentes que busca satisfacer, en este último caso, aplicando una interpretación teleológica.

Puede considerarse que R limita el derecho a la integridad personal del recluso, incluyendo -podría pensarse- la prohibición de que la ejecución de las penas constituyan tratos crueles e inhumanos que provoquen el envilecimiento en la persona (P1).

Sobre las razones subyacentes de R, un juez podría concluir que la regla llanamente pretende causar sufrimiento al recluso. Si ese fuera el caso, R perseguiría un fin constitucionalmente prohibido y sería inválida por violar la dignidad humana. No obstante, el juez también podría considerar que la razón subyacente consiste en evitar, cuando menos durante el tiempo que permita la acción de las fuerzas de seguridad, que el contacto con el exterior del penado pueda dar lugar a planear nuevos atentados contra la seguridad personal y la democracia (P2). Si se presenta razonablemente esta dualidad de posibilidades, el juez, bajo el *principio de interpretación conforme con la Constitución*, tiene la obligación de interpretar la disposición legal en el sentido que mejor acomode las (presumidas) intenciones del legislador con los principios constitucionales. Es decir, en este caso, tendría el deber de interpretarla en el segundo sentido narrado.

Adicionalmente, si bien puede pensarse en diversas medidas alternativas que incidirían menos en el derecho a la integridad personal del recluso, no lo harían con la misma eficacia con la que el asilamiento celular garantiza la seguridad y la estabilidad democrática.

Pues bien, si a criterio del juez la afectación de P1 que R genera tiene mayor peso que la satisfacción que genera sobre P2, entonces R es inválida, de lo contrario será válida[29]. Puede asumirse que en abstracto los dos principios (proteger la seguridad y la democracia, y proteger la integridad personal) tienen un valor intenso. El asunto parece clarificarse si se toma en cuenta que el aislamiento celular continuo representa una afectación segura de la integridad personal, y solo es plausible que contribuya con

29 El razonamiento hasta aquí desplegado es sustancialmente análogo a lo que A. Ródenas denomina una análisis de «derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas» (cfr. Ródenas, A., *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 40 - 44).

la seguridad y con la protección de la democracia. Con lo cual a luz del caso genérico regulado por la norma la intensidad en la afectación de la integridad personal, resulta mayor que la potencial satisfacción de los principios perseguidos. Puede concluirse, entonces, que R es inconstitucional.

En tal circunstancia, si R hubiese sido sometida a un proceso de inconstitucionalidad (allí donde este proceso existe) tendría que ser expulsada del sistema jurídico y dejada sin efecto *erga omnes*[30]. Si se tratara de un caso concreto, y se está en el ámbito de un sistema que tiene establecido el poder-deber jurisdiccional del control difuso de constitucionalidad de las normas, el juez tendría que inaplicar R, y, en aplicación directa del derecho a la integridad personal, disponer la prohibición del aislamiento celular continuo.

Así, una regla que sea representativa en abstracto de una adecuada ponderación llevada a cabo por el legislador es jurídicamente válida, de lo contrario es inválida.

De esta manera, puede afirmarse lo siguiente: *Si una regla infraconstitucional cumple con los criterios de validez derivados de las meta-reglas 4, 5 y 6, y representa una racional ponderación entre el principio que limita y el que pretende optimizar, entonces, es válida, y resulta derrotado el principio limitado. Si representa una irracional ponderación la regla es inválida* (**Meta-regla N.º 7**).

3. Convenciones y ponderación.

Hasta ahora se conoce en qué consiste la ponderación, cuándo debe utilizársela y cuál es su estructura. Pero el reto más significativo se encuentra en darle un sentido racional a las justificaciones que se brinden para asignarle un peso o importancia a los principios en conflicto. Recuérdese que de conformidad con el planteamiento de Alexy son tres los pesos que se comparan de los principios enfrentados: a) el que deriva

30 De hecho, así lo consideró el Tribunal Constitucional (cfr. STC 0010-2002-PI, FF. JJ. 217 - 224). Aunque, en este caso, lo entendió así porque, a su juicio, la ley tenía como exclusivo objeto generar sufrimiento: «Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional» (F. J. 221).

de las circunstancias del caso; b) el que quepa asignar a los principios en abstracto; y c) el que derive de la seguridad de los datos empíricos sobre su afectación o satisfacción.

Quizá de los tres criterios que se proponen para analizar ese nivel de incidencia, el atinente a la seguridad de los datos empíricos es el que no requiere una valoración de los principios en juego, pues se circunscribe al análisis sobre si los hechos en efecto se han producido o pueden producirse. Desde luego, con ello no se pretende afirmar que se trate de un análisis absolutamente objetivo, pues muchas veces ello está sujeto a una valoración probatoria que no es ajena a la subjetividad en distintos niveles, a cuestiones probabilísticas, a juicios aproximativos, etc.[31].

Con relación a la asignación de los pesos abstractos a los principios concernidos, es decir, más allá de las circunstancias del caso especifico, cobrarán relevancia influencias ideológicas. Como bien razona Bernal, para ejemplificar lo dicho, «un juez más individualista otorgará a la libertad general de acción y a las libertades específicas el peso abstracto más alto y a los principios que tengan que ver con la colectividad un peso menor. Lo contrario hará un juez que actúe bajo el prurito de lograr la construcción, la integración y la defensa de la comunidad»[32].

Otro tanto ocurrirá en el momento de tener que determinar el nivel de incidencia sobre los principios enfrentados, atendiendo a las particulares circunstancias del caso. También aquí la subjetividad del intérprete tendrá un importante protagonismo. Aunque el hecho de que en este momento del análisis deban considerarse las propiedades específicas del caso individual planteado, permite utilizar otros casos paradigmáticos análogos y sobre los que existan convenciones claras acerca de su solución, como guía del razonamiento.

Con el objetivo de reducir en la mayor medida de lo posible la subjetividad del operador del Derecho (sin que, desde luego, pueda ser eliminada del todo), dotar de la mayor racionalidad posible a las justificaciones que se brinden acerca de los niveles de incidencia de un hecho o una regla sobre los principios en conflicto –o, lo que es lo mismo, acerca de sus «pesos»–,

31 Cfr. Ferrer, J. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

32 Cfr. Bernal, C., «La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales», ob. cit., p. 32.

y generar que las valoraciones a que haya lugar no se desenvuelvan más allá de las fronteras del Derecho, se considera indispensable que tales justificaciones se encuentren amparadas en *convenciones*.

3.1 Convencionalismo profundo, coherencia y racionalidad.

Desde luego, no es el objetivo de este estudio realizar un análisis pormenorizado de las clases existentes y las condiciones que deben cumplir ciertas convenciones humanas para formar parte del fenómeno jurídico[33]. No obstante, sin perjuicio de ello, sí resulta importante destacar que existen algunas de ellas que pueden contribuir significativamente para aportar racionalidad a los argumentos ponderativos que diriman los conflictos entre principios, y, por consiguiente, que determinen la derrota de alguno de ellos. Se trata de las que, siguiendo a Bayón[34], pueden ser denominadas convenciones superficiales (nivel 1), convenciones interpretativas (nivel 2) y convenciones profundas (nivel 3).

En el ámbito del Derecho, se entiende por convenciones superficiales, los acuerdos existentes acerca del sentido de las normas jurídicas o sobre el nivel de incidencia que un acto puede generar sobre el valor instituido por la norma[35]. Se asume que la mayoría de reglas existentes en un sistema jurídico se sostiene sobre esta clase de convenciones, de lo contrario el Derecho carecería de la posibilidad de regular con eficacia la conducta humana.

Las convenciones interpretativas, son acuerdos con sentido prescriptivo que permiten resolver desacuerdos sobre el sentido de las normas jurídicas o sobre el nivel de incidencia que un acto puede generar sobre el valor instituido por la norma[36].

33 Sobre ello, cfr. Arena, F., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

34 Cfr. Bayón, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en: M. C. Redondo y P. Navarro (compiladores), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 76 y ss.

35 Cfr. Bayón, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», ob. cit., p. 76.

36 Arena sostiene que la práctica compartida sobre el uso de ciertos métodos interpretativos, puede ser denominada también convención constitutiva (cfr. *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, ob. cit., p. 258), en alusión al concepto utilizado por A. Marmor en *Social conventions. From language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

Las convenciones profundas son las menos evidentes, pero las más importantes, puesto que su contenido no solo permite solucionar desacuerdos sobre el sentido del Derecho, sino que además puede permitir advertir la invalidez de una convención más superficial. Se parte de la idea de que se trata de acuerdos no empíricamente constatables, sino potenciales. Su sentido prescriptivo exige considerar que su trasfondo se funda en la moral fundamental legalizada apreciada con actitud deliberativa[37].

Aquí se entiende que en el espacio de los Estados Constitucionales, para arribar al contenido de una convención profunda resulta esencial el correcto entendimiento que se tenga del sentido de dignidad humana, en su correlación con el entendimiento del ser humano como sujeto con autonomía moral y como fin en sí mismo. Confundir la dignidad con uno de los derechos que fundamenta puede llevar, por ejemplo, a considerar injustificadamente que dicho derecho tiene un peso abstracto mayor que otro. O, peor aún, considerar que un derecho y no la dignidad es el fundamento axiológico de otros, puede llevar también erróneamente a darle un sitial en abstracto preeminente.

La conveniencia de asociar el concepto de dignidad humana con el imperativo kantiano, radica en que aunque no se le considera el único concepto de dignidad posible, sí se entiende que es el mejor entre los conocidos, pues bajo sus postulados todos los seres humanos pasan a ser *igualmente dignos por su sola condición de seres humanos,* sin consideraciones de otra índole, sean metafísicas o empíricas, las cuales inmediatamente agregarían visos de desigualdad a la tesis alternativa, afectando el valor de universalidad del concepto. Parece ser una razón suficientemente poderosa. Quizá no la más poderosa, pero sí la más poderosa moralmente entre las conocidas y es por ello que se considera que es el sentido de dignidad humana que acoge el constitucionalismo liberal.

37 Si cabe definir un caso difícil como aquel en el que no existe convención explícita alguna sobre su solución, entonces, la actitud deliberativa que procure eliminar el velo y apreciar el contenido de una convención profunda en la solución del caso, debe estar presidida por el siguiente principio regulador postulado por Aarnio: «Cuando se trate de un caso difícil procura alcanzar una solución y justificación, de forma tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación» (cfr. Aarnio, A., «¿Una única respuesta correcta?», en: A. Aarnio, M. Atienza y F. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 44).

Tal entendimiento de la dignidad humana, no es consecuencia de un convencionalismo empírico o explícito, que en tanto hecho convencional tendría en los términos de J. Coleman y B. Leiter, cuando menos, una «objetividad mínima»[38]; es consecuencia de un convencionalismo más profundo, asociado a una deliberación en el espacio de una moral ideal que, cuando menos en lo que atañe al reconocimiento normativo de la defensa de la dignidad humana como valor jurídico último, en los Estados Constitucionales se trata también de una moral legalizada.

De esta manera, el convencionalismo profundo cifrado en la dignidad, guarda relación estrecha con la mejor definición que Rawls dio del concepto de «equilibrio reflexivo». El autor afirmaba que una cosa es definir ese equilibrio sobre la base de los juicios existentes, es decir, podría decirse, sobre la base de convenciones explícitas, y otra cosa explorarlo sobre la base de todas las descripciones posibles a las cuales las personas pueden adecuar sus juicios, junto con todos los argumentos filosóficos pertinentes, es decir, podría decirse, sobre la base de convenciones más profundas. Afirmaba que «[e]n el primer caso estaríamos describiendo el sentido de la justicia de una persona más o menos como es (...); en el segundo caso el sentido de la justicia de una persona puede o no sufrir un cambio radical. Claramente, en la filosofía moral nos ocupamos de esta segunda clase de equilibrio reflexivo»[39].

Ahora bien, que ello haya sido planteado en el campo de la filosofía moral, no significa que, con los matices que correspondan, no pueda ser planteado en el ámbito de la filosofía del Derecho, e incluso, de la teoría del Derecho. S. Hurley, por ejemplo, ha realizado ese esfuerzo para tratar de generar una estructura argumentativa que permita resolver los casos en los que existe un conflicto entre principios normativos explorando en convenciones más profundas a partir de casos paradigmáticos. Su idea, bajo un enfoque *coherentista y holístico*, es que dado que los mismos principios reeditan sus conflictos en variados casos y algunos generan acuerdos y otros no, explorar detenidamente en las razones que generaron los

38 Cfr. Coleman, J y Leiter, B., «Determinacy, objectivity and authority», en: A. Marmor (editor), *Law and interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford Clarendon Press, Londres, 1995, p. 253.

39 Cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, ob. cit., pp. 57 -58.

acuerdos en los primeros, progresivamente, puede permitir arribar a un acuerdo en los segundos.

Resumidamente, y adaptándolo al lenguaje de la confrontación entre principios, su planteamiento se estructuraría en los siguientes pasos[40]:

a) Determinación de los principios en conflicto.

b) Determinación del contenido de los principios que generaría el conflicto, exponiendo las razones que lo generan.

c) Determinación de casos paradigmáticos reales o hipotéticos, cuya resolución no despierte mayor controversia, en los que los mismos principios se enfrenten o en los que vuelvan a evidenciar las razones que generan el conflicto a resolver.

d) Determinación, a manera de distintas hipótesis, de cuáles fueron las propiedades de los casos paradigmáticos que permitieron resolver la controversia en un determinado sentido, y detectar el peso con el que se presentan (si es que se presentan) en el caso que debe resolverse.

e) Determinación de la solución del caso a resolver a la luz de la mejor de las hipótesis.

Los pasos c) y d) pueden ingresar en una articulación holística o circular hasta ubicar la mejor de las hipótesis[41]. Aunque Hurley no lo plantea en estos términos, puede afirmarse que la idea es que los pasos c) y d), permitan que las interpretaciones que dan lugar al desacuerdo del paso b) sean reformuladas a la luz del surgimiento de convenciones que se encontraban en un estadio más profundo, y que permiten resolver el

40 Cfr. Hurley, S., *Natural Reasons. Personality and Polity*, Oxford University Press, Londres, 1989, p. 211 y ss. También, Hurley, S., «Coherence, hypothetical cases and precedent», en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, pp. 221 - 251.

41 Es imposible dejar de apreciar parciales y significativas semejanzas entre el planteamiento coherentista de Hurley y la visión de R. Dworkin del Derecho y su interpretación como integridad y coherencia (una «coherencia de principio», diría el autor norteamericano -cfr. Dworkin, R., *Law' s Empire*, Harvard University Press, Cambridge / Massachusetts, 1986, p. 139). Sobre esta perspectiva en Dworkin, puede verse Marmor, A., «Coherencia, holismo e interpretación: el fundamento epistémico de la teoría jurídica de Dworkin», en: *Interpretación y teoría del Derecho*, traducción de M. Mendoza, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 87 y ss.; también Delgado Pinto, J., «La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración», en: Derechos y libertades, N.° 11, 2002, p. 15 y ss.

conflicto. Como se decía, en el caso de los Estados Constitucionales, estas últimas, en definitiva instancia, deben ser compatibles con el valor de la dignidad humana.

De esta manera, aunque la valoración jurídica verse sobre conceptos esencialmente controvertidos, puede ser perfectamente racional si se respetan los criterios planteados por Alexy y Hurley, y siempre y cuando se tome en cuenta, adicionalmente, lo siguiente: 1) debe ser una valoración que se desenvuelva sobre una moralidad *reconocida jurídicamente*; 2) debe manifestarse en una confrontación de razones normativas cuya existencia y peso se hagan *explícitas* en la fundamentación jurídica; y, 3) debe estar presidida por el *principio de universalidad*, conforme al cual hay que interpretar y aplicar el Derecho de acuerdo con criterios a los que, por considerarlos correctos, se acudirá nuevamente en los futuros casos sustancialmente análogos.

Si la ponderación de razones normativas enfrentadas en un caso concreto respeta estos criterios (y así debe ser), no se ve por qué ella tendría que resultar incompatible con la racionalidad[42]. Es cierto que no se tratará de una racionalidad que busque fundamentar una moral *objetiva*[43], pero sí de una racionalidad que busque fundamentar una moral *correcta*. Se trata en consecuencia de afincarse en un no-cognoscitivismo prescriptivista[44], en el que el juez no tiene por qué ser visto como un paladín de las demos-

42 Prieto refiere con razón que «conviene distinguir entre los factores emotivos o intuitivos que pueden pesar en una decisión judicial y su proceso de justificación; que la primera cuestión tal vez solo pueda dilucidarse en la consulta de un psiquiatra, no impide que la segunda sea controlable desde parámetros de racionalidad» (cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2005, p. 177).

43 Es acertado ponerse a buen recaudo de una concepción objetiva de la moral. El objetivismo o cognoscitivismo moral, como se sabe, tiene una estrecha relación con el *iusnaturalismo*. Kelsen lleva razón cuando afirma que en defensa del *iusnaturalismo* se ha llegado a resultados muy diferentes y contradictorios: «Locke ha deducido de la naturaleza la democracia, Filmer la autocracia, Cumberland la propiedad privada y Morelly la propiedad colectiva. Con los métodos de la teoría del Derecho natural (...) se puede probar todo y, por lo tanto, no se prueba nada» (cfr. Kelsen, H., «Justicia y Derecho natural», en: H. Kelsen (*et al.*), *Crítica del Derecho natural*, traducción de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, p. 42).

44 Sobre el no-cognoscitivismo prescriptivista, cfr. Dorado, J., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Instituto

traciones científicas[45], sino como el guía de una deliberación en base a razones provenientes del ordenamiento y explicitadas en la sentencia[46]. Y, a su vez, alejarse de un no-cognoscitivismo emotivista conforme al cual, necesariamente, los juicios morales (y, en este caso, también jurídicos) «tienen por significación corroborar nuestros propios sentimientos puramente subjetivos»[47].

3.2 Los criterios puestos a prueba.

Por supuesto, aunque la estructura argumentativa de Hurley parece bastante racional, no se considera que siempre sea necesario acudir a ella. En primer lugar, porque quizá el caso pueda resolverse sin necesidad de ponderar, bajo algunos de los tres primeros pasos del *test* de proporcionalidad alexyano[48]. Y, en segundo lugar, porque aunque a veces resulte inevitable llegar a la ponderación, es posible que las convenciones explícitas permitan fundamentar el peso asignado a la incidencia sobre un principio, en virtud de su manifiesta correspondencia con las exigencias de la dignidad humana.

Por ejemplo, piénsese en el caso en el que un programa de televisión expuso imágenes de una mujer muy conocida en el mundo del espectáculo teniendo relaciones sexuales en un cuarto de hotel, previo pago por el encuentro. La conductora del programa televisivo se amparaba en la libertad de información, pues afirmaba que había revelado a través de esas

---

de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2004, p. 27.

45 Como bien ha sostenido C. Bernal esto sería confundir la racionalidad que puede serle exigida al razonamiento jurídico, con la «hiperracionalidad»: «Alguien es hiperracional cuando no reconoce que la racionalidad tiene sus límites» (cfr. Bernal, C., «La racionalidad de la ponderación», ob. cit., 55).

46 Cfr. Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1979), reimpresión, traducción de I. Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 10 y ss.

