

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
DANTE PAIVA GOYBURU
SECRETARIO

AÑO 25, NÚMERO 50
ENERO - JUNIO DEL 2025

50 / 2025

Revista Peruana de

Derecho Público

EDITORIAL: LOS 25 AÑOS DE NUESTRA “REVISTA”

Veinticinco años de labor fecunda

DIEGO VALADÉS

Parece que fue ayer

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

25 años después, aquí sigue

FRANCISCO J. EGUIGUREN PRAELI

Veinticinco años de la “Revista Peruana de Derecho Público”

CÉSAR OCHOA CARDICH

Bodas de Plata de la “Revista Peruana de Derecho Público”

LUIS ELGUERA VALEGA

Bodas de plata de la “Revista Peruana de Derecho Público” (2000 – 2025)

DANTE M. PAIVA GOYBURU

ENSAYOS

Ius constitutionale commune para América Latina: un óbice para la justicia constitucional

JUAN ALFONSO TELLO MENDOZA

Breve introducción al derecho constitucional comparado

J. PABLO PAMPILLO

Procedimientos diferenciados para el registro de símbolos políticos y de signos mercantiles

BALDO KRESALJA ROSELLÓ

El lawfare en el Perú

ANÍBAL QUIROGA LEÓN

25 Aniversario

Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 25, Número 50 • Enero-junio del 2025

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

**Luis Castillo Córdova, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli,
Juan Carlos Morón Urbina, César Ochoa Cardich y José F. Palomino Manchego**

Secretario de Redacción

Dante Paiva Goyburu

Comité Asesor Internacional

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

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge (†)

Alfredo Quispe Correa (†)

Gustavo Bacacorzo (†)

Revista Peruana de Derecho Público

Año 25, Número 50 • Enero - junio del 2025

Tiraje: 250 Ejemplares

© **DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

Correspondencia editorial:

Av. José Gálvez Barrenechea 200 (Corpac)

Lima 15073 - Perú

E-mail: asociacion.cmp@hotmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 1501012001-0883

ISSN: 2961-2985

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de:

Joshua V&E S.A.C.

Calle San José Nº 311 int 314, Cercado - Arequipa

en el mes de enero del 2025

La “Revista Peruana de Derecho Público” se encuentra en versión digital en el sitio web: www.garciabelaunde.com libre de todo costo, desde el número 1 al 49. Ejemplares en físico, según nuestras existencias, pueden solicitarse al siguiente correo electrónico: asociacion.cmp@hotmail.com al precio, por ejemplar, de S/. 41.00 o US\$ 10.00. El envío a Lima y provincias tiene un costo de S/.30.00 por número. Los envíos al extranjero pagarán el importe del flete aéreo en vía normal o courier, según pedidos.

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

ÍNDICE

Editorial	9
Los 25 años de nuestra “Revista”	
Veinticinco años de labor fecunda	15
<i>DIEGO VALADÉS</i>	
Parece que fue ayer.	19
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	
25 Años después, aquí sigue.....	23
FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI	
Veinticinco años de la Revista Peruana de Derecho Público.....	27
CÉSAR OCHOA CARDICH	
Bodas de Plata de la Revista Peruana de Derecho Público	31
LUIS ELGUERA VALEGA	
Bodas de plata de la Revista Peruana de Derecho Público (2000 – 2025).	33
DANTE PAIVA GOYBURU	
Ensayos	
Ius Constitutionale Commune para América Latina: un óbice para la justicia constitucional	39
JUAN ALONSO TELLO MENDOZA	
Breve introducción al estudio del derecho comparado	53
JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO	
Procedimientos diferenciados para el registro de símbolos políticos y de signos mercantiles	77
BALDO KRESALJA R.	
Lawfare en el Perú: la persecución judicial	99
ANIBAL QUIROGA LEÓN	

Notas

Elías Díaz y la renovación de la cultura jurídica y política de la España actual	111
ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO	
La emergencia legislativa: los decretos de urgencia ante la disolución de la Cámara de Diputados.....	119
EDGAR CARPIO MARCOS	
Reflexiones sobre el pasado, el presente y el futuro de la iniciativa popular de norma.....	125
CARLOS RUIZ MIGUEL	
El profesor José Afonso da Silva cumplió 100 años (30 de abril de 2025).....	137
CLÈMERSON MERLIN CLÈVE	
MARCELO FIGUEIREDO	
Les a humanidad e imprescritibilidad	143
ANTERO FLORES-ARAOZ	

Documentos

Restitución de la firma de Alberto Fujimori en la Constitución de 1993 ..	149
Sobre el golpe de Estado de diciembre de 2022.....	151
FRANCISCO MORALES SARAVIA	
Piden respeto a autonomía judicial.....	153
Los jueces del bicentenario: Julio Antonio Ribeyro Estada y Domingo García Rada	157
¿En qué consiste la calificación del asilo?.....	159
MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ MACKAY	
Respaldo al Tratado de Alta Mar. Ex-Ministros de Relaciones Exteriores afirman que no afecta soberanía.....	161
Proyecto de modificación del Código Procesal Constitucional (2018)	163

EDITORIAL

¡Llegamos a los 50 números! Parece que fue ayer que emprendimos este proyecto, y veinticinco años después continuamos infatigablemente, con el mismo entusiasmo y expectativas del primer día, pero con una trayectoria sumamente satisfactoria y una acogida que continúa en crecimiento, tanto en el Perú como en el mundo.

Hemos crecido junto al siglo XXI, y como tal, atestiguamos cambios significativos en el plano nacional e internacional, en aspectos jurídicos, políticos, sociales, y en paralelo, el ámbito académico: Un progresivo aumento en el interés sobre los temas de Derecho Constitucional y Derecho Público en general, que se manifestaron en la creación de programas de maestría en nuestro país, el desarrollo de una vasta bibliografía, donde la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional brilla con luz propia, y una nueva generación de docentes en la materia, quienes encontraron en nuestras páginas el espacio apropiado para la divulgación de sus investigaciones.

A su vez, la tecnología ha permitido contar con mejores oportunidades para la difusión de la revista. Cuando se publicó el primer número el internet era poco accesible por infraestructura y costos, y los ejemplares físicos eran agotados inmediatamente. Pero gracias a la sofisticación de las comunicaciones, hoy nuestra revista puede ser leída en celulares, tablets y laptops, con una rapidez inusitada, siendo compartida gracias a las redes sociales con lectores de toda edad y especialización. Todos los números, desde el primero están accesibles virtualmente tan pronto se publican.

Mención especial merece la consolidación de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, que en el presente 2025 conmemora sus tres

décadas. Si bien nuestra revista nace por impulso de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y continua bajo su senda, es una feliz coincidencia compartir nuestras bodas de Plata con el trigésimo aniversario de la Asociación, las que reafirman la institucionalización de la ciencia constitucional en nuestro país.

En este primer semestre del año, la situación social del país ha tenido bastantes altibajos, entre otros, por las denuncias de extorsiones contra los ciudadanos, especialmente contra colegios (que se vieron forzados a realizar clases virtuales o suspender sus actividades de forma definitiva), así como transportistas de Lima, lo que originó paralizaciones demandando acciones más efectivas contra este flagelo. El gobierno recurrió a decretar Estado de Emergencia (una vez más), pero impactando la turbulencia en el sector interior, cerrando este semestre con un tercer ministro del interior en lo que va del 2025.