47 Cfr. Höffe, O. (editor), *Diccionario de Ética*, traducción de J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1994, p. 185.

48 D. Martínez ha sostenido que la estructura argumentativa planteada por S. Hurley es alternativa al principio de proporcionalidad (cfr. Martínez, D. «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 86, Mayo - Agosto, 2009, p. 123). Aquí se considera más bien que se trata de propuestas complementarias.

imágenes que una persona pública se dedicaba al meretricio clandestino, la cual era una conducta ilícita. Consideraba que revelar las violaciones del sistema jurídico por parte de una persona pública, claramente era un asunto de interés público, más aún si habían cuestiones de salubridad involucradas, motivo por el cual tales revelaciones se encontraban protegidas por el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información. Así, la exposición de las imágenes perseguía una finalidad constitucionalmente válida (revelar ante la opinión pública la violación del Derecho por parte de una persona pública), fue idónea para alcanzarla (la opinión pública quedó convencida de dicha violación), y era necesaria, en el sentido de que si bien podría pensarse en otras medidas menos limitativas del derecho a la intimidad, ellas no hubiesen permitido alcanzar la finalidad con el mismo grado de eficacia con la que se conseguía exponiendo las imágenes.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional peruano razonó de la manera siguiente:

> «... la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7° de la Constitución, puede ser materia de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. (...) [E]s más bien indefendible y refutable plenamente que se exponga no sólo el cuerpo desnudo de una persona pública, sino que se la muestre manteniendo relaciones sexuales, con el objeto de alegar un interés del público en una noticia de este tipo. Interés del público no es, ni puede ser, sinónimo de fisgoneo, impertinencia o curiosidad. El elemento objetivo de una noticia difundida a través de un programa de farándula no puede ser admitido en un Estado democrático y social de derecho que desea proteger realmente los derechos fundamentales de la persona»[49].

Aunque el Tribunal no se refiera a pesos o niveles de importancia de los principios comprometidos dadas las circunstancias del caso, puede inferirse con facilidad que está argumentando a favor del principio de respeto a la intimidad, en razón de la gravedad de la incidencia que sobre ella genera la exposición pública de la desnudez de una persona teniendo

49 Cfr. STC 6712-2005-PA, F. J. 59.

relaciones sexuales, y la menos significativa contribución que ello genera para la defensa de la salud y la libertad de información, por más que ello revele un hecho de prostitución clandestina. En el caso, pues, está determinada la derrotabilidad de la libertad de información.

¿Puede decirse que el razonamiento del Tribunal está fundado en el intuicionismo o en el llano voluntarismo? Difícilmente. Sin dejar de ser un razonamiento subjetivo pareciera resultar compatible con convenciones explícitas en la sociedad acerca de los ámbitos protegidos normativamente por el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Al derivar de convenciones explícitas debidamente sustentadas en el valor de la dignidad, no parece ser un pensamiento irracional, sin que haya sido necesario apelar a convenciones más profundas sobre el estudio detenido de casos paradigmáticos.

Puede establecerse, en consecuencia, la siguiente meta-regla: *Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón de convenciones explícitas o superficiales que resultan compatibles con la defensa de la dignidad de la persona humana* (**Meta-regla N.° 8**).

En otras ocasiones, sin embargo, si bien puede existir un grado importante de desacuerdo que determina la inexistencia de convenciones más superficiales, son las convenciones interpretativas las que permiten dirimir la controversia, sin que resulte necesario acudir a un convencionalismo profundo. En estos casos, comienzan a cumplir un rol fundamental los casos paradigmáticos en los que se han enfrentado los principios, por lo que comienzan a apreciarse determinados elementos derivados de la teoría de Hurley.

Por ejemplo, líneas antes se ha hecho alusión a la antinomia parcial-parcial entre el artículo 181° de la Constitución peruana que establece que «Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno», y el artículo 200° 2 que dispone que el proceso de amparo procede «contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza» los derechos fundamentales. En los casos en los que el JNE emite una resolución acusada de afectar derechos fundamentales, las disposiciones prescriben conductas contradictorias.

Pues bien, antes de que el Tribunal Constitucional zanje la discusión a favor de la posibilidad de que las resoluciones del JNE puedan

ser revisadas cuando se detecte su manifiesta violación de derechos fundamentales[50], las posiciones interpretativas existentes se decantaban por soluciones diametralmente distintas. Existía un importante sector institucional que abogaba por la defensa de los principios formales que subyacen a la norma que establece la no revisión, tales como la seguridad jurídica, la predictibilidad y la certeza, de singular importancia en el marco de los procesos electorales[51].

Sin embargo, existían convenciones interpretativas también con sustento normativo sobre las que sí existía un claro consenso. Así, la Cuarta Disposición Final de la Constitución establece: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Mientras que el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dispone que ello significa también interpretar los derechos y libertades conforme a «las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte». A lo que el Tribunal Constitucional había agregado que un enfoque preventivo lleva a considerar, a su vez, que ello significa que «[l]a vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agota en su parte resolutiva (...) sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi* (...) incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso»[52].

Siendo ello así, la Corte Interamericana tenía resuelto lo siguiente en el caso Yatama *vs.* Nicaragua:

50 Cfr. STC 5854-2005-PA. Sobre el particular, cfr. Donayre, C., *En defensa del amparo electoral*, Palestra, Lima, 2010.

51 Incluso el Congreso de la República, tomó partido por la no revisión, emitiendo la Ley N.º 28642, cuyo artículo único modificaba el Código Procesal Constitucional para establecer que «No proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno». Esta disposición legal sería luego declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional a través de la STC 0007-2007-PI.

52 Cfr. STC 2760-2006-PA, F. J. 12.

> «Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.
>
> Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral»[53].

De esta manera, si bien no existía un acuerdo superficial, lo cual daba lugar a la inexistencia de convenciones explícitas sobre cómo debía resolverse el conflicto entre las disposiciones constitucionales enfrentadas, sí lo había a nivel de las convenciones interpretativas referidas a cómo resolver tal desacuerdo, pues no había duda acerca de la vinculatoriedad de los criterios de la Corte Interamericana. Dado que la Corte en un caso paradigmático en el que se habían enfrentado los mismos principios, se decantaba por la revisabilidad de las resoluciones de los supremos órganos electorales, a efectos de proteger los derechos fundamentales, podía instituirse el acuerdo de que así debía resolverse el conflicto en el primer nivel. Nótese que aquí el caso Yatama *vs.* Nicaragua puede ser denominado caso paradigmático más que por el nivel de acuerdo que pueda existir sobre la corrección del criterio de la Corte, por el acuerdo que existe acerca de la obligatoriedad de sus criterios. En ese sentido, se coincide con D. Martínez cuando afirma que «[t]ambién tienen la consideración de "paradigmáticos" aquellos casos cuya respuesta haya establecido una jurisprudencia consolidada o de seguimiento obligatorio por los demás órganos»[54].

---

53 Cfr. Caso Yatama *vs.* Nicaragua, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174 y 175.

54 Cfr. Martínez, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 174.

Lo más interesante, sin embargo, es que cuando el caso paradigmático lo es en razón de su obligatoriedad, más que contribuir a la ponderación para la resolución del caso dudoso, la hace innecesaria en razón del principio institucional del seguimiento de los precedentes vinculantes. Aquí, pues, asoma este instituto como significativamente contribuyente a reducir los márgenes de indeterminación que la derrotabilidad jurídica sobre la base de principios sustantivos genera.

De lo expuesto deriva la siguiente meta-regla: *Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón del seguimiento de una convención que obliga a seguir una decisión en la que ante un conflicto sustancialmente análogo dicho principio también resultó derrotado* (**Meta-regla N.° 9**).

En otras ocasiones, a pesar de existir convenciones superficiales sobre cómo debe ser resuelto un conflicto normativo, determinadas convenciones interpretativas que tiene como sustento último la defensa de la dignidad de la persona humana, pueden permitir advertir la invalidez de las primeras. Un ejemplo de ello sería el siguiente. El artículo 173° de la Constitución peruana establece lo siguiente: «En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina». Al amparo de este precepto constitucional, el artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659, disponía lo siguiente: «A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de traición a la Patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar, tanto en su investigación como en su juzgamiento»[55].

Durante mucho tiempo existió un claro consenso en el sentido de que por cuestionable que pueda parecer el asunto desde una moral ideal, el artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659 era jurídicamente válido, por resultar conforme con el artículo 173° constitucional. No obstante, algunos años después de su expedición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente en el Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú:

> «El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a

55 Cabe precisar que el Decreto Ley N.° 25659 en realidad regulaba el tratamiento del delito de terrorismo agravado, bajo el *nomen iuris* de «traición a la patria».

la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia»[56].

Este razonamiento de la Corte -que la llevó a concluir que el Estado peruano había violado el artículo 8.1 de la Convención Americana, que reconoce el derecho al juez competente, independiente e imparcial, en perjuicio de los hermanos Castillo Petruzzi-, dejaba traslucir, en consecuencia, no solo un cuestionamiento a la validez del artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659, sino, por derivación al propio artículo 173° de la Constitución peruana. La convención superficial existente sobre el contenido del artículo 173° constitucional, llevó a que un sector importante de la sociedad apreciara el criterio de la Corte (junto a otros expuestos en la misma sentencia) como un atentado hacia el deber del Estado de combatir al fenómeno terrorista en aras de proteger los valores de la seguridad y de la democracia[57].

Cuando en el año 2002 se interpuso una demanda de inconstitucionalidad, entre otras normas, contra el artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659, el Tribunal Constitucional tenía ante sí un problema jurídico bastante complejo. Si declaraba la invalidez del precepto por resultar disconforme con el artículo 8.1 de la Convención Americana -según la interpretación que de él había realizado la Corte-, parecía tener que hacerlo a costa de

56 Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, Sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 128.

57 De hecho esta sentencia llevó al gobierno fujimorista, que gozaba de mayoría en el Congreso, y un respaldo popular muy importante, a aprobar la Resolución Legislativa N.° 27152, de fecha 8 de julio de 1999, cuyo artículo único aprobaba «el retiro, con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Dicho retiro fue luego considerado por la Corte como inadmisible (cfr. Caso Tribunal Constitucional *vs.* Perú, Sentencia del 24 de septiembre de 1999 (competencia), párrafos 31 - 54). Caído el gobierno autocrático fujimorista, la referida Resolución fue derogada por la Resolución Legislativa N.° 27401, de fecha 19 de enero de 2001.

de lo prescrito por el artículo 173° de su propia Constitución y sobre cuyo sentido existía un claro consenso. Si declaraba la validez del precepto por entenderlo conforme son el artículo 173° constitucional, sería a costa de soslayar el artículo 8.1 de la Convención Americana, interpretado por la Corte, haciendo una vez más responsable al Estado peruano ante el sistema interamericano de derechos humanos.

El caso parecía denotar una antinomia total-total entre el artículo 173° de la Constitución y el artículo 8.1 de la Convención Americana. Y hasta donde el conocimiento alcanza, a menos que la Constitución lo permita, no se ha dado el caso de que un Tribunal Constitucional invalide un precepto de su parámetro de control por resultar disconforme con un tratado en vigor. Muchas veces, tal como sucede con la Constitución peruana, ella ordena interpretarse conforme a los tratados sobre derechos humanos. Pero eso es una cosa, y otra distinta, que pueda invalidarse jurisdiccionalmente un precepto constitucional por ser antinómico con el tratado.

Para solucionar el problema, el Tribunal Constitucional, en primer término, reconoció la existencia de una convención explícita sobre los alcances del artículo 173° que resultaba disconforme con la Convención. Así, el Tribunal afirmó lo siguiente: «La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático»[58].

Paso seguido, a partir de casos paradigmáticos, entre los cuales, desde luego, destacaba el Caso Castillo Petruzzi[59], y de las razones fundamentales derivadas de tales casos, el Tribunal argumentó por qué dicha convención superficial resultaba disconforme con los derechos derivados de la dignidad humana:

> «El derecho al juez natural (...) exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia,

58 Cfr. STC 0010-2002-PI, F. J. 96.

59 Se sumó también el Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, Sentencia del 18 de agosto del 2000.

> territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (...) e imparcialidad en la resolución de la causa. Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del "modelo constitucional del proceso" recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de *debido*. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías (...) sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas»[60].

Inmediatamente, el Tribunal se preguntó si hay alguna convención interpretativa sobre la que exista claro consenso, que permita superar el equívoco en el que incurría la convención de primer nivel, y llega a una respuesta afirmativa. En efecto, es meridiano el acuerdo que existe en que, más allá de que no necesariamente se trate de una interpretación definitiva, las normas jurídicas, en primer término, deben ser interpretadas literalmente, y el Colegiado aprecia que esta interpretación recaída sobre el artículo el 173° desautoriza la convención existente acerca de que el precepto establece que tribunales militares puedan procesar a civiles en los casos de terrorismo o de traición a la patria. Razona así el Tribunal:

> «si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (...), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse. En efecto, una interpretación literal del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria»[61].

Y es que si se analiza con detenimiento, cuando el artículo 173° dispone que los militares y policías «están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar» agregando inmediatamente que «Las dispo-

60 Cfr. STC 0010-2002-PI, F. J. 103.

61 Cfr. *Idem*, F. J. 104.

siciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina» (subrayado agregado), *literalmente*, el pronombre «éste» claramente no se refiere al «fuero militar» sino al «Código de Justicia Militar». En otras palabras, el artículo constitucional analizado en su literalidad autoriza que el Código de Justicia Militar pueda ser aplicable a civiles acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria y de terrorismo, pero no menciona cuál es el fuero que aplicaría dicha fuente.

Esta interpretación literal ya no es incompatible con el derecho al juez natural sustentado en la dignidad humana, ni con los criterios de la Corte Interamericana, a lo que se agrega que otra convención interpretativa sobre la que no existe mayor discusión -la que exige interpretar los derechos y libertades previstas en la Constitución conforme a los tratados sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final de la Constitución)- obliga a optar por ella.

De esta manera, el Tribunal Constitucional concluye lo siguiente: «las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al "órgano", sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución»[62], declarando, en consecuencia, la invalidez del artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659.

Puede decirse, en definitiva, que la presencia de convenciones interpretativas respaldadas por el valor de la dignidad humana pueden permitir sustentar la invalidez de una convención superficial representativa de una indebida ponderación de principios.

De allí deriva la siguiente meta-regla: *Una convención superficial es declarada inválida racionalmente, si dicha invalidez se sustenta en una convención interpretativa que resulte compatible con el valor de la dignidad humana* (**Meta-regla N.° 10**).

En otras ocasiones, ante un conflicto entre principios y la inexistencia de convenciones superficiales o interpretativas sobre cómo resolverlo, la

62 Cfr. *Idem*, F. J. 106. El subrayado es del original.

única alternativa de solución es acudir a un convencionalismo más profundo sustentado en el sentido de la dignidad humana.

Por ejemplo, aunque en ciertas sociedades el dilema está superado, en otras (como la peruana) aún existen posiciones antagónicas acerca de si debe penalizarse o no el aborto en los casos en los que el embarazo tuvo origen en un acto de violación sexual. En el Perú existen posiciones (respaldadas institucionalmente[63]) que postulan la razonabilidad de la penalización para proteger la vida del concebido. Otras postulan la razonabilidad de la despenalización, a efectos de que en una situación como esa la mujer tenga la libertad de decidir si continúa o no con el embarazo. En la actualidad, ninguna convención interpretativa de segundo nivel parece poder resolver el conflicto. Por consiguiente, en la línea de Hurley, es conveniente explorar en casos paradigmáticos en los que estarían enfrentados los mismos principios en circunstancias análogas, pero que, por determinadas razones, no despierten o despierten menos controversia.

Para estos efectos, un caso paradigmático hipotético que puede ser de utilidad, sería el que hace varios años planteó J. Thomson[64]. El caso es el siguiente: un violinista famoso requiere para salvar su vida que otra persona se conecte a través de un tubo a ella durante nueve meses. La primera pregunta sería ¿cuántas personas estarían dispuestas a conectarse al tubo para salvarle la vida? En un debate racional lo más probable es que ninguna. Y si alguna estuviera dispuesta, lo más probable es que estaría en desacuerdo con que el Derecho la obligue. Es decir, el caso parecería poder resolverse con cierta facilidad en el sentido de que el Derecho no puede obligar a ninguna persona a conectarse al tubo para salvarle la vida al violinista.

Inmediatamente, corresponde preguntarse por la razón del acuerdo. Dicha razón parece ser la siguiente: aunque no podría decirse que una obligación legal semejante tendría como único objetivo la instrumentalización de la persona, sí conlleva un nivel grave de instrumentalización, inaceptable para un ser humano promedio. En otras palabras, en el caso

63 Cfr. «Congreso archiva el proyecto de ley para despenalizar el aborto por violación», en: http://elcomercio.pe/politica/congreso/archivan-proyecto-ley-despenalizar-aborto-violacion-noticia-1858704 (revisada el 25-11-2015).

64 Cfr. Thomson, J., «A defense of abortion», en: *Philosophy and Public Affairs*, V. 1, N.° 1, 1971, pp. 47 - 66.

los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la integridad personal, guardan un nivel tal de correspondencia con la máxima derivada de la dignidad de tratar a los seres humanos como fines en sí mismos, que la incidencia sobre ellos se torna muy grave, incluso más que el nivel de importancia de salvar una vida. Y hay acuerdo sobre ello.

Ahora bien, podría alegarse que si bien se trata de un caso paradigmático por el alto nivel de consenso que genera su solución, tiene propiedades relevantes que lo distinguen del caso de la violación sexual que da lugar a un embarazo. Por ejemplo, una diferencia que alguien podría entender como relevante (cuando menos, éticamente) es que si el violinista finalmente muere no será por un *hacer* de la persona, sino por un *dejar de hacer*, mientras que la muerte del embrión será consecuencia de un *hacer*. Por otro lado, podría alegarse que el nivel de instrumentalización de llevar a término el embarazo es menor que el nivel de instrumentalización que supone conectarse a través de un tubo por nueve meses a otra persona adulta.

Empero, si alguien quisiera encontrar en dichas diferencias la *razón suficiente* para desechar el caso paradigmático debiera también caer en cuenta de que ellas no son las únicas. En efecto, el violinista es un ser humano en el que la dimensión material de la vida (vida digna) ya se encuentra en desarrollo; es una persona con plena capacidad de discernimiento moral y autoconciencia. En el *nasciturus*, en cambio, solo está presente la dimensión existencial de una vida en sus inicios[65]. Es decir, a menos que se alegue que la vida es un valor absoluto[66], en el caso del embarazo el peso de la vida

65 Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha instituido el «principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal» (cfr. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) *vs.* Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 315).

66 Hay quienes así lo consideran: «No desconocemos las grandes dificultades: como la cuestión grave de salud, muchas veces de vida o muerte para la madre; la responsabilidad que supone un hijo, sobre todo si existen algunas razones que hacen temer que será anormal o retrasado; la importancia que se da en distintos medios sociales a consideraciones como el honor y el deshonor, la pérdida de categoría, etc. Sin embargo, debemos proclamar *absolutamente* que ninguna de estas razones puede *jamás* dar derecho, ni objetiva ni subjetivamente, para disponer de la vida de los demás, ni siquiera en sus comienzos; ni siquiera el padre o la madre, pueden ponerse en su lugar, aunque se halle todavía en estado de embrión; ni él mismo, en su edad madura, tendrá derecho a escoger el suicidio. *La vida es el*

es menor. De otro lado, la situación del violista, aunque lamentable, no es consecuencia de un acto violatorio de un derecho. La existencia del feto, en cambio, es consecuencia de un acto extraordinariamente atentatorio de la dignidad de la mujer, como es la violación sexual.

Así pues, a la luz de la confrontación de estas razones y las hipótesis derivadas, quien considere que no es posible que el Derecho obligue a un ser humano a conectarse al tubo, debiera plantearse seriamente por qué sí lo está (si es que lo está) con la idea de que la mujer debe ser considerada una delincuente si es que decide interrumpir el embarazo en los casos de violación sexual. La idea es que bajo un discurso racional y la actitud deliberativa de quienes participan en él, la línea de coherencia entre casos abriría paso a una convención más profunda en el caso a resolver que permitiría advertir, dadas las circunstancias, el mayor peso del derecho a la libre desarrollo de la personalidad y la integridad de la mujer, frente al derecho a la vida del *nasciturus*.

Ahora bien, lo expuesto no significa que no sea posible algún nivel de instrumentalización del ser humano para salvar la vida de alguien. Piénsese en el siguiente ejemplo. Un niño ha sufrido un accidente muy grave y requiere una transfusión de sangre dentro de las siguientes 24 horas para salvar la vida. Su tipo de sangre, es Grupo AB Rh negativo y la posee solo el 1% de la población mundial. Un paciente de 35 años que se encuentra internado en el mismo hospital, que ha sido sujeto de una operación al apéndice y al que se le dará de alta al día siguiente tiene el mismo tipo de sangre que el niño, pero se niega a acceder porque requiere

más importante derecho fundamental que no debe ponerse en la balanza con otros inconvenientes, aparentemente más graves. (...). El derecho a la vida es el primer derecho, el fundamental, que precede y condiciona a todos los demás y debe ser protegido sin ningún límite ni discriminación» (cfr. Alegato de la Conferencia Episcopal colombiana en la causa N.° C-355 de 2006, ante Corte Constitucional de Colombia. La cursiva es agregada). Como narra R. Dworkin, esta no ha sido siempre la posición de la Iglesia Católica a lo largo de la historia (cfr. Dworkin, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 55 y ss.). En todo caso hay consenso entre importantes tribunales del mundo en que la vida no es un valor absoluto (cfr. STC 0050-2004-PI, F. J. 38; BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párrafo D.I.2; STC español 53/1985, 11 de abril, F. J. 8; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, VI.5; Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) *vs.* Costa Rica, doc. cit., párrafo 264; entre otras).

el alta de inmediato para ir al estadio al día siguiente a ver un partido de fútbol que le interesa. Han transcurrido 18 horas y, ante la ausencia de un donante, la Junta Médica, habiendo determinado previamente de manera incontrovertida que la vida del paciente renuente no correría peligro, decide adoptar las medidas para realizar la transfusión de sangre sin su consentimiento. Se le administrará un leve anestésico y se procederá a la extracción de los exactos mililitros de sangre necesaria para salvar la vida del niño. ¿Puede decirse que la Junta Médica debe ser sancionada por la decisión? Aunque el caso es ciertamente difícil, parece que no. Dadas las circunstancias del caso, un profundo análisis sobre el sentido de la dignidad, parece llevar a considerar que en esta situación la vida tiene un peso mayor que el nivel de instrumentalización del que ha sido sujeto el paciente renuente.

Puede colegirse, pues, la siguiente meta-regla: *Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón del seguimiento de una convención profunda sustentada en la defensa de la dignidad humana* (**Meta-regla N.° 11**).

En otros casos, ante un conflicto entre principios puede existir una convención superficial sobre cómo resolverlo, pero ella mostrar su invalidez ante un convencionalismo más profundo derivado del sentido correcto del valor de la dignidad humana.

Por ejemplo, solo un equivocado concepto de dignidad humana puede llevar a realizar una afirmación como la siguiente para justificar el supuesto mayor peso abstracto de un principio: «puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo»[67]. Es decir de una constatación biológica, o, si se quiere, empíricamente lógica, se pretende derivar una razón axiológica. Por imperio de la dignidad humana, cuando un ser humano se encuentra en ejercicio de su autonomía moral, no es posible dictarle el valor de la vida *para sí*, ni siquiera de su vida en su dimensión existencial. *Ergo*, es un error axiológico considerar que en abstracto la vida tiene un peso superior a la libertad, por más arraigo social que tenga dicha consideración.

67 Cfr. Bernal, C., «La racionalidad de la ponderación», ob. cit., p. 63.

Así, puede afirmarse lo siguiente: *Una convención superficial es declarada inválida racionalmente, si dicha invalidez se sustenta en una convención más profunda sustentada en la defensa de la dignidad humana* (**Meta-regla N.° 12**).

Ahora bien, parece ser imposible descartar casos en los que no solo no existan convenciones explícitas que los resuelvan, sino que a pesar de una actitud profundamente deliberativa de cara a la dignidad los pesos de los principios enfrentados se encuentren en un punto de inconmensurable equilibrio.

Imagínese que en el caso del paciente renuente, la renuencia a la transfusión obedece a que es Testigo de Jehová. ¿Hay una sola solución correcta de cara a la dignidad? Nótese que en este caso la instrumentalización, es decir, aplicarle el anestésico y dar lugar a la extracción de sangre contra su voluntad, ya no representa solamente una importante incidencia sobre su autonomía e integridad personal, sino también sobre una relevante manifestación del derecho a la libertad religiosa que puede condicionar significativamente el sentido material de la vida del afectado. Por más visión profunda que se tenga del asunto, desde la propia dignidad pareciera que no hay una decisión que pueda llegar a ser más correcta que la otra. Estamos ante un auténtico *dilema constitucional*[68].

68 Cfr. Zucca, L., «Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales», traducción de D. Martínez), en: L. Zucca (*et. al.*), *Dilemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 9 y ss. Sin embargo, debe precisarse que no se está de acuerdo con que el ejemplo que propone al inicio de su trabajo sea un dilema constitucional, cuando menos, no si por ello se entiende un caso en el que, todas las cosas consideradas, la dignidad humana no permite advertir que una solución sea mejor que otra. El caso que propone Zucca (cfr. Tribunal Europeo de Derechos humanos, Caso Evans *vs.* Reino Unido, Sentencia del 10 de abril de 2007) es el de una pareja que se somete a un proceso de fertilización *in vitro* y posterior congelación de los óvulos fecundados, dado que a la esposa se le habían detectado tumores pre-cancerígenos en ambos ovarios, motivo por el cual debían ser extirpados. Dos años después, al amparo de una ley que permitía revocar el consentimiento en cualquier momento, el ex esposo solicitó al hospital que destruyera los óvulos fertilizados. La ex esposa se opuso, pues ello generaría que nunca pueda ser madre. Como bien platea Zucca la pregunta es, ¿debe el Tribunal denegar la maternidad a la ex esposa o debe forzar la paternidad del ex esposo? Para el autor el caso no puede resolverse racionalmente (p. 11). Se discrepa de tal posición. Si bien cualquiera de las decisiones afectará a alguna de las personas, la raíz de la imposibilidad de ser madre de la ex esposa no reside en un acto de voluntad de ella o de él, sino en su enfermedad, de la que el ex marido, evidentemente, no

En estas situaciones son posibles dos escenarios. El primero consiste en que el legislador haya previsto la regla que resuelve el conflicto. Si ese el caso, el principio formal de certeza y respeto a las decisiones democráticas que la regla representa en sí misma, obliga a resolver el caso conforme al tenor de la regla.

De este criterio deriva la siguiente meta-regla: *Si un conflicto entre principios no puede resolverse ni siquiera apelando a una convención profunda sustentada en la dignidad humana, pero una regla establece la solución, el conflicto se resuelve conforme a lo prescrito por la regla* (**Meta-regla N.º 13**).

El segundo escenario es que no haya regla que solucione ese tipo de conflicto. En estos casos, dado que hay más de una respuesta sustentada, con igual fuerza axiológica, en la dignidad humana, el juez deberá resolver bajo una discrecionalidad en sentido fuerte.

Como se sabe, la discrecionalidad en sentido fuerte ha sido descrita como la posibilidad de elección entre distintas soluciones correctas para un mismo caso[69], y es diferenciada de la discreción en sentido débil, caracterizada como aquélla que se manifiesta en los casos en los que aunque cabe argumentar nítidamente a favor de una única solución correcta, esta no es evidente a partir del simple vistazo a las normas jurídicas, requiriendo un razonamiento problemático[70]. Pero incluso la elección ejercida en el

tiene culpa. Por el contrario, la posibilidad o no de ser padre del ex esposo sí tiene origen en una decisión autónoma que, por su nivel de trascendencia, puede ser revocada. En consecuencia, no es demasiado complejo arribar a la conclusión de que en el segundo caso la autonomía resultaría afectada en un mayor nivel. Por ello, de seguro, la legislación inglesa estipuló legalmente la revocatoria del consentimiento. Por lo demás, como se verá en un momento, en la hipótesis negada de que se hubiera tratado de un conflicto, todas las cosas consideradas, irresoluble en razón de la propia dignidad, hay que resolver el caso conforme a la regla estipulada por el legislador.

69 Cfr. Bell, J., «Discretionary decision-making: a jurisprudential view», en: Hawkins, K. (editor), *The uses of discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 92; también, cfr. Shiner, R., *Norm and Nature*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 33.

70 Cfr. Iglesias, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 26.

En todo caso, hay que distinguir la discreción a la que aquí se alude de la que Kelsen denominada «discreción explícita» referida a los casos en los que un ordenamiento autoriza expresamente al juez a adoptar *ex novo* y de manera plenamente autónoma, la solución pertinente al caso, allí donde el Derecho no ofrece respuesta

marco de una discrecionalidad fuerte puede ser reconducida a un control de racionalidad, por el sencillo motivo de que se encuentra todavía sujeta a la necesidad de ser justificada o motivada, es decir, a la necesidad de aportar razones normativas explícitas a su favor[71].

Así, cabe afirmar lo siguiente: *Si un conflicto entre principios no puede resolverse ni siquiera apelando a una convención profunda sustentada en la dignidad humana, y ninguna regla establece la solución, el conflicto se resuelve discrecionalmente eligiendo entre los principios enfrentados* (**Meta-regla N.º 14**).

4. Derrotabilidad jurídica sobre la base de la articulación de reglas y principios en los casos individuales.

Como en su momento se afirmó, el hecho de que una norma sea válida, no significa que, presentadas ciertas condiciones, puedan ser inaplicadas a casos a los que *prima facie* estaban llamadas a ser aplicadas. Es decir, no significa que sea inderrotable. Desde luego, tal norma gobernará la mayoría de casos que se subsuman en su caso genérico, pero eventualmente su aplicación tendría que ser jurídicamente exceptuada. La razón fundamental por la que ello puede tener lugar en el ámbito de los Estados Constitucionales, deriva de que la dignidad humana, como criterio moral último del sistema acepta la superposición normativa entre principios, en razón del pluralismo consubstancial a la protección de la autonomía.

En este escenario, cobran esencial relieve los niveles de relación que, dadas las particularidades del caso, puedan plantearse entre las reglas y

(cfr. Iglesias, M., *El problema de la discreción judicial*, ob. cit., pp. 29 - 30). Con todo, la «discreción explícita» no tiene ahora mayor relevancia, no solo porque casi la totalidad de sistemas no la acogen, sino porque tal como están configurados los ordenamientos jurídicos contemporáneos, «es difícilmente imaginable un supuesto en el que el juez, olvidando los textos normativos, pueda desarrollar libremente su sentimiento jurídico o su ideal de la moral» (cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, ob. cit., p. 190).

71 En ello coinciden diversos autores: cfr. Raz, J., «Legal principles and the limits of law», en: *The Yale Law Journal*, V. 81, N.º 5, 1972, pp. 847 - 848; Hart, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, en: *Sistema*, N.º 36, 1980, p. 9; Barak, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989, pp. 24 - 27; Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial*, ob. cit., pp. 176 - 177; Vernengo, R. J., *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1977, p. 113 y ss.

los principios que ellas concretizan, y entre las reglas y los principios frente a los cuales pueden ingresar en tensión.

Si por regla se entiende aquella disposición con una cierta autonomía semántica, es posible advertir, a través de la interpretación teleológica, que determinadas reglas constitucionales encuentran su razón subyacente en principios que están contenidos en la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 2° 9 de la Constitución peruana establece que «Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de domicilio». No es difícil concluir que este precepto tiene como fundamento la protección de la intimidad, la cual también se encuentra protegida constitucionalmente en el artículo 2° 7: «Toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar». Por otra parte, el artículo 2° 24 f. establece que «Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito», evidentemente, tiene como razón subyacente la protección de la libertad personal, la cual también se encuentra protegida expresamente en el artículo 2° 24.

En los dos ejemplos planteados, dado que del contenido de la regla deriva también una carga axiológica importante, puede afirmarse que hay una relación necesaria entre la regla y su principio subyacente con prescindencia de las particularidades de los casos individuales. *Siempre* que se afecta la semántica de la regla, se afecta además el principio subyacente.

Pero ello no sucede con todas las reglas constitucionales. Piénsese, nuevamente, en el artículo 181° de la Constitución: «Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno». Es más problemático encontrar una relación teleológica entre esta regla y un principio constitucional, pues ella no deriva con claridad de su semántica. Por supuesto, que siempre es posible razonar que la regla quiere decir lo que dice y punto. Incluso se puede sostener que debe enfocarse así el asunto porque ello favorece a la predictibilidad y por consiguiente a la autonomía. Pero este razonar *atrincherado* no resulta acorde con la actitud que debe tener un juez que se tome los principios constitucionales en serio.

Por ello, parece resultar más compatible con el entendimiento de la Constitución como una unidad, interpretar que la regla tiene por objetivo que el JNE pueda preservar la seguridad jurídica que debe rodear un proceso electoral, resguardando la finalidad del sistema electoral consistente en

que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (artículo 176° de la Constitución), en ejercicio del derecho fundamental a ser elegido y a elegir libremente a sus representantes (artículo 31° de la Constitución). Esta finalidad, por supuesto, se vería afectada si las resoluciones del JNE no tuvieran carácter definitivo, y pudieran ser luego impugnadas ante otras autoridades.

Si en un determinado caso, la regla está acompañada de su principio subyacente, y a pesar de la actitud deliberativa del intérprete no existen principios que pongan en duda su aplicación, evidentemente, la regla se aplica, sin necesidad de ponderación alguna. Imagínese el siguiente caso: el JNE ha declarado fundada una tacha interpuesta contra una persona y ha ordenado su retiro de una lista de postulantes al Congreso, puesto que tal persona tiene 23 años, y la Constitución establece como una condición para ser congresista tener como mínimo 25 años (artículo 90° de la Constitución). Si esa persona decidiera interponer una demanda de amparo contra la resolución del JNE, esta sería declarada improcedente en aplicación directa y sin dubitaciones del artículo 181° de la Constitución.

O imagínese que a pesar de que la Constitución establece que «el mandato legislativo es irrenunciable» (artículo 94° de la Constitución) -cuyo principio subyacente, puede decirse, es que la voluntad del representante no modifique el sentido de la voluntad popular en cuanto a la conformación del Parlamento que «representa a la nación» (artículo 93° de la Constitución)- un congresista que postuló y accedió al Congreso estando vigente la regla pretende que se acepte su renuncia alegando violación a su autonomía. En el caso la regla se aplica con facilidad, puesto que acceder a la petición afectaría además al principio subyacente y no hay visos de principios que lo pongan en duda.

Ahora bien, ¿cuando en un determinado caso una regla no está acompañada de su principio subyacente, ella no aporta nada al discurso jurídico? ¿Significa, por ejemplo, que fuera del escenario de un proceso electoral, las resoluciones del JNE pueden ser revisadas, por ese solo hecho? Parece bastante evidente que no. De ser así, las reglas no ordenarían nada por sí misma.

Sin embargo, algunos autores parecen sostener esta tesis. Así, por ejemplo, para A. Ródenas una razón suficiente para la derrotabilidad jurídica se presenta cuando «las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso»[72]. De esta manera, a su juicio, si se asume que la regla «Prohibido fumar en los lugares de trabajo» tiene como razón subyacente la protección del derecho a la salud de los no fumadores, entonces, debe encontrarse permitido que un empleado fume en su centro de trabajo si su labor consiste en atender llamadas fuera del horario de trabajo de los demás empleados. Como puede comprenderse, si así fuese, ya no solo resultaría que lo prescrito por una regla puede resultar derrotado por un principio cuyo peso normativo permita arribar a una conclusión distinta, sino que las reglas, por sí mismas, no cumplirían ningún rol en el razonamiento jurídico. Solo sus principios subyacentes cumplirían dicho rol: si dado el caso están presentes, entonces hay algo prescrito, si no lo están el asunto no está regulado.

Este enfoque no puede compartirse. Para que la regla «Prohibido fumar en los lugares de trabajo», pueda resultar derrotada en un caso concreto, es preciso, como condición necesaria, aunque no suficiente, que existan razones derivadas de otras normas que lleven a una prescripción distinta. Pero no resulta suficiente que, dado el caso individual, su principio subyacente no esté presente. En el caso que plantea Ródenas, ¿qué principio jurídico lleva a la conclusión, siquiera *prima facie*, de que la regla debe ser exceptuada? Pues ninguno. *Ergo*, no está permitido fumar aún cuando no se vaya a afectar la salud de nadie. La regla vale por sí misma.

Y no nos lleva a una conclusión distinta asumir que es el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del empleado el que hace derrotable la regla, puesto que aún cuando las reglas, dado un caso individual, estén desprovistas de sus principios materiales subyacentes, ellas llevan consigo -en razón de su autonomía semántica- unos principios formales medulares para la institucionalidad del Derecho. Tal como señala Alexy, los principios formales lo que exigen es «que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada»[73],

72 Cfr. Ródenas, A., *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 39.

73 Cfr. Alexy, R., «Principios formales», traducción de M. Quimbayo, en: *Doxa*, N.° 37, 2014, p. 20. Ello se encuentra en íntima conexión con los «principios de legalidad» de los que hablaba Hart (cfr. Waldron, J., «Hart y los principios de legali-

lo cual en un Estado Constitucional, como refiere el propio Alexy, puede ser además conectado con el principio democrático.

El error de Ródenas, también se deja apreciar en ciertos aspectos de los interesantes postulados de Atienza y Ruíz Manero en su obra *Ilícitos atípicos*[74]. A lo largo de su libro, en términos generales, para los autores españoles una conducta es típica o atípica dependiendo, respectivamente, de si se subsume o no en una regla. Pero, con total prescindencia de esta consideración, la conducta será conforme con el Derecho (lícita) si es compatible con un adecuado balance de principios, y no conforme con el Derecho (ilícita) si ocurre lo contrario. Es decir, las reglas desempeñan un rol mínimo, por no decir inexistente, al momento de determinar si una conducta es o no jurídicamente válida.