Si bien en el plano político, el Congreso y el Ejecutivo mantienen una comparsa que les permite sustentarse sin mayores sobresaltos, el clima preelectoral ya se percibe en el país. Cada día se anuncian nuevas campañas, los reportajes periodísticos pronostican posibles coaliciones, y no faltan las ideas populistas que asoman en ciertos aventureros. Haciendo las sumas y restas de los últimos años, consideramos que poco se ha avanzado (respecto a lo que hubiéramos podido lograr con una mayor estabilidad), y el panorama de hoy no anticipa fórmulas que garanticen la necesaria estabilidad y liderazgo que requiere el país para enfrentar los complejos problemas que nos aquejan.

Como en cada entrega, este número ofrece estudios, documentos y notas de sumo interés, así como una serie de artículos enfocados en el legado de la revista por su vigésimo quinto aniversario. Es gratificante encontrar en nuestros lectores tantos buenos deseos que nos transmiten, así como la permanente vocación por publicar sus investigaciones. Como es costumbre, la diversidad de temas que se abordan en cada número de la revista permiten acercarnos a las inquietudes académicas del momento.

A propósito de las actividades por las tres décadas de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, por gestión de su presidente Jorge Luis Cáceres Arce y su reconocido equipo, se llevó a cabo el Congreso Internacional “Momentos Constitucionales”, en las instalaciones de la Universidad Católica de Santa María entre el 24 al 26 de abril de 2025,

como el primer evento académico del año. Para el mes de septiembre se realizará el XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, que tendrá su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres entre el 11 al 13 de septiembre próximo.

Finalmente, extendemos nuestras felicitaciones a nuestros dilectos amigos Jorge Luis Cáceres Arce y José F. Palomino Manchego. En el mes de enero, Jorge Luis Cáceres fue elegido rector de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, para el periodo 2025-2030, elección democrática que resalta las cualidades de gestor eficiente y figura de unidad de nuestro apreciado colega, que pondrá todos sus talentos hacia la proyección internacional que anhela para la reconocida casa de estudios.

Por su parte, José F. Palomino Manchego, el primer secretario de redacción que tuvo nuestra revista, extraordinario colaborador e incondicional colega, ha sido elegido como Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para el periodo 2025 – 2029, con un amplio respaldo de docentes y estudiantes. Le auguramos los mayores éxitos en tan importante labor, la cual representa un nuevo tiempo y legado para la Decana de América.

Lima, junio de 2025

La Dirección

LOS 25 AÑOS DE NUESTRA “REVISTA”

VEINTICINCO AÑOS DE LABOR FECUNDA

Diego Valadés^(*)

La *Revista Peruana de Derecho Público* lleva de vida lo que el siglo. Es una publicación nacida con el milenio, debida al impulso creativo de su director fundador, Domingo García Belaunde, apoyado por un entusiasta Comité de Redacción cuya secretaría desempeñaba entonces José F. Palomino Manchego y hoy lo hace Dante Paiva Goyburu.

Un cuarto de siglo ha transcurrido y la *Revista*, ya consolidada, es un referente para el derecho público hemisférico. Fue crucial tener desde el inicio una idea clara de lo que se quería; no hay mejor forma de tener éxito cuando se emprende un proyecto, de la naturaleza que sea. El director planteó que la publicación naciente quería “servir de encuentro, despertar inquietudes, así como señalar problemas y apuntar soluciones”. Para eludir cualquier equívoco, perfiló un objetivo generoso, realista, necesario y alcanzable: “Nuestra *Revista* pretende abrir horizontes, no intenta agotarlos.” Es así como se contribuye al debate de ideas: convocando al ejercicio libre de la creatividad.

La *Revista* no se planteó finalidades grandilocuentes ni asumió el tono engolado y presuntuoso de quienes se asumen como detentadores de la verdad. La verdadera vocación académica está en aportar elementos para la reflexión, propuestas para el debate, inquietudes y dudas para

(*) Miembro del Comité Asesor Internacional. Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Sistema Nacional de Investigadores de México.

estimular nuevas indagaciones y noticias que instruyan y orienten. Al cabo de 25 años es posible decir que lo ha hecho con éxito.

Una característica de la *Revista* fue integrar un consejo con publicistas de trece países: Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Estados Unidos, España, Francia, Italia, México, Panamá, Portugal, Venezuela, a los que luego se agregaron colegas de Bolivia y Costa Rica. Para mí fue una muy estimulante distinción acompañar en el inicio a dos juristas mexicanos inolvidables, Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, y hoy a Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Desde el primer número se atendió al propósito de dar a la publicación el énfasis por el que se propugnaba: construir un puente entre los cultores del derecho constitucional y el derecho administrativo para validar el título de la revista: derecho público. La decisión de atender ambas disciplinas tiene un fundamento científico incontrovertible. El estudio conjunto de los derechos administrativo y constitucional es habitual en diversos espacio académicos y tiende a generalizarse. Si entendemos al Estado como la organización del poder ambas materias son complementarias.

Hay instituciones que son esenciales para el Estado constitucional democrático contemporáneo cuyo diseño exige una comprensión profunda de los fenómenos constitucionales y administrativos. Cuando nos ocupamos de la gobernabilidad, del Estado de bienestar, de la separación de funciones, de los controles, del combate a la corrupción, de derechos fundamentales asociados a prestaciones públicas, interdicción de la arbitrariedad y funciones de policía, del acceso a la justicia y a la información, de la organización federal, regional o unitaria, de la fiscalidad y de las cuentas públicas, y de tantos otros capítulos concernidos con la regularidad del Estado, las herramientas constitucionales y administrativas proveen el instrumental necesario para alcanzar los mejores resultados.

Además de esos objetivos explícitos de la *Revista*, a lo largo de sus primeros veinticinco años ha tenido efectos en una triple dimensión: ha auspiciado una nueva escuela peruana de derecho público; sirve como instrumento para promover la cultura jurídica, y es un vehículo de comunicación e interacción de los constitucionalistas y en general de los publicistas iberoamericanos.

La doctrina peruana tiene una presencia señera en las letras jurídicas de nuestra América. Uno de los grandes forjadores de la nueva generación

de publicistas es Domingo García Belaunde, quien además de ser muy exigente consigo mismo es generoso en la transmisión de su ciencia. Con su inteligencia ilumina y con su ejemplo inspira. También es un comunicador atractivo, claro, que transmite entusiasmo por lo que hace. En un ambiente académico nutrido de jóvenes brillantes, analíticos, con curiosidad científica y vocación por la justicia y la democracia, hacía falta un catalizador que facilitara el surgimiento y la consolidación de juristas renovadores. La *Revista* ha sido uno de esos aceleradores vocacionales.

En cuanto a la cultura jurídica, la *Revista* se caracteriza por su profesionalidad, pero fue un acierto eludir los formalismos academicistas en aras de hacer una publicación atractiva para los profesionales y accesible para todo lector interesado en cuestiones jurídicas. Esta es una tarea sustancial en todo Estado constitucional, donde la calidad de los ciudadanos condiciona la calidad de los gobernantes. Y el tercer gran efecto de la *Revista* es haberse convertido en un punto de convergencia de publicistas iberoamericanos y europeos. Esta publicación enlaza a una comunidad peruana muy nutrida a la que se suman expertos de muchas nacionalidades que no se sienten extranjeros en nuestra América porque conocen nuestros problemas institucionales, comparten nuestras preocupaciones y coadyuvan en la deliberación de las soluciones posibles.