Tal como refiere B. Celano, en esta teoría de Atienza y Ruíz Manero, «las reglas son (...) superfluas: no desempeñan ninguna función. De ellas depende únicamente la posibilidad de atribuir a las conductas lícitas o ilícitas (en virtud de su conformidad o no con los principios aplicables) la etiqueta, carente de toda consecuencia de 'típicas' o 'atípicas'»[75].

Los profesores españoles han replicado que, por el contrario, sí toman en consideración los principios consubstanciales a la existencia de las reglas. Refieren, concretamente, que «en situaciones caracterizadas por la presencia de reglas, han de entrar en línea de cuenta no solo los principios sustantivos del sistema aplicables al caso, sino también los principios (principios institucionales) vinculados al seguimiento de reglas (tales como la estabilidad, la predectibilidad, el respeto a la distribución del poder ordenado por la Constitución o por la leyes, etc.)»[76]. Claramente,

---

dad», en: M, Kramer (*et. al.* compiladores), *El legado de H. L. A. Hart*, traducción de C. Orunesa y J. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 105 y ss.

74 Cfr. Atienza, M. y Ruíz Manero, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

75 Cfr. Celano, B., «Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruíz Manero, Ilícitos atípicos», en: *Derecho, justicia, razones*, traducción de A. Greppi y F. Laporta, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 173.

76 Cfr. Atienza, M., Ruíz Manero, J., «Reglas, principios y derrotabilidad», en: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2009, p. 248.

los principios institucionales a los que hacen alusión, son los principios formales a los que alude Alexy.

Utilizan como ejemplo para confirmar el sustento de su réplica la regla «Prohibido circular a más de 120 km/h en una autopista». Coinciden en que su razón subyacente es incrementar la seguridad y evitar accidentes; e inmediatamente se preguntan: «¿qué pasa si un automovilista, en una mañana espléndida de perfecta visibilidad, en una recta prolongada, sin tráfico y conduciendo un automóvil en perfecto estado y equipado con la mejor tecnología en materia de seguridad, sobrepasa un poco esa velocidad? ¿Se le debe multar?»[77]. La respuesta a la que arriban, con la que obviamente se coincide, es que sí.

Refieren, no obstante, que debe imponerse la multa, a pesar de que «[e]l balance entre los principios sustantivos relevantes en el caso nos diría sin duda que no»[78]. ¿A qué balance se refieren? En el caso no ha existido ningún balance. La regla se aplica porque el caso se subsume en ella y no aparece ni siquiera *prima facie* alguna razón principial para ponerlo en duda. Es decir, nada parece sugerir que en el caso sea necesario balance o ponderación alguna. Atienza y Ruíz Manero parecen asumir que incluso para determinar cuándo una regla -claramente válida- debe ser aplicable o no, siempre se requiere una ponderación entre principios, y ese parece ser un error.

En un trabajo posterior Atienza se ha preguntado si en alguna ocasión resulta correcto en el razonamiento jurídico evitar la ponderación. Frente a tal interrogante ha respondido lo siguiente:

> «[E]vitar recurrir a una ponderación y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo; en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que por lo demás, es una seña de identidad de la racionalidad jurídica moderna (llámese principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho en el sentido de Weber). El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, o sea, no

77 Cfr. Atienza, M., Ruíz Manero, J., «Reglas, principios y derrotabilidad», ob. cit., p. 250.

78 Cfr. *Idem*.

ver el Derecho como un sistema de reglas y de principios; o, dicho de otra manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación»[79].

Tiene que coincidirse con Atienza en que se incurre en un formalismo indebido cuando se quiere apreciar el Derecho como un sistema de reglas, y no como un sistema de reglas y principios, en el que a estos corresponde situarse en un segundo nivel de fundamentación. Pero tener esto presente, es decir, tener presente que la pregunta sobre si debe o no aplicarse a un caso una regla, debe conllevar siempre una pregunta también en clave de principios, es distinto a sostener que arribar a una respuesta correcta requiere siempre una ponderación. Asociar conceptualmente en el razonamiento jurídico práctico, de modo necesario, reglas con principios, parece correcto; pero no parece correcto hacer la misma correlación necesaria entre principios (y por tanto reglas) y ponderación. Esta última asociación conceptual necesaria puede poner en riesgo el sano ingrediente formalista, que, como bien apunta Atienza, es también necesario para la racionalidad jurídica.

Piénsese en el siguiente ejemplo. En muchos sistemas jurídicos existe la regla «Prohibido cruzar el semáforo en rojo». Puede convenirse en que sus razones subyacentes son garantizar el orden del tránsito y la integridad personal y la vida de los peatones y los otros conductores. Y puede decirse que, en este caso (genérico), esta sola constatación basta para arribar a la conclusión de que la regla es válida, pues no surgen siquiera *prima facie* razones de principio para ponerlo en duda. Es decir, puede concluirse la validez de la regla sin ponderación alguna. Ahora bien, si alguien está llegando tarde a un examen muy importante, y resulta meridianamente claro que cruzar el semáforo en rojo no afectaría el orden del tránsito ni la integridad personal o la vida de alguien, ¿está autorizada por el Derecho a incumplir la regla?, es decir, ¿puede sostenerse que este es un caso individual en el que la regla es jurídicamente derrotable? Claramente no, y para llegar a tal conclusión tampoco se requiere ponderación alguna.

Un último ejemplo sobre este punto. La regla «Prohibido el ingreso de animales a los locales públicos», parece tener como razón subyacente la protección de la salud y la tranquilidad de las personas que se encuentran

79 Cfr. Atienza, M., «A vueltas con la ponderación», en: M. Atienza y J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2012, p. 32.

dentro de los locales públicos, y sobre la base de este razonamiento puede concluirse su validez abstracta si realizar ningún balance. De otro lado, como se comprenderá, el hecho de que alguien llegue a la puerta de un centro comercial con un mono extraordinariamente bien amaestrado y con certificado de salubridad vigente, no le autoriza a ingresar con él, y tampoco es requisito balance alguno para llegar a dicha conclusión.

Por consiguiente, puede estipularse la siguiente meta-regla: *Una regla válida se aplica a un caso individual subsumible en su caso genérico, resulten o no aplicables sus principios subyacentes, siempre que no se aprecien ni siquiera prima facie principios que pongan en duda su aplicación, sin que para ello sea necesaria ponderación alguna* (**Meta-regla N.° 15**).

Se tratará de un caso fácil desde punto de vista de la argumentación jurídica, en el que no se producirá derrotabilidad normativa de ninguna clase. Y es conveniente razonar así, puesto que, sin que pueda decirse que en tales casos la subjetividad interpretativa ha desaparecido, ciertamente, se encuentra presente en menor medida que si se hubiese ponderado. Se tratará, además, de casos que permiten confirmar que incluso en un Estado rematerializado como es el Estado Constitucional, hay motivos para tomarse las reglas en serio (aunque estén «solas»), en virtud de los principios formales o institucionales que también forman parte del Derecho.

Qué sucede, sin embargo, si dado un caso concreto al que una regla es *prima facie* aplicable, no se encuentra sustentada en su principio subyacente y su aplicación afectaría otro principio.

Piénsese en el siguiente ejemplo[80]. Fuera de tiempo de elecciones, el JNE peruano vacó en el cargo de Alcalde municipal a un ciudadano por la causal prevista en el artículo 22° 6 de la Ley N.° 27972, referida a la existencia de una «sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso». Esta persona interpuso una demanda de amparo que dio lugar a un proceso en el que quedó indubitablemente acreditado que el JNE emitió la resolución de vacancia antes de que existiera una sentencia emitida en última instancia, a través de la cual además le cancelaba su documento nacional de identidad. Y no solo ello, sino que antes de que culmine el proceso de amparo, la sentencia penal definitiva declaró que la acción penal había prescrito por lo que no se emitió ningún juicio conde-

80 Cfr. STC 2730-2006-PA.

natorio. Cuando la persona solicito al JNE que declarara la nulidad de su resolución y lo repusiera en el cargo, este indicó que ello era imposible, puesto que, según quedó expuesto antes, de conformidad con el artículo 181° de la Constitución peruana, «las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno»[81].

Esta es, sin duda, una regla clara frente a la cual –a decir de Habermas y otros– la materialidad del Derecho poco tendría que hacer. Sin embargo, el artículo 2° 24 e) de la Constitución peruana reconoce el derecho a la presunción de inocencia; el artículo 31° reconoce el derecho a ser elegido representante; y el artículo 2° 1 reconoce el derecho a la identidad, y la aplicación de la regla hace irrevisable una resolución que los afecta. Dicha revisión además no comprometería ningún principio subyacente a la regla, puesto que no se está en tiempo de elecciones.

Siempre podrá decirse que la aplicación de la regla, por su mayor grado de determinación, viene respaldada por un rasgo jurídico esencial como es la certeza y por las fuertes razones para la acción que de ella derivan. Pero ningún rasgo formal del Derecho, por sí mismo, es superior a un principio sustantivo sustentado en la dignidad cuando, dado un caso, se encuentra notoriamente afectado por la aplicación de la regla.

Piénsese nuevamente en la regla «Prohibido cruzar el semáforo en rojo», cuya razón subyacente, como se dijo, es garantizar el orden del tránsito y la integridad personal y la vida de los peatones y los otros conductores. Si una persona llega a un semáforo en rojo con una persona gravemente herida en el asiento contiguo, y si cruza claramente no afectará los principios subyacentes, ¿está impedida de cruzar? Parece ser que la respuesta correcta es que no. Y para ello ha bastado constatar que la regla no está acompañada de su principio subyacente y que, dado el caso, su aplicación afectaría un principio contrario.

Igualmente, vuélvase a considerar la regla «Prohibido el ingreso de animales a los locales públicos», la cual, según se había sostenido, tiene como razón subyacente la protección de la salud y la tranquilidad de las personas que se encuentran dentro de los locales públicos. Recuérdese ahora el ejemplo propuesto por Shauer de la persona con discapacidad

81 Cfr. Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.° 1186-2006-JNE.

visual que quiere ingresar a un local público con un perro lazarillo. Si el perro lazarillo cuenta con un certificado de salubridad vigente, el principio que subyace a la regla no resultaría afectado. Por el contrario, si la regla se aplica se afectarían los derechos de la persona al libre desarrollo de la personalidad y a no ser discriminada en razón de su discapacidad. Así las cosas, ¿está impedido de ingresar? Nuevamente, la respuesta parece ser negativa[82].

Lo expuesto parece permitir establecer la siguiente meta-regla: *Una regla válida resulta derrotada por un principio contrario, si, dado el caso, el principio subyacente a la regla no resulta aplicable, sin que para ello sea necesaria ponderación alguna* (**Meta-regla N.° 16**).

Corresponde analizar la resolución de casos en los que, dadas sus características, una regla está respaldada por su principio subyacente y, a su vez, su aplicación afectaría a un principio contrario. En tales circunstancias, para que la regla resulte derrotada, será necesario que el principio contrario ostente más peso que el principio que respalda a la regla.

Recuérdese la regla que establecía el aislamiento celular continuo durante el primer año de detención para las personas condenadas por terrorismo. Imagínese que la regla es considerada válida (es decir que se considera que en abstracto es representativa de un adecuado balance entre los principios de integridad personal del recluso y la búsqueda de protección de la seguridad personal y la democracia), ¿significa que siempre será inderrotable en los casos en los que se encuentre respaldada por su razón subyacente? La respuesta en negativa. Piénsese en el siguiente ejemplo. Carlos es un condenado por terrorismo y transcurridos seis meses de su internamiento (es decir, estando aún vigente el régimen de aislamiento celular continuo), su madre se acerca al director del establecimiento penitenciario para comunicarle acreditadamente que como consecuencia de un cáncer terminal se le ha pronosticado como máximo dos meses de vida. Solicita formalmente, por consiguiente, poder ver a su hijo para despedirse de él. El caso individual no solo otorga ahora más peso al derecho a la integridad personal del condenado por terrorismo (el aislamiento generará en su caso, adicionalmente, no poder despedirse de su madre antes de su muerte), sino que ahora suma una importante afectación al

82 El Tribunal Constitucional ha razonado parcialmente en este sentido (cfr. STC 2437-2013-PA).

derecho fundamental a la integridad personal de su madre. Las razones vinculadas a la seguridad parecen encontrarse, comparativamente, en un umbral menor de importancia.

Ante una negativa por parte del establecimiento penitenciario, un juez no deliberativo, simplemente, confirmaría la validez de la decisión administrativa. Uno deliberativo, en cambio, podría ordenar que el encuentro tenga lugar dentro del centro penitenciario tomándose las medidas de seguridad pertinentes. La regla, desde luego, mantendría su validez abstracta, pero habría sido derrotada en el caso específico[83].

Volviendo al recurrido ejemplo sobre la regla que ordena la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE, imagínese que en tiempos de elecciones el JNE ha impedido que una persona forme parte de una lista al Congreso por la religión que profesa. Obviamente habría violado su derecho a la libertad religiosa, pero si antes de que se resuelva el amparo presentado contra el JNE la elección ya se ha producido, ¿es posible reponer las cosas al estado inmediatamente anterior? Tal razonamiento conllevaría la nulidad de la elección con la consecuente afectación de la seguridad jurídica, es decir, la razón subyacente de la regla. En este caso, el principio subyacente parece tener más peso que el principio afectado, por lo que la regla tendría que aplicarse[84].

83 Esto es lo que Ródenas denominaría «derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas» (cfr. Ródenas, A., *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 37 - 39). Puede generarse algún debate sobre si este último sería también o no un fenómeno de ejercicio del control difuso de constitucionalidad de normas. Si se defiende la tesis de que este control solo se da sobre normas inválidas en abstracto, no lo sería. Si se defiende la tesis de que el control difuso consiste en la inaplicación de una norma por las consecuencias inconstitucionales que derivarían de dicha inaplicación, con prescindencia de si la norma es o no válida en abstracto, entonces sí lo sería. Lo cierto es que en la cuna del control difuso (el *common law*) pareciera que el enfoque correcto es el segundo, puesto que en estos ámbitos el concepto de validez abstracta tiene una pertinencia muy residual. No obstante, este enfoque puede ser algo problemático en los países en los que los jueces carecen de la competencia para ejercer dicho control. Y es que si se hace una asociación conceptual necesaria entre control difuso y derrotabilidad normativa, entonces en tales ámbitos ante un supuesto en el que se encuentre justificada la derrotabilidad de una norma, los jueces no podrían inaplicarla.

84 Es por ello que cuando el Tribunal Constitucional estableció como criterio general que una resolución del JNE, a pesar de lo previsto en el artículo 181° de la Cons-

Así, puede establecerse la siguiente meta-regla: *Si efectuada la ponderación un principio que resultaría afectado por la aplicación de una regla, tiene mayor peso que el principio subyacente que la respalda en el caso, la regla resulta derrotada, de lo contrario la regla se aplica* (**Meta-regla N.° 17**).

Debe quedar claro, sin embargo, que en todos los casos en los que una regla resulta derrotada, se incorpora una dosis de discrecionalidad (débil), pero, paradójicamente, se agrega también la posibilidad de dotar de una dosis adicional de racionalidad al ordenamiento, por el sencillo motivo de que de esta forma el mandato claro de normas creadas desde la abstracción, no se presenta como una fuerza irresistible más allá de la injusticia jurídica que su aplicación pueda generar en los casos concretos. En definitiva, la decisión judicial parece presentar irremediablemente –a veces más, a veces menos– una mezcla de voluntad y razón. Una voluntad que se manifiesta en su faz creativa, y una razón que lo hace en la delimitación racional de dicha creación[85].

titución, podía ser revisada si afectaba un derecho fundamental, se preocupó por agregar lo siguiente: «en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas» (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 39 b) y punto resolutivo 3).

85 Voluntad y razón no son, en efecto, cuestiones reñidas (cfr. Barranco, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid / Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 22).

CONTEXTO DE LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA RELACIÓN ENTRE EL LIBERALISMO Y EL ESTADO EN EL PENSAMIENTO DE DALMACIO NEGRO PAVÓN

José Mario Azalde León[1]

"Pero lo que no hay es una política liberal de carácter general, sino siempre únicamente una crítica liberal de la política"

Carl Schmitt

La discusión en torno a la relación entre la tradición liberal y el Estado se inserta dentro de un tópico de la teoría política que ha sido estudiado extensamente por filósofos e intelectuales a lo largo de la historia de las ideas políticas: el denominado fin de la historia[2].

En este contexto, han surgido muchas especulaciones sobre este presunto o hipotético fin de la historia (en coordenadas contemporáneas), fundamentalmente como consecuencia del fracaso de los modelos políticos

1 Abogado y magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Santa María de Arequipa. Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas por la pontifica Universidad Católica Argentina. Docente universitario.

2 El tema puede remontarse hasta las visiones escatológicas cristianas del medioevo. Entre los pensadores modernos más relevantes que han tratado el tema se encuentran: Hegel (quien seculariza este lugar teológico con su Estado Ético), Comte (el Estado Positivo), Nietzsche (La muerte de Dios y el nihilismo), Spengler (la decadencia de Europa).

socialistas[3] y el "probable" triunfo inexorable de la democracia occidental y el liberalismo[4]. En el plano académico, Francis Fukuyama[5] es el principal representante de esta posición ideopolítica.

El fracaso del socialismo ha producido una conmoción en el mundo político e intelectual ya que su derrota representó el ocaso del marxismo como alternativa ideológica e histórica. Así, queda ante el escenario mundial un único modelo político, el liberal, victorioso en la pugna que la historia contemporánea ha denominado guerra fría, y que se configura como única alternativa real e inevitable en la coyuntura mundial actual.

Dalmacio Negro realiza un balance de esta hipótesis. Considera que la democracia liberal "al parecer" sólo ha triunfado en la civilización occidental, no "urbi et orbi"[6]. Por eso la democracia aún no puede ser considerada un sistema político universal. Establece que el presunto fin de la historia universal responde "aparentemente", más bien, al fin de una historia específica: "Tal vez la historia de Europa, en su pretensión de representar la historia universal por haber sido la más dinámica de todas las historias transcurridas hasta ahora[7]". Pero esta aproximación debe ser entendida como el correlato de la crisis histórica del elemento moderno más importante de la sociedad europea, el Estado: "el fin de la historia de una época vinculada a su figura política: el Estado...el anunciado fin

3 Los modelos denominados comúnmente como "socialismo real", distinguiendo así los postulados teóricos del marxismo y su aplicación histórico-práctica.

4 Este hipotético triunfo en coordenadas europeas sería el de la socialdemocracia (que formaría parte del gran consenso liberal internacional, aunque diferenciándose en su progresismo cultural y su reaccionario laicismo político).

5 Francis Fukuyama, lanzado al estrellato académico con su libro "The End of history and the last man" (El fin de la historia y el último hombre).

6 La Revista inglesa The Economist en su Índice de Democracia (2007) determinó que sólo 28 países constituyen democracias "plenas", siendo el 17 por ciento de los 167 países observados y su población sólo el 13 por ciento de la observada (las variables utilizadas fueron: 1. Sistema electoral; 2. Eficacia gubernamental; 3. Participación política; 4. Cultura política y 5. Libertades civiles). http://www.eldiplo.info/mostrar_articulo.php?id=664&numero=65

7 Dalmacio Negro Pavón, La tradición liberal y el Estado, Rigorma Grafic S. L., Madrid, 1995, p. 13.

de la historia puede ser más bien de la historia de Europa como historia del Estado[8]".

El fin del Estado es el resultado de una serie de elementos históricos, políticos y culturales que se superponen unos a otros y que originan una situación de anomia y caos social. Por un lado, el Estado fue concebido por la teología política moderna (la teoría política legitimadora del Estado) como una unidad perfecta, cerrada, capaz de reconciliar todas las oposiciones y que cumple fines propios que le son intrínsecos[9]. Esta concepción "ontológica" de la estatalidad ha sido disuelta por el influjo de la ideología[10], la cual a través de las diversas interpretaciones críticas de la función del Estado, desnuda su naturaleza, dejando ver su esencia de mero artefacto o instrumento al servicio del poder. Otro factor o elemento que permite comprender la crisis por la cual está atravesando el Estado es el fin de la modernidad o de las legitimidades modernas.

La modernidad es "el proceso de secularización o laicización, es decir, la ruptura y el progresivo distanciamiento entre lo divino y lo humano, entre la revelación y la razón, o, si se prefiere, la lenta y sucesiva sustitución de los principios y valores cristianos, que habían dado unidad y sentido a los pueblos europeos durante al menos diez siglos por los

8 Dalmacio Negro, La tradición liberal, p. 14-15.

9 Esto se puede constatar en Hegel: "En cuanto realidad de la voluntad sustancial, realidad que ésta tiene en la autoconciencia particular elevada a su universalidad, el Estado es lo racional en sí para sí. Esta unidad sustancial es autofinalidad absoluta, inmóvil, donde la libertad llega a su derecho supremo, así como esta finalidad tiene el derecho supremo frente a los individuos, cuyo deber supremo consiste en ser miembros del Estado". Atilio A. Boron (Compilador), La Filosofía Política Moderna, De Hobbes a Marx, CLACSO-EUDEBA, Buenos Aires 2000, p. 233.

10 La diversidad de interpretaciones acerca de la función inherente del Estado en la sociedad demuestran que el Estado tiene tantos fines como ideologías se han configurado. Pero la ideología también ha llegado a su ocaso. Con la postmodernidad se llega al fin de la ideología entendida como metarelato o explicación total y exhaustiva de la historia. Así la postmodernidad en cuanto corriente filosófica (o contracorriente) sostiene la inviabilidad de los grandes proyectos históricos. Un representante de la corriente, Gianni Vattimo sostiene: "Mi tesis consiste en que esas dificultades del concepto de lo postmoderno [...], sólo pueden encontrar alguna solución si se tematizan explícitamente los problemas que abre la invalidación de la legitimación de los grandes "metarrelatos", G. Vattimo, Ética de la interpretación, Paidós, Barcelona 1991, p. 22-23.

valores pretendidos de la razón pura[11]". Así, la principal característica de la modernidad es la secularización[12] derivándose de ésta otros elementos que constituyen constantes en el derrotero del proyecto moderno[13] (y por tanto de las legitimidades modernas).

Estos elementos son:

a.- La razón autónoma, que no busca la concordia o relación armónica entre Fe y razón sino la autonomía, sintetizada en la frase de Inmanuel Kant que Carlos Valverde denomina "el eslogan de la Ilustración": ¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento[14]! En la postmodernidad se duda de la razón, de sus capacidades y proyecciones históricas.

Para los ilustrados, todos los males se deben a la ignorancia, a la falta de educación, y sólo mediante el conocimiento racional por sí mismo se puede asegurar una sociedad auténtica y libre. Esta razón moderna conduce a un reduccionismo metodológico que se orientaría posteriormente al racionalismo y al empirismo, sustituyendo la epistemología especulativa propia de la metafísica por la epistemología empirista, que sólo conoce lo fáctico, no lo esencial o lo sustancial de las cosas (y el coronamiento del método inductivo como medio imprescindible para el conocimiento científico).

b.- La felicidad es entendida como satisfacción sensitiva, convirtiéndose en fin último del hombre, eliminando fines trascendentes como la vida contemplativa, la santidad o el heroísmo. La felicidad podía ser alcanzada por el mero esfuerzo racional.

---

11 Carlos Valverde, Génesis, estructura y crisis de la modernidad, BAC, Madrid 2003, XIII.

12 Según Carl Schmitt, la secularización es la sustitución de Dios como instancia absoluta, por factores mundanos y del más acá. Carl Schmitt, Romanticismo político, Universidad Nacional de Quilmas, Buenos Aries 2005, p. 58.

13 Valverde, Génesis, p. 189-209.

14 Inmanuel Kant, ¿Qué es la Ilustración?,

http://www.usma.ac.pa/web/DI/images/Eticos/Kant.%20Qu%C3%A9%20es%20la%20Ilustraci%C3%B3n.pdf

Tal como lo sostiene Negro, lo fundamental de la Ilustración es el "giro subjetivista" o el surgimiento y consolidación de la subjetividad moderna, del cual Descartes era un profeta.

c.- La naturaleza sufre una radical mutación. De ser cosa dada, esencia que determina la conducta y el ser del hombre, pasa a ser materia, cosa, objeto sensible cuantificable mediante el análisis científico.

d.- La lucha contra el cristianismo, representada paradigmáticamente en la exhortación de Voltaire de «Ecrassez l'*infame*» («*destruid a la infame*», la Iglesia), instituyéndose el deísmo[15] como religión natural.

f.- La moral autónoma, que no recibe valores y pautas de conducta de ningún ser o entidad extraño, sólo de la propia conciencia. La negación de la naturaleza, del ser de las cosas, conduce a la negación de lo natural en el hombre, quedándole sólo la libertad entendida como autodeterminación.

g.- La nueva filosofía social y política, encarnada en el iusnaturalismo racionalista.

h.- El antropocentrismo inmanente, que se opone a la tradicional visión teocéntrica de la realidad. Para conocerse, el hombre prescinde de todo dato sobrenatural (no hace referencia a la dimensión teologal o trascendente).

i.- Una visión excesivamente optimista frente al progreso. Los ilustrados (sobre todo Condorcet) creían en el progreso permanente e ilimitado de la sociedad mediante la iluminación de la razón.

Más sintéticamente, Carlos Massini Correas señala que los principales rasgos de la modernidad son[16]:

a.- Pérdida de la noción teleológica de la naturaleza, es decir, de la naturaleza que determina el ser del hombre y lo conduce hacia sus

15 "Por deísmo entendían "la opinión de aquellos que solamente reconocen un Dios, prescindiendo de la verdad revelada". Aceptaban un Dios creador que hubiese puesto en movimiento la "máquina del universo" (el Gran Arquitecto) y luego se despreocupaba del mismo. Kant, con su acostumbrada precisión germana, le apodará "el dios relojero". La consecuencia lógica era la negación de la Revelación y por ende, todas las religiones eran naturales y buenas. El deísta no negaba la existencia de un orden en el Universo - y en la sociedad -, pero este orden era "natural" y estaba regido - y era explicable - por la razón, que garantizaba el acceso a la felicidad". Florencio Hubeñak, Historia Integral de Occidente, EDUCA, Buenos Aires 2006, p. 223.

16 Carlos I. Massini Correas, El derecho natural y sus dimensiones actuales, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires 1998, p. 106-108.

fines naturales. La naturaleza marca lo que el hombre es, y la libertad rectamente entendida es el medio que lo conduce a su despliegue.

b.- Aparición de la noción moderna de sujeto, como sujeto autónomo, "libre" o autodeterminado.

c.- Inmanentización del pensamiento. Sólo es válido el pensamiento racional que analiza lo fáctico conforme al método científico. Fuera de esto, no existe ni conocimiento ni ciencia posible.

La modernidad (y los modernos) se empeña en construir un mundo perfecto conforme a los dictados de la razón. Su despliegue histórico abarca desde la aparición del nominalismo filosófico, el modelo empirista de la ciencia establecido por Newton (aplicación de la matemática para el conocimiento y explicación de todas las realidades), la teoría sensualista de Locke (sólo es conocimiento lo que nos llega a través de los sentidos), el ocaso del dualismo Imperio-Iglesia, cobrando gran intensidad con la Revolución Francesa. Así, ese lapso de la historia de la humanidad estuvo guiada por la razón moderna y sus proyecciones laicas e inmanentes, llegando el inicio de su decadencia con las guerras mundiales, y más exactamente con la segunda guerra mundial y la irrupción de los fascismos[17].

El proyecto moderno entra en crisis por la pérdida de confianza en la razón. En este contexto, surgen corrientes críticas de la racionalidad moderna, como la Escuela de Frankfurt (la primera generación conformada por Adorno, Horkheimer, Benjamin y Marcuse) y la postmodernidad stricto sensu (Lyotard, Vattimo, etc). Los primeros (los frankfurtianos) pretenden persistir en el proyecto moderno recuperando otras dimensiones excluidas de la racionalidad moderna que permita superar la reducción de ésta a mera racionalidad instrumental. La segunda corriente, la postmodenidad, sostiene que es inevitable desistir en las posibilidades de la razón como medio de emancipación (los postmodernos promueven un denominado pensamiento débil o dúctil que evite explicaciones exhaustivas o totalizadoras).

Ambas críticas tienen como trasfondo teórico la negación de los fundamentos de la realidad humana (la naturaleza entendida ontológicamente,

17 Esta delimitación es temeraria, en cuanto no se consideran los efectos o repercusiones del pensamiento moderno que aún están presentes en nuestra sociedad, y que forman parte de nuestra cosmovisión

el ser del hombre) que redunda en la negación radical de todo aquello que vaya más allá de la experiencia fenomenológica. Así, por ejemplo, Gianni Vattimo, filósofo postmoderno, establece que la razón no puede encontrar "la verdad" o el fundamento de la realidad: "no hay ningún Grund - fundamento- ninguna verdad última; solo hay aperturas históricas[18]", o Jurgen Habermas (segunda generación del pensamiento frankfurtiano) que pretende superar con su "teoría de la acción comunicativa" los límites de la razón instrumental pero sin renunciar a ella[19], reduciendo la verdad, la naturaleza, el ser del hombre, a una mera cuestión argumentativa.

Considerando las dificultades[20] que genera un extenso y riguroso análisis de un fenómeno reciente como la "postmodernidad", podemos

18 Gianni Vattimo, El fin de la modernidad, Gedisa, Barcelona 1986, p. 157.

19 "Habermas no cree que la tarea por desarrollar sea la de proponer alternativas a esa racionalidad científico-técnica. Su propósito es más bien el de elaborar una noción más amplia de racionalidad, en la que tenga cabida, como un momento necesario pero en ningún caso suficiente, la voluntad del hombre por controlar el mundo objetivado. No es ésta una diferencia de matiz, sino de fondo. Tiene que ver con el modo en que se sitúan frente al ideal de la Ilustración. Sus predecesores creyeron que la crítica radical de la razón debe plantearse en nombre de alguna dimensión excluida (del otro) de la razón: Habermas cree que de lo que se trata es de continuar el programa ilustrado por otros medios. Para él el proyecto de la modernidad, la esperanza de los pensadores ilustrados de que existe una conexión necesaria y fuerte entre el crecimiento de la ciencia, la racionalidad y la libertad humana universal, es una empresa práctica que no ha sido realizada aún, y que todavía puede orientar y guiar nuestras acciones". Manuel Cruz, Filosofía contemporánea, Taurus, Madrid 2002, p. 147-148.

20 "Nuestra época ha sido calificada por ciertos pensadores como la época de la "postmodernidad". Este término, utilizado frecuentemente en contextos muy diferentes unos de otros, designa la aparición de un conjunto de factores nuevos, que por su difusión y eficacia han sido capaces de determinar cambios significativos y duraderos. Así, el término se ha empleado primero a propósito de fenómenos de orden estético, social y tecnológico. Sucesivamente ha pasado al ámbito filosófico, quedando caracterizado no obstante por cierta ambigüedad, tanto porque el juicio sobre lo que se llama "postmoderno" es una veces positivo y otras negativo, como porque falta consenso sobre el delicado problema de la delimitación de las diferentes épocas históricas. Sin embargo, no hay duda de que las corrientes de pensamiento relacionadas con la postmodernidad merecen una adecuada atención. En efecto, según algunas de ellas el tiempo de las certezas ha pasado irremediablente; el hombre debería ya aprender a vivir en

intentar sintetizar o resumir la crítica a la modernidad en los siguientes elementos[21]:

a.- Crítica de la razón constructiva y sistemática.

b.- Pérdida de la noción de sujeto.

c.- Ausencia de fundamento de las realidades (jurídicas y políticas).

Sobre el contexto socio-cultural de la postmodernidad, sostiene Alberto Buela que "en la última etapa conocida como postmoderna se pone en marcha el proyecto del one world, los estados nacionales ceden soberanía a las megaempresas, la homogeneización cultural mundial corre de la mano de la revolución ciberno-informática y de los mass-medias transnacionales, el dinero electro-financiero supera 50 veces al dinero comercial. Quiebran los grandes relatos de la modernidad: la idea de progreso, la democracia como forma de vida, la confianza en la razón. Se produce el gran desencanto. El hombre al verse privado de lo que esperaba, está desencantado. Nada le importa. Hace su aparición el nihilismo en todos los ámbitos[22]".

Otros factores que develarían la crisis del Estado son: la imposibilidad del Estado de cumplir actualmente sus fines básicos, como los securitarios (seguridad interna y externa) y los problemas de gobernabilidad nacional (los conflictos que se suscitan dentro de la unidad estatal entre las regiones y localidades subnacionales) y supranacional (tiene poca injerencia y poder de acción frente a los organismos internacionales, las empresas trasnacionales y los conglomerados de Estados). El establecimiento de un nuevo y único espacio político hacen limitadas e inadecuadas las categorías estatales.

En este contexto, marcado por la crisis de la ideología y las legitimidades[23] modernas y que dan paso a una peligrosa situación de

una perspectiva de carencia total de sentido, caracterizada por lo provisional y fugaz. Muchos autores, en su crítica demoledora de toda certeza e ignorando las distinciones necesarias, contestan incluso la certeza de la fe". Juan Pablo II, Encíclica Fides et ratio, Paulinas, Lima 2002, 91.

21 Massini, El derecho natural, p. 110-114.

22 Alberto Buela, Ensayos de disenso, Ediciones Theoría, Buenos Aires 2004, p. 47.

23 Aunque una legitimidad débil, como lo constata el mismo Negro al narrar la evolución de las fuentes de legitimidad en la historia: "Hasta el siglo XVI, lo "legítimo"

ilegitimidad[24], resurge el liberalismo como posible fundamento y forma de la política contemporánea. Este "nuevo" liberalismo político[25], se configuraría como respuesta a la crisis del marxismo como alternativa histórica y a la necesidad de las democracias capitalistas liberales de tener un elemento válido y consensual de legitimación. Aparecería como respuesta al problema de la crisis de legitimidad política[26] en la sociedad moderna, cuyo prestigio se encuentra en su capacidad de supervivencia frente al socialismo[27] real y en su presunta coherencia doctrinal.

---

lo definía la Iglesia; luego, poco a poco, el Estado; desde la Revolución francesa y especialmente desde la de 1848, los intelectuales emancipados de la Iglesia y el Estado, a través de la ideología, en nombre de la Sociedad; desde 1968, tras un breve predominio de los científicos sociales, la opinión pública. Pero la opinión, en tanto opinión no puede definir la verdad". Dalmacio Negro, La tradición liberal, p. 15.

24 El nihilismo, que actualmente prima en el mundo moral e intelectual, no puede fundamentar nada: "Y ninguna forma política, sea o no estatal, puede ser radicalmente laicista. Un laicismo así, puro nihilismo, no podría legitimar nada: en él todo dependería de la voluntad de poder". Dalmacio Negro Pavón, Religión y Política: El Cristianismo en Europa, texto inédito, comunicación con el autor, p. 14.

25 De por sí, no se puede asociar a este "nuevo" liberalismo con los otros anteriores. No siendo objeto del presente trabajo analizar la naturaleza del actual liberalismo imperante o "neoliberalismo", pero por un fin ilustrativo, se hará una pequeña clasificación de sus principales elementos.

Desde la perspectiva del nuevo laborismo inglés, Anthony Giddens determina los principales elementos del nuevo liberalismo, al cual denomina thatcherismo o nueva derecha: 1).- Gobierno mínimo, 2).- Sociedad civil autónoma, 3).- Fundamentalismo de mercado, 4).- Autoritarismo moral, más un acusado individualismo económico, 4).- El mercado de trabajo se desregula como ningún otro, 5).- Aceptación de la desigualdad, 6).- Nacionalismo tradicional, 7).- Estado de bienestar como red de seguridad, 8).- Modernización lineal, 9).- Débil conciencia ecológica, 10).- Teoría realista del orden internacional y 11).- Pertenece al mundo bipolar. Anthony Giddens, La tercera vía, La renovación de la socialdemocracia, Taurus, México DF 1999, p. 18.

26 Frente a la búsqueda de una legitimidad sustancial, no la procedimental ni la legitimidad weberiana que se muestran insuficientes. "Legítimo, diría de nuevo Weber, es aquello que las personas creen legítimo". Rafael Del Águila, Manual de Ciencia Política, Trotta, Madrid 2000, p. 27.

27 El liberalismo constituiría una nueva fuente de legitimidad frente al socialismo caduco y agonizante, derrotado frente a los embates del nihilismo contemporáneo: "...el progresismo nihilista ha empezado a relevar al socialismo por su inoperancia en tanto una caduca ideología del siglo XIX desbaratada por la civiliza-

El liberalismo constituiría una respuesta a la "exigencia de una nueva forma de lo Político y de cambio radical en la organización de la vida social[28]".

Así, se podría establecer que en cierta forma triunfa el liberalismo en cuanto se configura como alternativa frente a la necesidad de una nueva forma de legitimidad política, como rival permanente (histórico) de la ontologización y la posterior crisis de la estatalidad, como una doctrina crítica que pugnó históricamente contra la estatalidad, y por el triunfo real (sobre todo ideal, ya que la democracia constituye un paradigma dentro del imaginario social) de las democracias occidentales frente al socialismo real.

Negro también establece que a pesar de la crisis histórico-política de Europa en cuanto crisis de su actor protagónico, el Estado, Europa aún sigue poseyendo la superioridad del pensamiento político ("la superioridad por ahora de la visión europea de lo Político y la Política[29]"). Establece que la ciencia política europea ha sido afectada por la absorción de la investigación política por el método científico moderno, que actualmente no se orienta a la búsqueda del mejor régimen político sino al mero análisis fáctico[30].

---

ción tecnológica". Dalmacio Negro Pavón, Religión y Política: El Cristianismo en Europa, p. 7.

28 Dalmacio Negro, La tradición liberal, p. 16.

29 Dalmacio Negro, La tradición liberal, p. 16.

30 "La Modernidad inaugurada con Bacon pero también por Descartes, Maquiavelo, Hobbes o Hume aparece, sin embargo, como una ruptura drástica con la Filosofía Antigua y, por ende, con la Filosofía Política. No existirá ya una naturaleza humana inmutable sino únicamente voluntades individuales que actúan libremente sin ningún tipo de coerción y sin ningún fin preestablecido. En estas circunstancias, la búsqueda del mejor régimen político se vuelve intrascendente e inútil pues lo que ha desaparecido en este ínterin es la distinción entre lo bueno y lo malo como conceptos objetivos. De allí se puede entender el porqué del interés de la Ciencia Moderna por los hechos más no por los fines (a menos que los fines provengan de elecciones individuales). Eduardo Hernando Nieto, Deconstruyendo la legalidad, Ensayos de teoría legal y teoría política, Fondo Editorial PUCP, Lima 2002, p. 204-2005.