Por todo lo anterior reitero que es un privilegio formar parte, así sea muy modesta, de este magno proyecto que fructificó merced a un trabajo inteligente y tesorero de los colegas peruanos. En el curso de 2025 la *Revista* llegará a su número cincuenta. Es una proeza de la inteligencia y la constancia. Han sido cinco lustros de trabajo creativo, infatigable y sistemático. Cada número implica un nuevo comienzo y también una nueva satisfacción. La riqueza temática y la presencia de autores con amplia trayectoria acompañados por nuevos juristas, la selección editorial de temas relevantes de vanguardia, el cuidado de la calidad y oportunidad de los textos, la puntualidad de la publicación y su difusión ejemplar que lleva la *Revista* a todos los centros de estudio del hemisferio, la han convertido en una fuente prestigiosa de información y análisis.

La *Revista Peruana de Derecho Público* cumple con el objetivo trazado desde su primer número: abrir horizontes. Que así sea por muchos lustros más, para bien de nuestra ciencia.

PARECE QUE FUE AYER...

Domingo García Belaunde

Y de pronto, me di con la sorpresa de que nuestra “Revista Peruana de Derecho Público” cumplía 25 años. Recordé entonces lo que Schopenhauer decía del tiempo... que “corre lento al comenzar la jornada y vertiginosamente al terminarla”.

¿Cómo así y porque fundé la revista, en compañía de muy estimables amigos que me acompañaron, incluso económicamente, en esta tarea, hace ya tantos años? Lo primero que debo decir es que siempre me gustó el mundo editorial y el de las revistas. En una de mis vacaciones escolares, mi padre me puso a trabajar, prácticamente *ad honorem*, en la Imprenta El Condor, en ese entonces en la cuadra 9 del jirón Camaná, a pocos metros de la plaza Francia en el centro histórico de Lima y gracias a su dueño y amigo de mi padre, el señor Montoya. Ahí me entusiasmé con los sistemas de reproducción de fotos, los empastes o encuadernamientos y sobre todo en el uso del linotipo, que era el sistema de la época (se redactaba en gigantescas máquinas de escribir hechas de metal y en lingotes de plomo que luego se ordenaban para pasar por una prensa llena de tinta que imprimía el papel). Y todo esto en locales muy grandes para poder albergarlos. Esa grata experiencia me animó a editar en imprenta la revista “Adelante” que había fundado en el Colegio de la Inmaculada de los padres jesuitas en 1956 - en mimeógrafo - y cuyo último número se hizo en imprenta y con fotos en 1960, año en que dejé las aulas escolares.

Ya en la universidad, tuve también mis devaneos periodísticos y editoriales, lo que se concretó con la fundación de la revista “Thémis” en

1965 y que duró tan solo hasta 1969. Luego vino un largo silencio hasta que una nueva hornada de estudiantes generosos y entusiastas la resucitó y hoy sigue saliendo (vid. mi artículo “Thémis, hace veinte años...” en mi libro **Tiempos de constitucionalismo**, Lima, 2020).

Poco después y en las postrimerías del régimen de Fujimori – que no actuó, decididamente, en forma constitucional – es que me plateé la idea de sacar una revista. Habíamos fundado en 1990 la maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Católica, la primera de su género en el país y quizá de nuestra área latinoamericana y en ella editábamos desde 1994 la revista “Pensamiento constitucional”, que hasta ahora continua. Pero pronto me di cuenta de que dependíamos, por un lado, del entorno ideológico y por otro, de los caprichos de la imprenta de la universidad, que no facilitaba nuestras labores. Es decir, los profesores teníamos ataduras que no eran útiles ni nos permitían actuar en ese momento en forma más libre y por eso pensé en que deberíamos tener nosotros nuestra propia revista y no depender de nadie, sino de nosotros mismos. Nos ayudó mucho la editorial Grijley y su titular el señor Alvarado y traté el tema con mis colegas más cercanos, en especial con José F. Palomino Manchego, quien sería el primer secretario de la revista (al que sucedió Luis Elguera Valega y el actual Dante M. Paiva Goyburu). Otro tema que se abordó fue el del título y el del contenido. Estaba convencido – por mis lecturas de autores de época – de que no podía ser solo de derecho constitucional sino más amplio, que cubriese sobre todo el derecho administrativo, tan descuidado en aquel entonces, y por eso el nombre de “derecho público”. Lo que nos permitió otras excursiones en el mundo procesal, penal e internacional. El otro punto era la periodicidad... algunos de mis colegas me propusieron mensualidad, bimensualidad o trimestralidad... pero después de grandes vacilaciones opté por la semestralidad, básicamente para no tener la urgencia de llenar páginas con cualquier artículo – como es frecuente ver en las revistas de periodicidad corta en nuestro medio – o vivir preocupados por la financiación.

En cuanto al tiraje, empezamos con 1,000 ejemplares que se agotaron pronto. Pero luego vino el mundo virtual y empezamos a reducir el físico y aumentar el virtual y además colgarlo en mi página web, en donde se encuentra la colección completa libre de costo (www.garciabelaunder.com). Y que ha alcanzado una sorprendente lectoría. Y finalmente y no

por eso menos importante, nuestros colaboradores, tanto locales como internacionales, que con paciencia nos han acompañado todo este tiempo.

Así han pasado los años y lo más importante es que nos hemos mantenido fieles a nuestros primeros ideales: artículos de alta divulgación, plumas acreditadas y también nuevas, pluralidad en los temas, pero con rigor académico...

Solo me queda agradecer a tantos amigos y familiares que nos han apoyado durante estos años y a los actuales colaboradores, que nos siguen respaldando en este noble y en veces ingrato empeño.

25 AÑOS DESPUÉS, AQUÍ SIGUE

Francisco José Eguiguren Praeli

Me siento particularmente emocionado al constatar que ha pasado un cuarto de siglo desde que la Revista Peruana de Derecho Público empezó a editarse, y que sigue aquí con nosotros. Aquel proyecto académico y editorial ideado y dirigido desde su inicio por el maestro Domingo García Belaunde, publica su número 50, cumpliendo los primeros 25 años de su aparición semestral continua. Desde hace algún tiempo, su clásica edición impresa cuenta también con una edición digital, que amplía considerablemente su difusión y acceso para los interesados desde cualquier lugar.

En un país como el nuestro, donde la institucionalidad es escasa, y la continuidad de lo bueno casi inexistente, resulta alentador y muy destacable que una revista con vocación académica, dedicada al estudio y difusión de temas y asuntos de Derecho Público, cumpla un cuarto de siglo editándose. Se trata, a no dudarlo, de un acontecimiento singular y excepcional. Es de justicia señalar que este magnífico logro ha sido posible gracias a la perseverancia y convicción del profesor Domingo García Belaunde, su Director e inagotable impulsor. A este propósito han contribuido también, con su colaboración constante, sus sucesivos secretarios de redacción, los colegas José Palomino Manchego, Luis Elguera Valega y Dante Paiva Goyburu. En lo que a mí respecta, me cabe el honor de haber integrado, durante todo este tiempo, el Comité de Redacción de la revista, así como la satisfacción de haber publicado algunos trabajos en ella.

Un dato no menor es que la revista se haya concebido, desde el principio, como de Derecho Público, y no solo de Derecho Constitucional,

como pudo haber ocurrido por la condición de constitucionalistas de la mayoría de quienes hemos participado en ella. Ello ha permitido que, al lado de los temas constitucionales, a menudo se hayan publicado también trabajos sobre Derecho Administrativo, Derecho Internacional, Derechos Humanos, etc. Sin duda ello ha redundado positivamente en el mayor interés del contenido y el ámbito de influencia jurídica de la revista.

A lo largo de sus ya 50 números, la revista ha congregado la participación de autores, nacionales y extranjeros, de reconocido prestigio académico. La gran capacidad convocatoria del profesor García Belaunde se ha evidenciado también en la conformación de su Comité Consultivo Internacional y del Comité Consultivo Nacional, donde observamos los nombres de destacadísimos maestros del constitucionalismo iberoamericano, algunos de los cuales ya nos han abandonado físicamente, pero cuya producción intelectual, la influencia de su obra, y su recuerdo nos siguen acompañando y guiando.

La estructura de la revista se ha mantenido, en lo esencial, a lo largo de todos sus números. Un Editorial, dedicado a dar cuenta de los principales acontecimientos ocurridos en el semestre en materia del Derecho Público y el desenvolvimiento del proceso jurídico-político del país. Una sección sobre Ensayos y Estudios, la más sustantiva, donde se recogen trabajos sobre diversos temas del objeto de la revista, aunque algunas veces contemplando un eje temático central, de relevancia coyuntural, donde la pluralidad de los autores contribuye a brindar una visión amplia, que trasciende los temas exclusivamente nacionales. Adicionalmente, la revista cuenta con las secciones sobre Notas, Reseñas y Documentos, esta última donde difunde textos de importancia e interés para nuestra historia constitucional y política.

Resulta evocativo revisar el contenido del primer número de la revista, correspondiente al segundo semestre del 2000, donde, además de la sección sobre Estudios, se incluyó como tema central el Retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, producido a finales del régimen autoritario de Fujimori. Si bien, como sabemos, esta nefasta pretensión no logró finalmente consumarse, pues fue desestimada por la Corte y luego nuestro país, tras recuperar la democracia, la dejó sin efecto y se reincorporó plenamente al Sistema Interamericano, no debemos perder de vista que, en los últimos meses, nuevamente, con la misma intención de ampliar los delitos a que se pueda aplicar la pena de muerte en nuestro país,

y dada su incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, altas autoridades gubernamentales y sectores parlamentarios hayan vuelto a proponer una medida similar. Como si extender la pena de muerte fuera una solución eficaz y necesaria para enfrentar con éxito el incremento de la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana.

En sus primeros 25 años de existencia, la Revista Peruana de Derecho Público ha analizado acontecimientos fundamentales de la historia constitucional y la política peruana del presente siglo. Se inició con la caída del régimen de Fujimori y la recuperación de la democracia con el Gobierno de Transición del inolvidable Presidente Valentín Paniagua. En tiempos más recientes, ha aportado al análisis y debate de temas que suscitan gran interés y controversia en el acontecer político y jurídico de nuestro país, como la vacancia por incapacidad moral del Presidente de la República, la denegación de confianza al gobierno, la disolución presidencial del Congreso y los golpes de estado.

Por todo ello, felicitamos sincera y entusiastamente estos primeros 25 años de existencia de la Revista Peruana de Derecho Público y resaltamos sus valiosos aportes. Esperamos que esta fructífera labor continúe por muchos años más. Sus páginas dan testimonio y ponen en evidencia el importante desarrollo que las disciplinas del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo han tenido en nuestro país en dicho período. Y a ello, sin duda, ha contribuido esta querida revista.

VEINTICINCO AÑOS DE LA REVISTA DE DERECHO PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

César Ochoa Cardich^()*

El primer número de esta revista aparece a fines del año 2000, en el umbral del milenio y durante el gobierno de la transición democrática de Valentín Paniagua. Bajo la dirección de Domingo García Belaunde, editada por Grijley y con un Comité de Redacción integrado por destacados profesores de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Samuel Abad Yupanqui, Francisco Eguiguren Praeli, César Landa Arroyo y dos docentes universitarios en Derecho Administrativo: Jorge Danós Ordóñez y quien escribe estas líneas de la misma casa de estudios.

En suma, una cofradía de integrantes "católicos" –por la Universidad que era nuestra alma mater- y que en aquellos años marcó el derrotero del derecho público en el Perú, y que fue ampliándose paulatinamente a otros centros universitarios en Lima y en el interior del país. Con este Comité, debemos destacar la participación invalorable del Secretario de Redacción, el profesor sanmarquino José F. Palomino Manchego, quien posteriormente se integró como miembro del Comité de Redacción.

El maestro Domingo –como lo conocemos sus amigos desde hace décadas- realizó la proeza de congregar además un selecto Comité Consultivo Internacional integrado por las siguientes personalidades de nivel global: Peter Häberle (Alemania); Germán Bidart Campos, Agustín Gordillo, Néstor

(*) Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Director General del Centro de Estudios Constitucionales.

Pedro Sagüés, Alejandro Pérez Hualde (Argentina); Luis Pinto Ferreira, José Antonio Da Silva (Brasil); Humberto Nogueira Alcalá (Chile); Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro Naranjo Mesa, Eduardo Cifuentes Muñoz (Colombia); Robert S. Barker (Estados Unidos); Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de Enterría, Luciano Parejo Alfonso (España); Louis Favoreau, Franck Modern (Francia); Giuseppe de Vergottini (Italia); Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés (México); César Quintero (Panamá); Jorge Miranda (Portugal); Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao (Venezuela).

A nivel nacional participó un Comité Consultivo Nacional con dos destacados constitucionalistas: Alberto Ruiz-Eldregde y Alfredo Quispe Correa, así como el administrativista Gustavo Bacacorzo.

En su número de apertura, su director señaló que al momento de su aparición sólo existían dos revistas de Derecho Constitucional ("Pensamiento Constitucional" de la PUCP y la revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional editada en Huancayo por Miguel Vilcapoma), estando desierta en materia de revistas jurídicas, la disciplina del Derecho Administrativo.

Destaca la estructura de la revista con sus diversas secciones. Además de los ensayos jurídicos, sus secciones de crónicas, homenajes, necrológicas y de documentos históricos de relevancia constitucional.

La iniciativa fructífera de su director-fundador ha perdurado hasta el presente, siendo sin lugar a dudas la publicación más relevante del Derecho Público peruano hasta la actualidad, por la calidad de sus ensayos y artículos escritos por autores nacionales, así como los extranjeros amigos del Perú.

Han escrito entre los constitucionalistas peruanos: Enrique Bernalles Ballesteros, Valentín Paniagua Corazao, Helder Domínguez Haro, Luis Sáenz Davalos, Edgar Carpio Marcos, Víctor Julio Ortecho, Francisco Miró Quesada Rada, Gerardo Eto Cruz, Víctor García Toma, Susana Castañeda Otsu, entre otros .