Por eso, a pesar de las "serias limitaciones[31]" de la ciencia política moderna, Europa todavía mantiene una posición preponderante en el desarrollo de la Ciencia Política y es importante el aporte que puede dar a los países que beben de su tradición.

31 La moderna ciencia política europea se encuentra con serias limitaciones ya que (Negro citando a W. Hennis) "ha sucumbido al peligro de tomar sus conceptos, presuntamente generales, que exponen la esencia de la cosa, no de esta esencia, sino de su representación contemporánea. En vez de reflexionar sobre la época en que la ciencia misma se encuentra, refleja más bien la época". "...la ciencia política moderna ha perdido cada vez más la conciencia de la relatividad de sus conceptos". "De esta manera que, convirtiéndose "necesariamente "en positivista, "se libera de la posibilidad de buscar siquiera una respuesta a las cuestiones más importantes de lo Político". "A partir de Maquiavelo - y de las interpretaciones de Maquiavelo- la política se ha identificado cada vez más con el Estado, llegando a confundirse la ciencia política con la del Estado y los conceptos políticos con los estatales. De ahí la necesidad, advertida como urgente tras la Revolución Francesa, de una ciencia social distinta de la ciencia del Estado". Dalmacio Negro, La tradición liberal, p. 16 - 17.

LA ESCUELA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Dante Paiva Goyburu[1]

I. INTRODUCCIÓN

El Perú inicia su vida independiente en el siglo XIX, reorganizándose las estructuras políticas heredadas del Virreinato. En ese sentido se asumió la forma republicana de gobierno, el reconocimiento de derechos fundamentales de la nación, el establecimiento de la democracia y la separación de funciones. Sin embargo, concretar dicha fórmula tomó varias décadas debido al caudillaje militar, la inexperiencia civil, las ambiciones de ciertos sectores de poder económico y otros problemas propios de un país que se iniciaba como libre e independiente. Poco a poco se iría ordenando a la nación, al gobierno y se adoptaron medidas con miras a lo que Jorge Basadre llamaría realizar la promesa de la vida peruana.

A este nivel, el papel de los próceres y precursores, en toda América, es elemental. La Historia se ha ocupado de reivindicarlos y propiciar mayores investigaciones sobre la trascendencia de su labor. Sin embargo, en la doctrina jurídica, existieron juristas que hicieron valiosos aportes en el contexto de la lucha por la independencia, así como una vez proclamada ésta. Mediante sus contribuciones y teorías se pudieron establecer

---

1 Abogado. Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Docente universitario.

las primeras instituciones y las Constituciones peruanas fueron desarrollándose progresivamente.

Debido a la inexistencia de un estudio que sistematice y condense todo el aporte de los constitucionalistas peruanos, es que se ha desdeñado el aporte del constitucionalismo peruano en la construcción de la República del Perú. Consideramos que el constitucionalismo peruano, dentro de las diversas especialidades jurídicas que se desarrollan en el Perú, ha dado lugar, en el siglo XXI, a una Escuela.

En este sentido, hay que resaltar que un aspecto que no se ha delimitado y que resulta pertinente y necesario para vincular y cohesionar los diversos aportes en el constitucionalismo peruano es la determinación de los parámetros que permiten aseverar que se ha desarrollado una Escuela de pensamiento jurídico. Es por ello que debe definirse los rasgos que caracterizan a ambos, y en qué casos puede afirmarse que una Escuela se ha formado. Dentro de los parámetros referidos pueden proponerse, de manera inicial, los siguientes[2]:

Cuadro N° 1

Escuela	Movimiento
Se caracteriza por una férrea defensa de una posición doctrinal. Involucra a los maestros (decenas, no uno o dos), discípulos y un cuerpo de doctrina que se sigue.	Resulta ser un vocablo más amplio y comprensivo que Escuela. Supone uno o más fundadores o maestros que den inicio a una idea o a una doctrina, y requiere de seguidores, que fundamentalmente agiten el ambiente intelectual, sobre la base de ciertas ideas matrices, ciertos enfoques o ciertos métodos. Goza de una mayor plasticidad doctrinaria, y no mantiene una rigidez agresiva frente al exterior.

Asimismo, es pertinente citar la siguiente reflexión respecto de las Escuelas académicas:

2 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *La Constitución en el péndulo*, Editorial UNSA, Arequipa, 1996, p. 152.

> "Pero ¿qué es una Escuela académica? Porque es curioso que, en lo que yo sé, nunca nos lo hemos preguntado, como si se tratara de algo tan natural como formar parte de una familia. Y no es así porque para que surja una escuela no basta con que se junten unos compañeros que estudiaron en los mismos bancos y escucharon las lecciones de un mismo profesor.
>
> Para poder hablar con propiedad de una Escuela académica han de concurrir varias condiciones: una, el reconocimiento de un maestro común; dos, la asunción de un cuerpo doctrinal; tres, el contacto personal, de ordinario físico, entre el maestro y los discípulos"[3].

En el marco de los cambios propios de los inicios de la República del Perú, se tiene clásicamente al enfrentamiento ocurrido entre dos posturas: Conservadores y liberales. No obstante, consideramos que no se ha profundizado ni diferenciado los trabajos que desde una perspectiva jurídica impulsaron cuestiones de gobierno o normas que regulaban al Estado, así como respecto de los derechos fundamentales, por lo que no se ha podido precisar quiénes fueron los juristas que han efectuados los aportes más comprometidos al Derecho Constitucional.

De otro lado, en los últimos dos siglos, diversos abogados y especialistas peruanos han realizado investigaciones sobre el campo del Derecho Constitucional; sin embargo, al no contarse cabalmente con los detalles y demás aspectos que conciernen a la Escuela peruana de Derecho Constitucional es que no se han podido evaluar plenamente sus aportes; esto último ocasiona que se pierdan y desmerezcan las contribuciones que desde esta parte del mundo se han gestado y, más aún, implica que no se reconozcan las ideas que se desarrollaron en el Perú sobre el Derecho Constitucional.

A partir de la formulación de campos autónomos o de mayor precisión, las disciplinas tradicionales o generales, dentro de las que se encuentra el Derecho Constitucional van modificando su contenido, objeto y presupuestos en los alcances del marco regulatorio que definen.

---

3 NIETO GARCÍA, Alejandro: "La Escuela de García de Enterría", en SAINZ MORENO, Fernando: *Los cimientos del Estado de Derecho. Eduardo García de Enterría en sus recensiones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. XLVI.

II. EL DEBATE SOBRE LA ESCUELA EN EL PERÚ

En el año 1990, Domingo García Belaunde, en el Prólogo al libro "Derechos y Garantías Constitucionales" de Víctor Julio Ortecho, titulado "Sobre el movimiento constitucional peruano", refirió que en el caso peruano:

> "(...) no hay ni ha habido, por lo menos en este siglo, una Escuela constitucional peruana. Villarán con su gran formación y su inmenso talento, formó un movimiento muy vasto, que hubiera podido convertirse en Escuela. Luego de él se sucedieron esfuerzos y tareas individuales, meritorias, pero escasas. Recién en la década del setenta, empieza un nuevo movimiento, radicado en Lima, y más en concreto en la Universidad Católica (...). Convencionalmente podríamos decir que este movimiento constitucional -que bien podría convertirse en Escuela en un futuro- está integrado por dos grupos: el de Lima, y el de Trujillo"[4].

Respecto al Movimiento Constitucional peruano, García Belaunde perfiló ciertos rasgos característicos del mismo, indicando sobre ello:

> "Características generales de este movimiento son:

a) Su relativa pertenencia a un mismo núcleo generacional, o en todo caso, muy cercana coetaneidad.

b) Su enfoque moderno en la metodología, en el tratamiento de problemas nuevos, y en el manejo de fuentes adecuadas.

c) El tratamiento riguroso de los problemas, es decir, huir de la retórica, para dar un mayor énfasis al análisis.

d) Una filosofía abierta, plural, que inspira sus trabajos, de índole marcadamente democrática en lo ideológico.

e) Percepción de una influencia no solo de los problemas nacionales, sino de la literatura europea continental, en especial, la española (y en menor grado, la francesa y la italiana), así como de la argentina (y en menor escala, de la mexicana)"[5].

---

4 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *La Constitución en el péndulo, Op. Cit.*, pp. 155 - 156.

5 *Ibídem*, p. 155.

Sin embargo, en las últimas décadas, diversos autores, entre los que destacan Pablo Lucas Verdú (España), Jorge Carpizo y Diego Valades (México); Gerardo Eto Cruz, Francisco Miró Quesada Rada y Raúl Chanamé Orbe en el Perú, se han pronunciado positivamente respecto a la existencia de una Escuela Peruana del Derecho Constitucional.

A partir de esto, consideramos que para el siglo XXI, en el Perú, se ha establecido una Escuela de Derecho Constitucional, la cual es el resultado de siglos de aportes e iniciativas de distintos académicos, quienes han abonado en la producción bibliográfica, la formación de centros de estudios y programas académicos especializados, como las maestrías, por ejemplo, los cuales fomentan el tratamiento y análisis de las instituciones del Derecho Constitucional.

Asimismo, consideramos que en Domingo García Belaunde ha recaído la dirección y la batuta de esta Escuela Peruana de Derecho Constitucional, establecida para el siglo XXI, pues sobre su aporte y talento, Miró Quesada Rada ha señalado, lo siguiente:

> "La producción constitucional en nuestro país ha logrado un alto sitial en el marco del constitucionalismo de habla hispana y algunos expertos extranjeros hablan del constitucionalismo peruano, como una importante escuela en el universo de esta disciplina en América Latina y España. Haber alcanzado este reconocimiento se debe en gran parte a los esfuerzos de promoción y divulgación que hace Domingo"[6].

III. PRESUPUESTOS DE UNA ESCUELA DE PENSAMIENTO JURÍDICO:

3.1. ¿Cuándo podemos hablar de una Escuela Jurídica?

3.1.1. Aspectos preliminares.

Con relación a lo que viene a ser una Escuela y sus elementos configuradores, el inmortal Eduardo Couture ha considerado lo siguiente:

> "De escuela puede hablarse, solamente, cuando en torno a una universidad o a un instituto se forma un conjunto tal de estudiosos

6 MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: "Setenta Domingos", artículo publicado el 21 de agosto de 2014 en *El Comercio*, Lima. Recuperado de http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/setenta-domingos-francisco-miro-quesada-rada-noticia-1751333

que dan a su labor el mismo sentido de cooperación que en otros órdenes de la vida asegura el triunfo de los mejor organizados. Para esto es menester reunir muchas cosas. Se necesitan, ante todo, maestros. No bastan una, dos o tres figuras estelares: sólo decenas de maestros auténticos hacen una escuela. Se requiere, asimismo, una tradición. América no tendrá escuelas, hasta tanto nuestros humildes esfuerzos de hoy sean considerados, en el siglo XXI como el balbuceo de los precursores. Es menester, también, tener jóvenes que posean conciencia de su misión. Esto, que es lo más difícil de todo, quiere decir que sólo un grupo compacto, ligado por un ideal científico común, decidido a olvidarse por un momento de las unidades individuales para ofrecer un sólo flanco a la crítica y a la lucha contra el escepticismo y el desinterés ajeno, puede dar a una escuela el sentido de masa que le es indispensable. Escuela sin jóvenes no es escuela, porque sólo los jóvenes junto a los mayores hacen el cúmulo de sabiduría y de poder que la vida demanda. Y se requieren, por último, principios."[7]

De la cita expuesta, podemos referir que dentro de la perspectiva de Couture son estos elementos lo determinante a nivel de una Escuela Jurídica: Maestros, tradición, jóvenes conscientes, principios. Asimismo, es interesante su categórica afirmación respecto a que las Escuelas Jurídicas de América serían reconocidas a partir del siglo XXI, situación que compartimos y que procuramos sustentar en la presente investigación.

Ahora bien, los esquemas propuestos coinciden en que las Escuelas académicas requieren de lo siguiente:

- Maestros que tutelan a la Escuela y producen conocimiento.
- Establecer un objeto de estudio con una doctrina singular.
- Discípulos o seguidores, quienes vigorizan la doctrina que desarrollan y la difunden.

Los elementos antes señalados son indispensables para la conformación de una Escuela académica. No obstante, consideramos que en el ámbito de las Escuelas Jurídicas podrían hacerse algunas precisiones adicionales sobre sus elementos, como contribución del presente trabajo, y para ello

7 COUTURE, Eduardo J.: Prólogo a la obra *Providencias Cautelares*, de Piero Calamandrei, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, p. 10.

proponemos la siguiente tesis: El asimilar los elementos de las Escuelas del pensamiento científico con los elementos que conforman al Estado.

En este sentido, es preciso recurrir a lo establecido en la "Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados", suscrita el 26 de diciembre de 1933 en Montevideo, Uruguay, en el marco de la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos. En el artículo 1° se establecieron los elementos del Estado, indicándose de forma textual, lo siguiente:

> "Artículo 1°.- El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:
>
> I.- Población permanente.
>
> II.- Territorio determinado.
>
> III.- Gobierno.
>
> IV.- Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados".

3.1.2. Escuelas Jurídicas en Occidente.

Castan Tobeñas ha realizado un interesante trabajo en torno a las Escuelas Jurídicas[8]. Propiamente aborda el concepto del Derecho que han desarrollado las referidas escuelas, siendo su principal aporte la clasificación que realiza sobre las escuelas tomando como referencia la doctrina iusfilosófica que asumieron.

De esta forma, ha precisado como Escuelas jurídicas a las siguientes:

8 *Cfr.* CASTAN TOBEÑAS, José: *Las diversas Escuelas Jurídicas y el concepto del Derecho*, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1947.

Cuadro N° 2

Escuela	Tesis asumida	Maestros.
Escuelas tradicionales.	Iusnaturalismo de tipo teleológico o metafísico.	Platón y Aristóteles.
Escuelas de orientación neokantiana.	Idealismo neocrítico.	Stammler, Del Vecchio.
Escuela Vienesa.	Logicismo jurídico puro.	Kelsen.
Escuela Eclética o Armónica.	Concepción idealista de tipo objetivo.	Krause y Ahrens.
Escuelas de la Teoría general del Derecho y de la Jurisprudencia universal o Derecho Comparado.	Consideración general del Derecho como forma lógica suministrada por la experiencia (generalización empírica).	Bergbonn, Merkel, Bierling.
Escuela Histórica.	Concepción del Derecho como producto de la conciencia de cada pueblo.	Hugo, Savigny y Puchta.
Escuela Teleológicajurídica.	Concepciones que miran al oficio o función social del Derecho.	Ihering, Vander-Eycken.
Escuela Francesa.	Concepción del Derecho basada en el principio de solidaridad social.	Comte y Duguit.
Escuela del Derecho Libre y del Derecho Social.	Concepción del Derecho como un producto espontáneo de los grupos sociales.	Ehrlich y Gurvitch.

Por otro lado, Edmundo Picard, referido por Castan Tobeñas[9], desarrolla en su obra "El Derecho Puro", una clasificación muy propicia respecto de las Escuelas Jurídicas, tomando como eje la cuestión del Derecho como un producto natural o que deriva de la voluntad. A partir de ello, propone la existencia de las siguientes Escuelas:

9 *Ibídem*, p. 6-7.

Cuadro N° 3

Tesis central.	Escuelas específicas.	Maestros de las Escuelas.
Escuelas del Derecho arbitrario o que se deriva de la voluntad.	Escuela Teleológica.- Sostiene que el Derecho emana de Dios	Santo Tomás, De Ronald, Stahl.
	Escuela Autocrática.- El Derecho emana del Soberano	Hobbes, De Maistre.
	Escuela del Contrato Social.- El Derecho depende del libre consentimiento de los hombres reunidos en una sociedad.	Platón, Grocio, Spinoza, Locke, Rousseau, Schopenhauer.
Escuelas del Derecho cósmico o existente en la Naturaleza.	Escuela Espiritualista (racionalista, idealista, apriorística, etcétera).- El Derecho se descubre en la conciencia y, sobre todo, por la razón actuando sobre sí misma.	Leibniz, Puffendorf, Wolf, Kant, Hegel, Lasson, Schelling, Fichte, Krause, Tiberghien, Herbart.
	Escuela Histórica.- El Derecho se descubre en la Naturaleza, evolucionando a través del tiempo, o, lo que es igual, en la Historia.	Montesquieu, Burk, Savigny, Puchta, Schaffle, Bentham, Proudhon, Bluntschli, Wundt, GIerke, Zélasky.
	Escuela Positivista.- No admite otro método de conocimiento que la observación de las realidades, pero incluyendo entre ellas no solo las del mundo externo (consideradas por la escuela histórica), sino también las de los hechos psíquicos.	Comte, Spencer, Ihering, Maine, Fouillée, De Greef.

3.2. Elementos que conforman una Escuela jurídica.

A partir de los elementos que configuran al Estado, previstos en la Convención de Montevideo, nuestra propuesta es que una Escuela jurídica requiere los siguientes elementos:

a) Discípulos (como la Población permanente).-

El Diccionario de la Real Academia Española tiene dos acepciones para este término:

"discípulo, la

Del lat. discipŭlus.

1. m. y f. Persona que aprende una doctrina, ciencia o arte bajo la dirección de un maestro.

2. m. y f. Persona que sigue la opinión de una escuela, aun cuando viva en tiempos muy posteriores a los maestros que la establecieron. Discípulo de Aristóteles, de Platón, de Epicuro".

En la teoría del Estado, cuando se refiere a la nación o población, se alude propiamente a un grupo de personas con un vínculo, generalmente unidos por la idea la Patria y la importancia de valorar tradiciones, costumbres y el recuerdo de ancestros que forjaron una identidad que los afina.

A partir de ello, la denominación discípulos corresponde a un término adecuado para una Escuela jurídica, puesto que refiere a un grupo humano congregado en torno a una doctrina, la misma que se cultiva a partir de la enseñanza de los maestros, de quienes se aprende, y también se discuten sus ideas, se ratifican sus posturas o se complementan sus ideas a partir de la crítica.

Un aspecto a resaltar es que la vocación juega un papel clave dentro del espíritu de un discípulo; y es que debe quedar clara la diferencia entre un estudiante, que refiere a la condición de quien se matrícula en estudios de un programa ordenado, generalmente por regulación estatal, para aprender sobre un campo, materia o nivel específico, siendo en algunos casos obligatorio; y un discípulo, el cual se adhiere a una doctrina u enfoque sobre la base de estudios previos, asumiendo una posición académica la cual se fortalece con su vocación.