Asimismo, debo destacar entre los administrativistas peruanos a Juan Felipe Isasi Cayo, Juan Carlos Morón y entre los extranjeros, los profesores españoles Luciano Parejo Alfonso y Jesús González Pérez.

De hecho para mí es fuente de consulta permanente en mi biblioteca jurídica, a la que hemos recurrido en el Tribunal Constitucional en sentencias relevantes, como aquella pronunciada el 30 de mayo de 2023 (*Caso de la cuestión de confianza y su rechazo de plano*), en la que se citan dos ensayos muy importantes sobre el tema, publicados en el número 39 de la revista, correspondiente a la edición de julio a diciembre de 2019: uno del constitucionalista y laboralista Carlos Blancas Bustamante y el otro de Luis Castillo Córdova, destacado académico de la Universidad de Piura.

Así, celebremos los 25 años de la Revista Peruana de Derecho Público, con renovada expectativa en un nuevo número de esta memorable publicación.

BODAS DE PLATA DE LA REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Luis Elguera Valega

La Revista Peruana de Derecho Público llega a su número 50 completando un cuarto de siglo de ininterrumpida y fructífera circulación, efeméride importante que merece ser conmemorada. Este logro se debe al tesón, talento y decisión de su creador y Director Dr. Domingo García Belaunde, al apoyo de la comunidad de colaboradores y al interés de sus numerosos lectores.

Tuve la suerte de ser convocado a desempeñar el cargo de Secretario de Redacción, lo cual realicé durante una década en la que corrieron los números del 13 al 32, interesante labor que me ha dado muchas satisfacciones.

Esta convocatoria se dio por mi amigo Luis García Corrochano, quien me recomendó al Dr. García Belaunde a quien yo conocía solo por ser una persona de alta exposición pública. Ello se debió sin duda a mi vocación por el Derecho Constitucional y a mi experiencia en la Industria Gráfica. Fue muy grato recibir la propuesta, que acepté sin vacilación y seguí con agradecimiento a ambos.

Mi experiencia en esta labor fue múltiple. En primer lugar, me acercó a estar en contacto con doctrina de vanguardia en las materias que cubre, con la lectura que demanda la preparación de cada número para asegurar la correcta edición, ya que en la Revista siempre cuenta con interesantes estudios de actualidad escritos por especialistas de primera línea y destacadas plumas del Derecho Público.

Otro aspecto a destacar de la labor fue el contacto con la comunidad de especialistas peruanos y extranjeros a los que la Revista acoge con especial cuidado; así como con los Congresos de materias jurídicas comprendidas de los que la Revista relata cumplidamente, así como los homenajes a especialistas de destacada carrera.

Con todo, la experiencia más importante en este tiempo fue trabajar con Domingo García Belaunde, quien desde el inicio me puso en autos del alto nivel de exigencia y calidad que corresponde a esta Revista, convirtiendo a la actividad en un verdadero reto y disciplina. El trato cotidiano orientado a un esfuerzo de esta categoría y valor llevó, como no podría ser de otra manera, al desarrollo de una valiosa y natural amistad. En poco tiempo comprendí que además de las virtudes señaladas arriba, el éxito de esta Revista se debe a las cualidades humanas de su Director, persona gentil y noble que goza de gran aprecio de esta comunidad.

Así pues, con ocasión de esta significativa efeméride, es grato reiterar mi agradecimiento a Domingo García Belaunde por la oportunidad de compartir esta tarea de elaborar la Revista Peruana de Derecho Público y extenderle hoy mi más cálida y sincera felicitación por mantener constante esta valiosa publicación con su alta calidad durante veinticinco años de circulación ininterrumpida. ¡Salud!

BODAS DE PLATA DE LA REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO (2000 - 2025)

Dante Paiva Goyburu

Mi primer contacto con la Revista Peruana de Derecho Público ocurrió en 2005 cuando llevaba el curso de Derecho Constitucional I, a cargo del Dr. José F. Palomino Manchego, en el segundo año de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Por aquel entonces, Palomino Manchego era el secretario de redacción de la revista, la cual difundía en clases en toda oportunidad, destacando su rol como el espacio donde se congregaban especialistas peruanos y del extranjero discutiendo temas constitucionales, administrativos y otras disciplinas afines.

Al conocer la Revista, tuve la inquietud de ahondar más sobre el rol de estas publicaciones en el Derecho Peruano. Meses atrás ya me habían obsequiado un ejemplar de la *Revista de Derecho y Ciencia Política* de la Facultad (fundada en 1936) que era un volumen bastante nutrido. También ubiqué a la *Revista del Foro*, del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, aunque más se divulgaba entre los miembros de la orden, y como tal aun no resultaba muy accesible, salvo en fotocopias.

Frente a este panorama, la Revista Peruana de Derecho Público me resultó una revelación, sobre todo por el formato que tenía, de composición liviana por su edición semestral, con artículos bastante didácticos. Esa entusiasta promoción que hacía el Dr. Palomino Manchego, quien donaba ejemplares a la biblioteca de la Facultad, permitiendo que puedan ser fácilmente revisados, alentaba a su continua lectura. El internet era

incipiente en esas fechas, por lo que el acceder a ejemplares físicos era la única forma de ahondar en temas de actualidad.

Y es precisamente con ese ejemplo que aprendí a valorar el rol de las revistas. Los libros tienen un papel trascendental para difundir la doctrina e ideas, convirtiéndose algunos en clásicos que se estudian, por siglos inclusive, indispensablemente para formar el criterio; en cambio, las revistas tienen, mediante sus artículos, un papel divulgador y de análisis del contexto y realidad mucho más dinámico. Así, en las revistas podemos recoger trabajos de los protagonistas del momento ante una circunstancia mediática, o preparar un número especial debido a hechos trascendentes. Justamente, el primer número de la Revista Peruana de Derecho Público vio la luz con el fin del gobierno de Fujimori y toda la transición que originó, y que fue un enorme desafío para el Derecho Constitucional y la gestión política del país. Fue un suceso que difícilmente se repetirá en la magnitud que se vivió, pero gracias a ese primer número de la Revista perdurará la perspectiva y reacciones de la comunidad académica que atestiguaba dichas circunstancias.

En nuestro país hay un entusiasmo demasiado excesivo por el estudio de la carrera de Derecho. Tal como reflejan las estadísticas, la abogacía en el Perú es de las profesiones con mayor número de graduados a lo largo y ancho del país. Un primer resultado de esa situación podría ser que también hay una activo quehacer científico jurídico por parte de los abogados peruanos; sin embargo, la desalentadora realidad es que miles se gradúan, pero con aspiraciones puramente litigiosas, lo cual demuestra que ven en el Derecho una herramienta de empleo práctico, sin un propósito de estudiarlo en su real dimensión, como una categoría multidisciplinaria, donde la Filosofía y la Historia ocupan un rol esencial para una formación cabal del abogado.