Como se ha señalado, los discípulos, como elemento humano principal, se dedican al conocer la postura del maestro y la doctrina, asumen una actitud militante sobre la categoría que aborda la Escuela jurídica, y en paralelo al conocimiento descriptivo y monográfico, abordan el conocimiento crítico, se adhieren a la doctrina y la defienden en diversos fueros e instancias, velando por su continuo desarrollo.

b) Familia jurídica (como el Territorio determinado).-

De acuerdo a Nuria Gonzales Martin, un sistema jurídico puede definirse como:

> "Conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo en un lugar y tiempo determinados. Cada Estado soberano cuenta con un sistema jurídico (...) Igualmente, lo podemos definir como el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige determinada colectividad o que rigen en un determinado ámbito geográfico. Dichas reglas e instituciones, deben ser suficientemente completas e importantes para que los hombres, a los cuales se aplican, estén ligados entre sí por una comunidad de Derecho"[10].

Resulta pertinente invocar este concepto y complementarlo con el de Familia jurídica, el cual se define como:

> "Conjunto de Sistemas jurídicos que tienen elementos institucionales, conceptos filosóficos, jerarquía de fuentes, como decíamos, elementos en definitiva que pongan de relieve las coincidencias y analogías entre ellos"[11].

A partir de ello, se advierte que en el mundo se presentan diversas familias jurídicas, desarrolladas a partir de los elementos institucionales que las definen, por lo que el Derecho de un país en particular se vincula con otros sistemas jurídicos sobre la base de sus categorías esenciales.

Respecto a las Familias jurídicas en la actualidad, una importante y muy didáctica clasificación de las mismas se tiene bajo el siguiente esquema:

---

10 GONZALES MARTIN, Nuria: *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, pp. 239 - 240.

11 *Ibídem*, p. 240.

"- Familia jurídica romano germánica; como fusión de las culturas romana y germana en el occidente de Europa a partir del siglo V d. C.; caracterizada porque la norma de derecho se elabora inicialmente y se aplica posteriormente a los problemas que la práctica presenta;

- Familia jurídica del Common Law; la cultura inglesa nace como una fusión de la nobleza normanda con la población anglosajona, con diferentes influencias como puede ser vestigios romanos, celtas, irlandeses, etcétera; lográndose una unificación del derecho, a través de las decisiones de los tribunales, un derecho eminentemente jurisprudencial;

- Familia jurídica socialista; un grupo inicialmente ubicado en Europa oriental, que originalmente formó su derecho con elementos romano-germánicos pero que a partir de la revolución bolchevique de 1917 en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ha elaborado su derecho de acuerdo con el socialismo;

- Familia jurídica religiosa; países que organizan su ordenamiento jurídico basándose en un libro revelado; y

- Familia jurídica o sistema híbrido o mixto, calificando así a aquellos entes -ya sean territorios, provincias, entidades estatales- que no logran ubicarse en ninguna de las familias jurídicas anteriores, que con sus particularidades y localismos logran concretarse dentro de este sistema mixto (...)"[12].

A partir de lo expuesto, se evidencia que en el mundo se ubican 5 grandes Familias jurídicas, distinguidas sobre la base de sus elementos configuradores, instituciones, y que se establecen en diversas regiones, muchas de ellas en un punto geográfico determinado.

En este sentido, el concepto de Escuela jurídica también exige que ésta sea ubicada en una Familia jurídica en particular, que representa el terreno en donde ha crecido y se cultiva. El propósito de este elemento, es que se pueda presentar a la Escuela jurídica en un espacio y tiempo en el cual se originó y se desenvuelve, lo cual hace posible identificar mejor su contexto, comprenderlo a cabalidad.

12 *Ibídem*, p. 28.

c) Los maestros y la doctrina (Como el Gobierno).-

El rasgo definitorio de una Escuela se advierte en la vocación que se genera. La vocación es formada por los maestros, y la misma gira en torno a una doctrina, una interpretación o visión de las cosas. En el caso de las Escuelas jurídicas, la doctrina aborda a un enfoque particular sobre la justicia en una materia o para todo el sistema jurídico. Los maestros representan los pilares donde se estructura la doctrina y sostienen a la Escuela.

Consideramos adecuado referirnos, en el caso de una Escuela jurídica, al término maestro; palabra que tiene diversas acepciones, pero que a efectos de la presente investigación, la definición que resulta más propicia corresponde a: "Dicho de una persona o de una obra: De mérito relevante entre las de su clase".

La Escuela jurídica a la que se hace referencia, es superior a la idea de un centro de estudios adecuado formalmente a las normas de un Estado, es decir, no debe confundirse la idea de una Escuela jurídica con lo que viene a ser una Facultad de Derecho creada bajo un programa regular de estudios definido por las autoridades administrativas y políticas de un país.

En este sentido, una Escuela jurídica tiene a maestros y a una doctrina, que se dedican a un enfoque particular, pudiendo ser este sobre una de las materias especiales del Derecho: Civil, Penal, Constitucional, Administrativo, entre otros, o bajo una perspectiva ontológica, epistemológica o de teoría general: Monismo jurídico, Trialismo Jurídico, Tridimensionalismo jurídico, y otros similares.

Lo que pretendemos en este punto, es determinar que una Escuela jurídica requiere de una autoridad académica, la cual recae en la doctrina y los maestros. No debemos confundir la idea de autoridad con un ámbito punitivo o restrictivo, sino más bien establecer que la Escuela jurídica requiere de una columna vertebral, y sobre la base de esta columna es posible sostener el cuerpo académico que surge. La columna está conformada por los maestros y la doctrina.

d) Reconocimiento internacional (como la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados).-

En el contexto de la globalización que se vive desde finales del siglo XX y durante el siglo XXI, la difusión masiva de las ideas y el conocimiento

es un aspecto permanente gracias a los avances de la informática y toda tecnología relativa a la información.

La invención de la escritura representó la oportunidad para que el conocimiento se preserve a través de medios materiales, capaces de resistir el paso del tiempo y la vida del autor de las ideas. Con el desarrollo de la imprenta, la capacidad de difundir el conocimiento adquirió niveles inimaginables, los textos podían replicarse rápidamente, en soportes cada vez más resistentes, llegando a las latitudes más remotas.

Ahora bien, a partir de la sociedad digital, sustentada en la informática, el soporte material es reemplazado por medios virtuales, que tienen un impacto mayor respecto a sus alcances, con menores costos de producción y logrando auditorios que rebasan el tiempo, el espacio y el desgaste natural del papel y la tinta, llegando a desarrollarse bibliotecas de miles de volúmenes que caben en la palma de la mano.

Bajo estas condiciones, la apreciación y discusión sobre diversos temas en la comunidad académica, nacional e internacional, logra niveles altamente dinámicos, sometiéndose las ideas a debates y discusiones mucho más rigurosas, puesto que los partícipes pueden provenir de cualquier lugar del mundo. Además, con la existencia de programas traductores y otras aplicaciones, el conocimiento se vuelve mucho más accesible, y con ello se despierta la atención de distintas comunidades académicas.

A partir de ello, las doctrinas que se esbozan por un seno académico se someten a niveles de contraste y demostración en diversos ámbitos. El reconocimiento por parte de la comunidad académica internacional, sobre los aportes doctrinales desarrollados, demuestran la madurez de dicha doctrina y la posibilidad de seguir germinando y creciendo.

Por ello, consideramos que el reconocimiento internacional del trabajo logrado por un grupo de maestros y discípulos, en el ámbito de una doctrina, es un elemento configurador de una Escuela jurídica. La validación de los aportes rebasa las fronteras y es por la trascendencia al exterior que puede afirmarse, categóricamente, que un movimiento pasó a ser una Escuela jurídica, siendo celebrados sus hallazgos y contribuciones por la comunidad académica internacional.

IV. LAS MANIFESTACIONES DE LA ESCUELA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

4.1. La Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

4.1.1. Formación de la Asociación.

La Asociación Peruana de Derecho Constitucional representa una iniciativa académica privada, surgida a partir del creciente interés por el estudio, análisis y debate de las instituciones y aspectos propios del Derecho Constitucional dentro del Perú. Esta organización se forma a partir de un grupo de especialistas e interesados en la materia, forjando mejores niveles de coordinación entre ellos.

La labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana, resultó superada por el enorme interés de otros abogados interesados en la investigación del Derecho Constitucional. Sobre ello, se indicó:

> "No obstante esta fructífera labor de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, se encontró limitada al no poder incorporar a un mayor número de constitucionalistas, debido a las exigencias y rigurosidad impuestos por la Sede del Instituto. Empero, como en los últimos años ha crecido en forma sorprendente el interés por el Derecho Constitucional, los directivos de la Sección Peruana vieron la conveniencia y de necesidad de crear una asociación mucho más amplia, con carácter flexible y abierto a todos los estudios de la materia y, en especial, a los profesores del área"[13].

Específicamente, fue a partir del impulso e iniciativa de Domingo García Belaunde, fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se buscó promover la conformación de una institución nacional que pudiera aglutinar los esfuerzos ya existentes. De esta forma, y observando la experiencia emprendida en otros países, se procedió a crear la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

En la edición N° 1 del Boletín Peruano de Derecho Constitucional, de octubre de 1996, publicada bajo el auspicio de la Universidad San

13 DEL SOLAR ROJAS, Francisco: "El Derecho Constitucional y el Perú", en *Boletín Peruano de Derecho Constitucional*, Año 1, Número 1, Lima, 1996, p. 22.

Martín de Porres, se da cuenta sobre los detalles que se presentaron en la gestación y conformación de la Asociación.

Al respecto, en dicha publicación se conserva una reproducción de la Convocatoria efectuada mediante el Diario El Comercio, en su edición del 23 de abril de 1995, en la cual precisaba que "Un grupo de profesores de Derecho Constitucional de las principales Facultades de Derecho de Lima, se han reunido con la idea de formar una Asociación Peruana de Derecho Constitucional que agrupe a todos los profesores y ex profesores universitarios de dicha especialidad en las diferentes ciudades del país. La Comisión Organizadora está presidida por el Dr. Domingo García Belaunde (...)".

De acuerdo al "Acta de instalación e inicio de actividades" del 2 de marzo de 1996, en la Sala "La Farola" del "Hotel Libertador" del distrito de San Isidro, en Lima, se instaló y se dio inicio a las actividades de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. No obstante, en el artículo segundo de los Estatutos se indicó que la asociación inicia sus actividades el 1 de agosto de 1995.

Los asociados ordinarios fundadores son: Domingo García Belaunde, Alfredo Quispe Correa, Francisco Miró Quesada Rada, Miguel Vilcapoma Ignacio, Edgar Carpio Marcos, José Palomino Manchego, César Valega García y Samuel Abad Yupanqui.

4.1.2. Fines de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

En el artículo cuarto de los Estatutos de la Asociación, se establecen como objetivos de la misma, los siguientes:

a) Fomentar el estudio del Derecho Constitucional general y comparado y de las instituciones políticas.

b) Profundizar y divulgar el conocimiento del constitucionalismo peruano.

c) Velar por la adecuada interpretación de la constitucional nacional.

d) Defender la integridad y el ámbito científico del Derecho Constitucional con respecto a otras disciplinas jurídicas y sociales.

e) Incentivar la enseñanza e investigación del Derecho Constitucional en las universidades y demás centros docentes de investigación jurídica superior.

f) Promover relaciones de solidaridad y de acercamiento personal, cultural y académico entre los constitucionalistas peruanos y de asociaciones que los representen.

g) Incentivar las relaciones entre esta asociación y las asociaciones, institutos o academias de otras especialidades jurídicas establecidas o que se establezcan en el país.

h) Promover y mantener relaciones con asociaciones, academias o instituciones de Derecho Constitucional de otros países o de carácter internacional.

4.1.3 Marco de acción de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

De acuerdo a lo señalado en el artículo quinto de los estatutos, la Asociación, a efectos de dar cumplimiento a sus fines, realiza las siguientes actividades:

a) Organizar, promocionar y auspiciar congresos, conferencias, seminarios, simposios y otras actividades análogas sobre cuestiones teóricas y prácticas de Derecho Constitucional.

b) Participar en congresos, simposios, seminarios y otras actividades internacionales análogas sobre Derecho Constitucional, celebradas tanto en el país como en el extranjero.

c) Editar una revista, boletín u otro órgano de publicidad sobre Derecho Constitucional y disciplinas afines y que sirva además de vocero de la asociación.

d) Editar y/o auspiciar trabajos meritorios de investigación constitucional.

e) Difundir en diarios o revistas nacionales o internacionales temas y cuestiones inherentes a la Asociación, así como absolver consultas.

Sobre los fines expuestos, y en conjunto con las actividades de la Asociación, previstas en el artículo 5 de sus estatutos, consideramos que ésta tiene como objetivos estratégicos, los siguientes:

A. PARTICIPACIÓN: Organización de eventos académicos relativos a la teoría y práctica del Derecho Constitucional; y presencia estratégica en certámenes internacionales sobre Derecho Constitucional

B. DIFUSIÓN: De las actividades institucionales mediante la edición de un Boletín o publicación periódica, así como en otros medios nacionales e internacionales

C. FORMACIÓN: Auspicio de investigaciones sobre el Derecho Constitucional y Actuación como órgano consultivo frente a diversas cuestiones en la especialidad

4.1.4. La Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.

En el marco de los objetivos que tiene trazados, la Asociación impulsa la investigación y el desarrollo de contenidos biográficos por parte de sus asociados, en las cuales establezcan sus ideas y propuestas académicas, a efectos de contribuir al debate y desarrollo sobre las instituciones del Derecho Constitucional.

De esta forma, bajo la denominación de "Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional" se auspicia una colección bibliográfica de autores nacionales y extranjeros que, de acuerdo a la edición número cuatro del Boletín Peruano de Derecho Constitucional Número 4, de octubre de 2013, se encuentra integrada por un total de 48 títulos.

4.1.5. El Boletín peruano de Derecho Constitucional.

La Asociación Peruana de Derecho Constitucional ha impulsado la publicación del Boletín peruano de Derecho Constitucional "Como un medio de integración y de comunicación de quienes conformamos la Asociación peruana de Derecho Constitucional"[14]. Esta publicación ha tenido un total de 4 entregas, en 1996, 1998, 2009 y 2013.

Puede apreciarse que la Asociación ha impulsado la publicación de este Boletín, como un medio natural y propio de difusión de sus actividades, a partir de la institucionalidad con la que cuenta.

En las presentaciones y prólogos respectivos de cada Número de Boletín, se hacen someras referencias a las razones por las cuales se ha

14 ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL: *Boletín peruano de Derecho Constitucional*, Año 1, Numero 1, Lima, Octubre 1996, p. 5.

dilatado el tiempo en la publicación de cada tomo respectivo. No obstante, consideramos que de por si la publicación del Boletín, propiamente, no es una tarea sencilla, y haber publicado lo que hasta la fecha se ha logrado es un saludable gesto que amerita la institucionalidad y vocación de permanencia que tiene la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

4.1.6. El papel de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional frente al Fujimorato.

La última década del siglo XX de nuestro país se vio marcada por la presencia del régimen autoritario de Alberto Fujimori; quien habiendo asumido la presidencia del Perú en 1990, organiza, junto con las Fuerzas Armadas, una transgresión al orden constitucional, disolviendo el Congreso e interviniendo todas las instituciones públicas que gozaban de autonomía.

La historia de esa época continúa escribiéndose, más aún cuando los protagonistas de dicha periodo se mantienen activos en la política nacional y en diversas instituciones.

Sin embargo, consideramos propicio resaltar que la Asociación Peruana de Derecho Constitucional se gesta en el contexto de un gobierno autoritario y avasallados, que justamente, para 1995, había tomado posiciones más radicales ligadas a la autocracia y el rechazo del respeto hacia el Estado de Derecho.

Este hecho es significativo, y es que habiéndose avasallado la independencia a nivel de los clásicos poderes del Estado, los mismos que eran controlados en ese periodo desde el Servicio de Inteligencia Nacional, mediante el apoyo de personajes carentes de ética; el único reducto que tenían quienes aún confiaban en la democracia y el Estado de Derecho, era hacer uso de la autonomía de su voluntad, con el riesgo que tal hecho representaba en esa época.

Resulta importante hacer mención de esto, pues los miembros fundadores de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, al fundar la misma en un contexto totalmente adverso, asumieron un papel ejemplar y valiente, cuyo reconocimiento es justo; pues habiéndonos mostrado la historia peruana el destino cruel con aquellos que se enfrentaban a las dictaduras, aceptar esa misión era poco menos que un suicidio.

Y resaltamos este importante hecho, porque los integrantes de la Asociación manifestaron públicamente su posición frente a los abusos que se cometían por el régimen de Alberto Fujimori relativo a la infame "Ley de Interpretación Auténtica", y la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Al respecto, en el comunicado de fecha 4 de noviembre de 1996, publicado en el diario Expreso el 16 de noviembre de ese año, titulado "Constitucionalistas rechazan ley de interpretación auténtica (...)", se denunció que la Ley N° 26592 era inconstitucional, señalando expresamente que "(...) violaciones a la Constitución de la magnitud expuesta, ponen en riesgo la institucionalidad democrática en nuestro país".

Con el mismo espíritu de compromiso hacia la democracia, el 26 de junio de 1997, se publicó en el diario "El Comercio" un nuevo comunicado, titulado "Pronunciamiento en Defensa del Tribunal Constitucional", como respuesta a la arbitraria y condenable destitución de los 3 magistrados que declararon inaplicable a la Ley N° 26592 en la sentencia emitida sobre la acción de inconstitucionalidad que se interpuso contra la misma.

De esta forma, se evidencia que la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, sus directivos e integrantes, fueron participes activos en las denuncias, protestas y reclamos contra las arbitrariedades del régimen; papel que es parte del cumplimiento de sus fines, toda vez que la Asociación fue establecida, entre otros motivos, para actuar a favor del respeto del orden constitucional en el Perú.

4.1.7. La Asociación Peruana de Derecho Constitucional como eje de la Escuela Peruana de Derecho Constitucional.

Tal como hemos afirmado, la difusión y el desarrollo del Derecho Constitucional en el Perú se ha logrado gracias a las vocaciones de distintos profesores y académicos, quienes se ocuparon de las instituciones relativas a la teoría del Estado, teoría de la Constitución y otros temas afines comprendidos en las distintas Constituciones que han regido al Perú.

La vocación se fue irradiando, madurando el interés por parte de los profesores peruanos, interesados en el Derecho Constitucional y que emprendieron un primer peldaño. Como se ha visto, en el siglo XIX fueron unos pocos esfuerzos, pero que evidenciaban la atención hacia esta disciplina.

Para el siglo XX, con Manuel Vicente Villarán y Víctor Andrés Belaunde, hay un posicionamiento del Derecho Constitucional a nivel de las aulas universitarias, sobre todo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y dentro de su seno y las lecciones de Villarán, es que aparecieron nuevos personajes, quienes a lo largo del país llevaron el mensaje y la expectativa de lo que representaba el constitucionalismo.

A partir de ello, esto es, como consecuencia natural de una activa labor respecto al Derecho Constitucional, y la fortuna de tener a profesionales unidos por un mismo interés, sin ambiciones egoístas ni delirios individualistas, es que se constituyó la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Conforme a sus fines y objetivos, así como una vida institucional que supera las dos décadas, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, y más aún, la prolífica actividad que ha realizado, dentro de lo que puede contarse diez Congresos Nacionales de Derecho Constitucional, la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, conformada por más de cincuenta volúmenes de material desarrollado y auspiciado con los más rigurosos estándares académicos, el haber sido los anfitriones y organizadores del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en el año 2009 son unas cuantas muestras del trabajo que se realiza.