De esta forma, es indispensable apostar por las publicaciones de calidad con el objetivo de mantener un sitio especial a la investigación y debate jurídicos, que encuentran en las revistas, como en cualquier otra disciplina, el espacio necesario para divulgarse y crecer. Y es que resaltamos que toda revista tiene que combinar dos factores: en primer lugar, la cualidad académica, que es vital, y que deriva de una correcta selección de los autores que participarán con artículos y estudios; si bien es muy frecuente que se hagan convocatorias abiertas para presentar artículos, se deben filtrar los escritos con toda la rigurosidad posible, para asegurar

mantener la calidad y el nivel de los trabajos que se divulgan; y en segundo lugar, la visión de la realidad, consistente en que los trabajos sean cercanos a una temática específica, pero centrando su perspectiva en las problemáticas del contexto que se afrontan, con el fin de evitar los anacronismos e intrascendencias, y es que las revistas se deben al contexto en el cual se publican, y si saben recoger ese rol podrán servir también como valiosos testimonios históricos, para las generaciones venideras respecto de las inquietudes de los juristas de los tiempos precederos, sabiendo como se actuó frente a una circunstancia particular. De esta forma, podemos resaltar que las revistas en general, debidamente conducidas, proporcionan al desarrollo de la disciplina una auténtica solidez científica que marcará su presencia y permanencia.

Haciendo un balance de la trayectoria de la Revista Peruana de Derecho Público, es de justicia mencionar que su prolongada vigencia se debe a que desde un principio se hicieron bien las cosas. Fundada en el año 2000 por Domingo García Belaunde, heredero natural de la mística de la legendaria revista *Mercurio Peruano* (el tercer Mercurio), que fundó y dirigió su abuelo Víctor Andrés Belaunde, conocía de todos los elementos que hacen grande a una revista. Por eso es que se preocupó de establecer un Comité de Redacción con reconocidos juristas nacionales, un Comité Consultivo Internacional de prestigiosos académicos de Iberoamérica y un Secretario de Redacción, que sería el brazo operativo. Esta ha sido la fórmula del éxito de la revista, nada dejado a la improvisación, lo cual resulta aleccionador en un país donde en muchos casos las revistas jurídicas no han pasado de ser un entusiasmo de pocos números.

Destacamos este legado de la Revista Peruana de Derecho Público por ser única en su género, ha alcanzado el cuarto de siglo debiéndose al empuje y dedicación particular de Domingo García Belaunde, quien como Director ha sabido canalizar diversos talentos para poder establecer la revista jurídica privada por antonomasia en el Perú, y que en su vocación científica y de apertura al conocimiento tiene todos sus números disponibles en internet. Su propósito siempre fue sumar al debate académico, brindando espacio a las ideas sobre el derecho peruano y mundial relativos a la mejora del sistema jurídico, la atención problemas de coyuntura, y también rescatando algunas piezas históricas (en su sección Documentos), hacer crónicas valiosas sobre seminarios, eventos y conferencias (como se recoge en las Notas) y rindiendo un justo tributo a aquellas grandes mentes

del Derecho que pasaron a la eternidad (un destacado espacio que ocupa las Necrológicas). A muchas revistas hoy, para fines de indexación, se le exige estos elementos que la Revista Peruana de Derecho Público tuvo desde su primer número, y es por ello que ya tiene un sitio indiscutible en la hemerografía jurídica peruana.

Cuando tuve en mis manos ese primer ejemplar en el año 2005, no sospechaba siquiera que años más tarde tendría la invaluable oportunidad de tomar el manto de Secretario de Redacción a partir del número 33, el puesto que desempeñó con tanta dedicación y eficiencia mi mentor, dándome ahora el paso de continuar su legado, apoyando al Dr. Domingo en este valioso baluarte de la ciencia jurídica que tantas satisfacciones nos ha brindado, pues con 50 número ininterrumpidos, la revista se ha ganado un puesto en todo Iberoamérica como el referente de la situación del Derecho Público en el Perú, siendo consultada y referenciada continuamente en la formación de nuevas generaciones de juristas, así como obligatoria bibliografía en diversas investigaciones.

No hay mayor satisfacción que atestiguar el feliz resultado de iniciativas que se hicieron con la máxima dedicación desde un principio. Inicia ahora la Revista Peruana de Derecho Público su camino a las Bodas de Oro, que estamos seguros traerá nuevas metas, desafíos y aportes. Y es que, como el primer día, se mantiene firme ese compromiso de ser un espacio plural, variado e interesante para el lector, que gracias a sus páginas logra saber más del Derecho cada día.

ENSAYOS

***IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* PARA AMÉRICA LATINA: UN ÓBICE PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

Juan Alonso Tello Mendoza^()*

1. Introducción

El proyecto académico “*Ius Constitutionale Commune* para América Latina” (ICCAL) fue ideado por el *Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional* (MPIL) a partir de 2006, encontrando apoyo posterior en la Corte IDH. Hoy, conforma una doctrina impulsada por académicos, jueces y abogados cuyo interés profesional orbita en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Tras un inicio centrado en la integración regional, al no apreciarse voluntad política, el ICCAL redirigió su atención a “los derechos humanos y las cortes como plataformas de transformación”⁽¹⁾.

La tesis del ICCAL, según su principal teórico⁽²⁾, se basa en los conceptos de “diálogo”, “inclusión” y “pluralismo normativo”. El diálogo busca soluciones sin detentores de la última palabra; la inclusión combate la

(*) Profesor Lector de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona. Investigador postdoctoral del Departamento de Políticas de la Universidad de Princeton.

(1) J. C. Herrera, «La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, 4, 2021, p. 1408.

(2) Cf. A. Bogdandy, «*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 14-21.

exclusión social para redefinir la democracia más allá de la representación; y el pluralismo normativo supera la disputa entre derecho doméstico e internacional mediante la convivencia de múltiples sistemas normativos. Los rasgos esenciales del ICCAL incluyen una ciencia del derecho público integral que vincula el derecho constitucional e internacional, una argumentación basada en principios éticos y un enfoque comparativo que sitúa a los operadores legales en un contexto global. El objetivo es crear un derecho interamericano transformador con la Corte IDH como pilar central y los jueces nacionales como colaboradores, utilizando el constitucionalismo transformador para abordar problemas de violencia, exclusión y debilidad institucional en la región⁽³⁾.

2. Dificultades en la fundamentación

El concepto de “*ius commune*” en la región se ha visto envuelto en una discusión sustancial, focalizada en identificar los elementos constitutivos de este fenómeno. En términos generales, se sostiene que dicho derecho común se erige sobre un sustrato compartido, conformado principalmente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tratados interamericanos de derechos humanos, garantías constitucionales de derechos, cláusulas de apertura y jurisprudencia nacional e internacional⁽⁴⁾.

Esta posición, no obstante, ha sido objeto de cuestionamientos⁽⁵⁾, pues la realidad revela una notable diversidad jurídica entre los Estados de la región en cuanto a la ratificación -con reservas o no- de estos instrumentos

(3) Cf. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative Constitutionalism in Latin America», *American Journal of International Law*, vol. 114, 3, 2020, Cambridge University Press, pp. 405-408, 430.

(4) Cf. A. Bogdandy; E. Ferrer; M. Morales; F. Piovesan; X. Soley, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism», *SSRN Electronic Journal*, 2016, p. 2; A. Bogdandy, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, pp. 10-13, 36-37; J. Serna, «El concepto del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en Derechos Humanos: Elementos para una agenda de investigación.», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 216-217.