La Asociación, gracias al trabajo coordinado de sus integrantes, mantiene vigente su institucionalidad, y concita la atención de simpatizantes y nuevos adherentes, quienes inspirados por sus fines, desean fomentar el cultivo y desarrollo del Derecho Constitucional en el Perú.

Una cualidad y virtud que merece resaltarse es que la Asociación funciona por iniciativa y voluntad de especialistas libremente asociados, sin presiones ni imposiciones. Es la vocación la que alienta a persistir y mejorar y por ello representa un ejemplo para especialistas de otras materias y para la nación peruana en general, que vean como los académicos logran asumir una posición ordenada y coherente, propiciando resultados en beneficio de todos.

En este sentido, teniendo ya dos décadas, con diferentes metas cumplidas y retos aún pendientes, consideramos que la Asociación constituye el eje de la Escuela Peruana de Derecho Constitucional. Los elementos de la Escuela se presentan en la Asociación y es que ésta última recoge el legado de los pilares de la Escuela, Manuel Vicente Villarán y

Víctor Andrés Belaunde, impulsando el desarrollo del Derecho Constitucional a partir de sus magisterios. Además, la Asociación ha recogido el legado constitucional de Iberoamérica, sobre la base de la labor realizada primigeniamente en la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Desde la perspectiva iusfilosófica, debemos enfatizar que la Asociación ha recogido la preocupación en torno a la cual la Escuela desde sus inicios ha realizado sus avances y meditaciones, esto es, la implantación del régimen constitucional en el Perú y como este puede ser totalmente viable. Consideramos indispensable resaltar que la perspectiva en torno al Derecho Constitucional que asumió la Escuela desde sus inicios, se sintetiza en lo siguiente:

> "Conceptos universales como la justicia, la dignidad, la igualdad, la meritocracia, la felicidad, la amistad republicana o la ecuanimidad fueron enunciados por los que lucharon por una libertad que, fundamentalmente, significaba romper con el privilegio de unos cuantos. En vísperas del Bicentenario de nuestra independencia recordemos de dónde venimos y cuál debe ser el rumbo de una república que se imaginó libre y soberana de aquellos que, sistemáticamente, intentaron degradarla en aras de sus intereses bastardos, desestimando los de la nación"[15].

4.1.8. El reconocimiento de la Escuela Peruana de Derecho Constitucional.

El X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional se llevó a cabo en Lima, del 16, 17, 18 y 19 de septiembre de 2009. Este trascendental evento fue organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El respectivo comité organizador estuvo conformado por Jorge Carpizo (Presidente), Domingo García Belaunde (Secretario General Ejecutivo) y Francisco J. Eguiguren Praeli (Coordinador Ejecutivo). Este Congreso tuvo como sede para sus actividades académicas el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

15 McEVOY, Carmen: "Cuestión de convicciones", artículo publicado el 14 de diciembre de 2016 en *El Comercio*, Lima. Recuperado de http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cuestion-convicciones-carmen-mcevoy1-noticia-1953320

En la sesión inaugural, Héctor Fix Fierro hizo una mención importante con relación a la existencia de la Escuela peruana de Derecho Constitucional, expresándose en los siguientes términos:

> "Por la naturaleza del Instituto Iberoamericano, la efectividad de su labor depende en mucho de las actividades de las secciones nacionales.
>
> Creo que podemos reconocer, sin demérito para ninguna otra, que la sección peruana y la escuela de constitucionalistas vinculada a ella han alcanzado gran presencia y prestigio, y por ello resulta un acierto, y un reconocimiento a la vez, que el Congreso se haya organizado en el Perú".

Por su parte, Jorge Carpizo indicó:

> "No puedo dejar de mencionar que la Sección Peruana de nuestro Instituto Iberoamericano, como todos sabemos, es una de las más dinámicas por el número y calidad de sus publicaciones periódicas y no periódicas, la organización de reuniones académicas y la elaboración de proyectos legislativos, muchos de los cuales actualmente son normas vigentes.
>
> Toda esta actividad en beneficio de la democracia y del Estado social de Derecho ha creado la actual escuela peruana de Derecho Constitucional, de la cual toda Iberoamérica se siente orgullosa y la siente propia, porque es una fuente constante de inspiración y de realizaciones que a todos beneficia".

Días después, en la Ceremonia de Clausura, Diego Valadés manifestó lo siguiente:

> "En el Perú de nuestros días se advierte la pujanza de una admirable escuela de derecho constitucional, inspirada en el fecundo trabajo de Domingo García Belaunde, al que ya acompañan otras generaciones de juristas sobresalientes. Para escucharlos a ellos y a los demás participantes en este Congreso, llegamos a Lima con grandes ilusiones y nos vamos con no menores satisfacciones".

Como podemos apreciar, en el siglo XXI la comunidad jurídica internacional se ha dirigido con mucho respeto a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional, celebrando sus aportes y contribuciones en el

ámbito académico, así como el ejemplo que constituye el trabajo que vienen realizando, que inspira e impulsa a otros países.

4.2. Las contribuciones del Tribunal Constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional: El Centro de Estudios Constitucionales.

En el Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se contempla al Centro de Estudios Constitucionales, el mismo que es definido, en el artículo 22° de la referida ley, como el "(...) órgano de investigación, académico y técnico de apoyo al desarrollo y cumplimiento de los objetivos del Tribunal Constitucional. Organiza cursos en ciencias constitucionales y derechos humanos. (...)".

En el año 2005, el Tribunal Constitucional, mediante Resolución Administrativa N° 0019-2005-P-TC, de fecha 1 de febrero de 2005, aprobó el Reglamento del Centro de Estudios Constitucionales, indicando que la principal función del mismo es fortalecer la presencia institucional del Tribunal, fomentando el debate y conocimiento de temas constitucionales y de difusión de su jurisprudencia.

Mediante diversas actividades el Centro de Estudios Constitucionales ha procurado cumplir con sus funciones; pero dentro de dichas actividades, sin lugar a dudas su compromiso con la edición de nuevos textos, volúmenes especializados, una revista, así como impartiendo capacitaciones presenciales y virtuales.

Los aportes bibliográficos antes señalados resultan ser una valiosa fuente doctrinal a la cual pueden recurrir especialistas del Perú y del mundo; y permiten conocer bajo una perspectiva más precisa los temas que tienen mayor atención y cuyo debate es promovido desde el supremo intérprete de la Constitución.

Actualmente, los tópicos de las publicaciones promovidas mediante el Centro de Estudios Constitucionales se clasifican de la siguiente forma:

a) Revistas.

b) Publicaciones.

c) Procesos Constitucionales.

d) Biblioteca Constitucional.

e) Derecho, Cine y Literatura.

f) Derecho y Sociedad.

g) Textos Constitucionales del Bicentenario.

4.3. El trabajo de Domingo García Belaunde y su legado: El establecimiento de la Escuela.

4.3.1. Semblanza.

Domingo García Belaunde nació en Lima en 1944. En 1968 obtiene el Título profesional de Abogado; y en 1974 el grado de Doctor en Derecho, este último en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

A nivel del ejercicio profesional, Domingo García Belaunde ha destacado por ser un infatigable investigador. Su producción académica es vasta y aborda diversos campos, los cuales serán precisados en el siguiente punto. A su vez, ejerce la docencia en diversas humanidades, principalmente en Derecho, dedicándose a la enseñanza del Derecho Constitucional y sus diversas especialidades, así como de la Filosofía del Derecho, en las más importantes facultades Perú, en el pregrado y postgrado.

De igual forma, ejerce como abogado patrocinante, consultor y asesor, atendiendo requerimientos del sector público y del sector privado. Esta actividad le permite conocer de primera fuente la realidad del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, así como las materias en las cuales estos órganos jurisdiccionales concentran la mayor carga procesal del país. Gracias a esta experiencia, García Belaunde ha podido trabajar iniciativas legislativas de reformas y ensayos sobre la problemática de la impartición de la justicia en el Perú.

En el desempeño de su labor docente y de investigación, ha participado como impulsor de diversas revistas y otros suplementos de publicación periódica, los cuales subsisten hasta el día de hoy, destacando dentro de estos la revista Themis, a cargo de la Asociación Civil de estudiantes de derecho de la PUCP, y la internacional Revista Peruana de Derecho Público, que lleva más de 25 números con los cuales se ha podido difundir las investigaciones de connotados especialistas peruanos, y también ha reproducido importantes investigaciones de juristas de América y Europa.

A nivel de organizaciones, se destaca su papel como miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y de la

Asociación Peruana de Derecho Constitucional, de la cual fue por muchos años su Presidente; así como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

4.3.2. Bibliografía.

Gerardo Eto Cruz ha expuesto que la obra de Domingo García Belaunde aborda los siguientes rubros[16]: Derecho constitucional peruano, Historia Constitucional, Politología, Sistema electoral, Constitución económica, Mar y Constitución, Régimen de excepción, Descentralización, Parlamento, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Derechos Humanos, Defensa Nacional y Reforma Constitucional.

Estos temas se encuentran estrechamente vinculados y asentados en materias que son reguladas por la Constitución, algunas que se incluyeron en los últimos textos y otras que se han desarrollado desde la iniciación de la República.

La clasificación realizada por Eto Cruz permite esquematizar las contribuciones del Domingo García Belaunde a lo largo de su carrera, estableciendo tópicos en los cuales se pueden ubicar los trabajos que hasta ahora sigue produciendo.

No obstante, consideramos importante agregar dentro de los rubros propuestos, el de Filosofía del Derecho y Derecho Procesal Constitucional; esto por cuanto en los últimos años, la atención de dichos temas ha tomado una atención más que protagónica, a partir de la implementación, desde el año 2004, del Código Procesal Constitucional, así como de un incremento en los programas estudios de Doctorado en Derecho a nivel nacional, que obliga a la reflexión y análisis iusfilosófico de las instituciones jurídicas.

En su página web (http://www.garciabelaunde.com) Domingo García Belaunde ha publicado una relación de todos sus escritos, a los cuales ha clasificado en i) Libros y Folletos, y ii) Prólogos, notas y artículos en libros y revistas.

4.3.3. El *'capo scuola'* de la Escuela Peruana de Derecho Constitucional.

16 ETO CRUZ, Gerardo: "Introducción General a la producción jurídica de Domingo García Belaunde", estudio preliminar en GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Marsol Perú Editores, Lima, 1998, pp. XXXIV - XLIV.

De acuerdo a los testimonios de diversos juristas, y los mismos escritos publicados en su tiempo respectivo, se puede advertir la infatigable labor de Domingo García Belaunde, así como sus contribuciones a las ciencias jurídicas, principalmente en el Derecho Constitucional y en todas las subespecialidades, así como en las disciplinas afines.

El Derecho se ejerce de diversas maneras: Patrocinando causas, asesorando, realizando labor docente, investigando y produciendo conocimiento. Domingo García Belaunde se ha desempeñado en todas esas actividades exitosamente, consagrándose así como un jurista pleno, de vasta experiencia en la teoría como en la práctica.

Como consecuencia natural de la exigencia que resultó de su formación y ejercicio profesional, es que se ha llegado a afirmar que "A Domingo García Belaunde, incansable forjador del pensamiento constitucional peruano, su capacidad para conocer la realidad le ha permitido comprender y desarrollar la teoría constitucional, contribuyendo decisivamente al conocimiento de las instituciones políticas del Estado peruano, lo que ha posibilitado el diseño de múltiples instrumentos jurídicos que hoy constituyen no sólo aportes teóricos al orden jurídico, sino también de normas positivas que regulan importantes sectores de la realidad nacional o tutelan el ejercicio de los derechos fundamentales, como el Código Procesal Constitucional, de cuyo proyecto es uno de los principales autores"[17].

A partir de su genio y figura, la cual sigue contribuyendo al foro peruano, se ha establecido un vasto grupo de académicos, quienes bajo su ejemplo e inspiración, y siguiendo su propia vocación, lo cual resulta determinante, han dedicado sus talentos hacia este campo, estableciendo, en el siglo XXI, la Escuela Peruana de Derecho Constitucional.

Destacar las virtudes de Domingo García Belaunde es un acto de justicia. Precisamente, el ilustre ex Presidente de la República Valentín Paniagua señaló que "García Belaunde le ha dado al Derecho Constitucional peruano una posición internacional que no tiene ninguna otra rama del Derecho peruano. Figura su nombre, en merecidísima designación, en los

17 DEL SOLAR ROJAS, Francisco José: "Domingo García Belaunde: Algunas notas con ocasión de sus 60 años", en PALOMINO MANCHEGO, José Félix (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2ª edición, Tomo 2, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 1430.

Consejos editoriales de las más prestigiosas revistas y órganos de divulgación constitucional de este hemisferio y, desde luego, en Iberoamérica y en algunos otros países europeos como Italia, Francia o Alemania"[18].

De opinión similar es Francisco Miró Quesada Rada, quien ha señalado respecto de nuestro autor:

> "El aporte de Domingo García Belaunde (nieto de uno de los intelectuales más brillantes de la Generación del Novecientos, Víctor Andrés Belaunde), al derecho constitucional es de suma importancia y constituye un hito entre la generación de constitucionalistas que lo antecedieron, como Raúl Ferrero Rebagliatti, José Pareja Paz Soldán y Darío Herrera Paulsen con la nueva generación de constitucionalistas"[19].

Dentro de sus discípulos también existen opiniones significativas, que reconocen cómo su ejemplo ha permitido constituir un importante séquito de estudiosos quienes bien podrían definirse como constitucionalistas: "Hoy todos los constitucionalistas peruanos de una u otra manera le tenemos una permanente e impagable deuda al espíritu generoso de este librepensador que no se ha postrado jamás ante el poder político ni en épocas de dictaduras ni en épocas de democracias formales"[20].

Las distintas obras, entre libros, ensayos, artículos y demás, referidos en el punto anterior, permiten apreciar las diversas contribuciones de Domingo García Belaunde; pero es quizás, en el plano normativo, con la promulgación del Código Procesal Constitucional, y de impartición de la justicia donde ha tomado mucha mayor atención su trabajo en los últimos años, refiriéndose al respecto: "Los avances han sido progresivos, y nuestro distinguido jurista, fue «haciendo camino al andar» a partir de la

18 PANIAGUA CORAZAO, Valentín: "Domingo García Belaunde: Una pasión al servicio del Derecho Constitucional", en PALOMINO MANCHEGO, José Félix (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2ª edición, Tomo 2, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 1391.

19 MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: "Setenta Domingos", *Op. Cit.*

20 ETO CRUZ, Gerardo: "Vida y Plenitud de un Gran Maestro", en PALOMINO MANCHEGO, José Félix (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2ª edición, Tomo 2, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 1410.

cuestión de la jurisdicción constitucional, penetrando con profundidad y rigor intelectual, sus más recónditos ámbitos muchas veces inexplorados, para arribar a certeras y fundadas conclusiones en cuanto a la concepción de un Derecho Procesal Constitucional (en adelante DPC) configurándolo como una disciplina autónoma al servicio de la defensa procesal de la Constitución"[21].

Por otro lado, conviene resaltar la notable herramienta de internet que ha desarrollado Domingo García Belaunde en los últimos años, nos referimos a página web (http://www.garciabelaunde.com/index.htm). Este recurso de internet aloja los libros de su autoría, en soporte virtual, lo que permite a los mismos llegar a diversos rincones del mundo, difundiendo las ideas que ha desarrollado a lo largo del tiempo.

También se encuentran en la página contenidos sobre el currículo de Domingo García Belaunde, una amplia galería de fotos, y un enlace directo a todas las ediciones de la Revista Peruana de Derecho Público. A su vez, ha incluido ediciones de los libros de su ilustre abuelo, Víctor Andrés Belaunde, muchos de ellos inubicables en librerías o bibliotecas, dotando de esta forma, a los especialistas y público en general, de fuentes valiosas para las investigaciones y la cultura peruana propiamente.

En buena cuenta, la página web creada por Domingo García Belaunde, constituye otra notable contribución de su genio al Derecho Constitucional peruano e iberoamericano.

Es importante referir que la Escuela Peruana de Derecho Constitucional se cimienta en las vocaciones que han facilitado la congregación de diversos abogados y estudiosos, entiendo por vocación, conforme a la idea de Ortega y Gasset: "Esta llamada que hacia un tipo de vida sentimos, esta voz o grito imperativo que asciende de nuestro más radical fondo, es la vocación"[22].

21 HARO, Ricardo: "Domingo García Belaunde y el Derecho Procesal Constitucional", en PALOMINO MANCHEGO, José Félix (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2ª edición, Tomo 2, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 1397.

22 ORTEGA Y GASSET, José: *Misión del Bibliotecario*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 2005, p. 17.

La Escuela representa un colectivo forjado por vocación, pero se debe dejar en claro, con justicia, el mérito de Domingo García Belaunde, por sus propios medios y virtudes, refiriéndose sobre ello que:

> "Domingo García Belaunde es el mejor representante del constitucionalismo peruano y reconocido en la comunidad jurídica internacional como tal. Su generosidad y desprendimiento con sus riquísimos conocimientos del Derecho Constitucional, le ha llevado a ser uno de los profesores universitarios peruanos que más universidades del mundo ha visitado, dictando conferencias y charlas. En este orden de ideas, nos ha dado la oportunidad para departir con famosos constitucionalistas de los cuales ha sido su anfitrión, como los españoles Pablo Lucas Verdú y Francisco Fernández Segado, el alemán Peter Häberle, los argentinos Germán J. Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés, entre otros"[23].

En los tiempos actuales, que muchos califican como una crisis general que vive el mundo de hoy, se ha referido Silva Vallejo, acusando a la misma como muestra del 'Imperio del mal', "contra el cual solo cabe refugiarse en la armadura de Dios y pedirle al Señor que nos permita, a todos, comprendernos más y mejor de lo que somos (...)"[24], las convicciones de un hombre como Domingo García Belaunde son indispensables para el temple del país, quien en sus mejores hijos pueden encontrar la paz del espíritu que permita enfrentar, bajo el esquema del Estado Constitucional, la grave situación que se vive, y retornar de esta forma al camino de la verdad y la vida.

De esta forma, Domingo García Belaunde, mediante su reconocido magisterio y enseñanza, viene fijando el rumbo para el Derecho Constitucional peruano, el mismo que nos inspira a la fraternidad y el bien del prójimo, teniendo así siempre presente la búsqueda del Reino de Dios y su justicia, que todo lo demás llegará por añadidura[25].

---

23 DEL SOLAR ROJAS, Francisco José: "Domingo García Belaunde: Algunas notas con ocasión de sus 60 años", en PALOMINO MANCHEGO, José Félix (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, 2ª edición, Tomo 2, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2015, p. 1416.

24 SILVA VALLEJO, José Antonio: *La Ciencia del Derecho Procesal*, Volumen 1, 2ª ed., Lima, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2014, p. 4.

25 Mateo (6, 33).

Retos del Constitucionalismo del Siglo XXI
Tomo II

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de:

Joshua V&E S.A.C.

Calle Angamos N° 118 Urb. María Isabel
Cercado - Arequipa

en el mes de agosto de 2017



ASOCIACIÓN PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL



FACULTAD
DE DERECHO









ISBN: 978-612-4369-06-3