(5) Cf. K. Castilla, «¿Qué tan común es lo común del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano?», *Ventana Jurídica*; A. Coddou, «A critical account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An intellectual map of contemporary Latin American constitutionalism», *Global Constitutionalism*, vol. 11, 1, 2022, Cambridge University Press, pp. 113-114.

y/o a la aceptación de mecanismos contenciosos -de haberlos- frente a la Corte IDH. Así también, la inclusión genérica de las cláusulas de apertura y las garantías constitucionales corre análoga suerte. Peor suerte trae la apelación a la ‘jurisprudencia internacional’, pues ello no puede sino apuntar al grado de recepción doméstica de las exégesis de la Corte IDH, cuestión absolutamente asimétrica en la región⁽⁶⁾.

En términos generales, es inviable negar ciertos elementos jurídicos comunes en la región. Pero, si se pretende construir una teoría que no solo describa un “*ius commune*” -el *ser*-, sino que prescriba desde allí un curso de acción (“constitucionalismo transformador”) -el *deber ser*-, el planteamiento es insuficiente a todas luces. Así, o el propósito “transformador” surge de tales elementos “comunes” (primera hipótesis no demostrada), o se asume debido a una determinada concepción del rol judicial (segunda hipótesis) que comprende necesario/evidente tal afán. En efecto, si nos abocamos a la segunda hipótesis, citándose a Klare, se dice que el “constitucionalismo transformador es una empresa enfocada en inducir un cambio social a gran escala a través de procesos políticos no violentos y fundamentados en el derecho”⁽⁷⁾, otorgándose un lugar privilegiado al Poder Judicial o a su *praxis*⁽⁸⁾; y, propiciándose una “flexibilización” en los aspectos formales del Derecho cuando de derechos humanos se trata⁽⁹⁾. Así, se considera a los tribunales domésticos y, especialmente, a la Corte IDH, como agentes de autoridad pública para crear y hacer evolucionar el “Rule of Law” interamericano⁽¹⁰⁾.

3. Dificultades en los métodos

La tesis del ICCAL asevera, entonces, que existe un común denominador (descripción) -el *por qué*- del cual emerge un constitucionalismo transformador (prescripción) que busca solucionar los problemas

(6) Cf. J. Tello, *Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho*, Tirant lo Blanch, México, D.F., 2023, pp. 207-304; *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*, LEYER, Bogotá, 2016, pp. 93-182.

(7) K. E. Klare, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1, 1998, p. 150.

(8) Cf. C. Herrera, «La idea.», cit., p. 1388.

(9) Cf. *Ibid.*, pp. 1391-1392.

(10) Cf. A. Bogdandy, «The Transformative Mandate of the Inter-American System – Legality and Legitimacy of an Extraordinary Jurisgenerative Process», p. 3.

estructurales de justicia e igualdad –el *para qué*; teniéndose al juez –el *quién*– como especial protagonista y disponiéndose de métodos como la “des-formalización” del Derecho, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad –el *cómo*.

Respecto al *para qué*, el *telos* no es *per se* criticable, de hecho, es también el propósito del SIDH y del Estado Constitucional de Derecho. Si acudimos al *por qué*, en concreto, a la segunda hipótesis, se afirma que el fundamento recae en el concepto de “Estado abierto”⁽¹¹⁾. Esta noción no aludiría a un aceptado fenómeno por el cual las constituciones post Segunda Guerra Mundial consideraron vital incluir cláusulas de reenvío (o apertura) hacia el derecho internacional, para referir a los tratados de derechos humanos y sus organismos de protección, de modo que la dignidad humana sea siempre el interés superior a resguardar. Para el ICCAL, en cambio, tales cláusulas serían prueba del enfoque “transformador” del Derecho⁽¹²⁾ adoptado por los propios Estados e impulsada por la Corte IDH mediante el control de convencionalidad⁽¹³⁾. Así, lo etiquetado como “activismo judicial” o “actos ultra vires” sería solo una interpretación evolutiva participativa en la que un cambio constitucional informal responde a expectativas y exégesis de agentes regionales lográndose luego su respaldo estatal⁽¹⁴⁾.

En efecto, sobre el *cómo*, se ha dicho que la “apertura constitucional, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad proporcionan las herramientas jurídicas para el constitucionalismo transformador”⁽¹⁵⁾. No en vano se ha criticado que el ICCAL desdibuja con su “antiformalismo” las fronteras entre el DIDH y el derecho constitucional⁽¹⁶⁾. ¿Incluye dicha “desformalización” reformas constitucionales mediante interpretaciones judiciales mutativas, sin los cauces procedimentales previstos (parlamentarios y/o con participación ciudadana)?, ¿implica postergar principios vinculados a las formas como la legalidad, competencia, separación de

(11) Cf. J. C. Herrera, «La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas», cit., pp. 1402-1403.

(12) A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative.», cit., pp. 409 y 431.

(13) Cf. A. Bogdandy, «The Transformative.», cit., p. 4; C. Herrera, «La idea.», cit., pp. 1402-1403.

(14) Cf. A. Bogdandy, «The Transformative.», cit., pp. 4-6, 10 y 15.

(15) A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative.», cit., p. 413.

(16) Cf. A. Rodiles, «The Great.», cit., p. 509.

poderes, primacía parlamentaria o supremacía constitucional? Parece ser que sí, pues se admite que con el ICCAL “se disminuye la seguridad jurídica nacional, pero se aumenta en la supranacional. Se renuncia a la exclusividad sobre ciertas materias, pero se gana en la lectura común”⁽¹⁷⁾. Esto pues, “está claro que este constitucionalismo transformador tiene que avanzar con medidas estructurales, abordando las deficiencias estructurales”⁽¹⁸⁾.

Si se aprecia, el ICCAL se asume a sí mismo como una tesis probada que no requiere mayor demostración del acierto de sus fundamentos y métodos. ¿Por qué sería beneficioso des-formalizar? Para proteger los derechos, seguro se dirá, sin explicar por qué los cauces formales son ahora “formalismos” contrarios a los elementos sustantivos de una Constitución o tratado de derechos humanos. Lo extraño es que, a modo de *disclaimer*, se dice que el ICCAL no pretende desconocer las virtudes de las formas y reglas en el Derecho⁽¹⁹⁾. Si así fuese, ¿a criterio de quién, cuándo y hasta dónde es posible “flexibilizar” su aplicación sin favorecer, simultáneamente, pareceres privativos de justicia material del operador de turno, cuando no la arbitrariedad? En suma, es difícil apoyar la “des-formalización” si por ella entendemos “la falta de cauces o de procedimientos objetivos, preestablecidos mediante normas jurídicas, que regulen las competencias de un operador jurídico determinado, que restrinjan en lo posible su discrecionalidad a fin de evitar posibles abusos y que, además, puedan ser conocidas por quienes se verán afectados por su labor y, en parte, les permitan prever sus resultados”⁽²⁰⁾.

En relación al *quién*, queda claro que el protagonismo es del juez (especialmente, el interamericano). Ello pues, según se asevera⁽²¹⁾, al no encontrarnos ya ante la visión decimonónica del rol judicial, donde la creatividad era reducida a la solución de ambigüedades y lagunas, “se requiere equilibrar la balanza”. Pero, ¿no sería ello una decisión política respecto del rol judicial en la región? En efecto, una doble decisión política, una previa e institucional respecto del diseño competencial para que

(17) C. Herrera, «La idea.», cit., p. 1411.

(18) A. Bogdandy, «The Transformative.», cit., p. 10.

(19) Cf. C. Herrera, «La idea.», cit., p. 1392.

(20) M. Silva, «Ius constitutionale commune para América Latina (ICCAL) y activismo judicial: ¿hacia el gobierno de los jueces?», *Prudentia Iuris*. 2022, 94, 2022, p. 83.

(21) Cf. C. Herrera, «La idea.», cit., pp. 1408 y 1415.

los jueces suministren “transformaciones” (políticas); y, una posterior y material, cuando un juez resuelve un asunto esencialmente político. Por ello se ha advertido que el ICCAL implica un alto riesgo de judicialización de la política⁽²²⁾.

De hecho, para este proyecto la “conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios (...) permite su canalización y tal vez su racionalización”, lo cual “es positivo a la luz de principio democrático, ya que promueve el discurso público en las decisiones judiciales”⁽²³⁾. Pero, este enfoque es problemático, pues termina trasladando una alta carga política a la labor judicial, desplazándose así a las instancias legislativas y ejecutivas⁽²⁴⁾. Además, resolver judicialmente demandas sociales y/o políticas tiene como efecto negativo desactivar a los respectivos colectivos en sus reclamos ante el legislativo o ejecutivo. Si bien ello no es óbice para la interpretación desde los principios jurídicos (indeterminados), es preciso distanciarse de aquel constitucionalismo líquido⁽²⁵⁾ que aprecia el Derecho como “plastilina en manos del intérprete, que puede hacerle decir lo que en cada momento estime oportuno”⁽²⁶⁾.

Ahora bien, la solución judicial de asuntos materialmente políticos no debería ser un problema si existiese una previa decisión de política institucional que facultase a los jueces para tal cometido. Pero dicha determinación no ha sido tomada (ni a nivel nacional ni interamericano) y, de hacerse, requiere su previsión constitucional o convencional. *Ergo*, la mera práctica interna, de existir, no es suficiente (por la inseguridad jurídica que supone) y, en tal caso, debe ser fehacientemente –que no antojadizamente, *cherry picking*⁽²⁷⁾– probada por el ICCAL. Alegar que las “cláusulas de apertura”

(22) Cf. M. Alterio, «El Ius.», cit., p. 2.

(23) A. Bogdandy, «Ius constitutionale.», cit., p. 22.

(24) Cf. L. Álvarez, «Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 108, 2015, p. 96.

(25) Cf. I. Villaverde, «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI», *Revista da AJURIS*, vol. 45, 144, 2018, p. 34 y ss.

(26) Cf. C. Martínez; P. De Pablo, *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Rialp, Madrid, 2007, p. 13.

(27) Cf. C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human Rights’ Tale of Competing Narratives», *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, 2017, p. 1616.

cumplen esa función de política institucional es pedirles más de lo que pueden dar, forzando una comprensión auto-validada por el ICCAL. Peor aún resulta aducir nuevas “tendencias” de actuación/entendimiento en tal dirección (política judicial). Estas, incluso existiendo, no son Derecho, y si bien pueden llegar a serlo, aún no lo son. Es más, podrían cambiar de sentido o, simplemente, desvanecerse. Ciertamente, no hay hoy lugar para el Estado-Nación y el DIDH, pero hay amplio espacio para múltiples miradas entre el derecho interno y el derecho internacional. El ICCAL es solo una de ellas, aunque no la mejor justificada.

4. Dificultades en las consecuencias

El ICCAL pretende nuevos derroteros para la “democracia”, pero termina socavándola cuando sus bases teóricas y consecuencias prácticas reflejan un protagonismo de la Corte IDH, allí donde los órganos internos deben capitanear; una despolitización de los derechos, cuando más urge que el *demos* y su representación se involucren; y, finalmente, un imperativo y uniformización allí donde debe haber diálogo y pluralismo.

4.1. Incidencia en la subsidiariedad y el principio democrático

Si el ICCAL pretende la permanente expansión del “derecho común”, por definición, el margen de apreciación -alguna vez citado por la Corte IDH⁽²⁸⁾- y sus potenciales parcelas de divergencia en materia de derechos, conforma la antítesis. No sorprende, por tanto, que los impulsores del ICCAL (y del control de convencionalidad) vean con recelo su fomento⁽²⁹⁾, pues supondría la abdicación de la Corte IDH respecto de objetivos de lógica universalista que no admiten fragmentaciones⁽³⁰⁾. Para el exjuez interamericano Faundez, en cambio, el alcance asignado a las disposiciones

(28) Cf. Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 62.

(29) Cf. N. Torres, «The Image.», cit., p. 493; P. Contreras, «Análisis Crítico del Control de Convencionalidad», en Manuel Núñez (ed.) *La internacionalización del Derecho Público*, Thomson Reuters, Chile, 2015, p. 450; F. Zúñiga, «Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica», en Humberto Nogueira (ed.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Chile, 2012, p. 445.

(30) Cf. C. Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ACDI*

convencionales al interior de cada Estado cuenta con cierta subjetividad que supone, necesariamente, un margen de discrecionalidad⁽³¹⁾; tratándose, así, de una forma de *self restraint* y prudencia mediante el cual los órganos internacionales brindan a los nacionales un ámbito de deferencia para cumplir con sus obligaciones, justificado ello en el respeto al equilibrio institucional, el pluralismo y la diversidad cultural⁽³²⁾. De hecho, contra cierto pánico existente, un bien entendido margen de apreciación se asienta en el principio subsidiariedad, pues este “sirve para explicar que la deferencia otorgada a los Estados no niega la universalidad de los derechos humanos, sino que simplemente permite la instanciación de principios universales según las circunstancias, cultura e historia de cada comunidad”⁽³³⁾.

Sin embargo, con el ICCAL (y el control de convencionalidad) se erigiría a la CADH como instrumento supremo de integración en materia de derechos, mientras la Corte IDH sería una entidad protagónica y monopólica de los contenidos, alcances y evolución de los derechos humanos en la región. Se cambiaría así de paradigma⁽³⁴⁾: de uno complementario a uno principal (transformador)⁽³⁵⁾. Con ello, tendrían la Corte IDH y los tribunales nacionales un incentivo tenaz para un fuerte activismo. No

- *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 76-77, fecha de consulta 21 mayo 2021, en <https://bit.ly/3fV8gr>.

- (31) H. Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3. ed., IIDH, San José, 2004, p. 63.
- (32) Cf. J. Martínez, «Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, 1, 2014, pp. 379-385; M. Núñez, «Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos», en Paola Acosta, Manuel Núñez (eds.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, México, 2012, pp. 5-6; Y. Arai, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, NY, 2002, pp. 3-4; S. Bertelsen, «The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity», 2014, Notre Dame, p. 270.
- (33) S. Bertelsen, «The Margin.», cit., p. 270.
- (34) Cf. A. E. Dulitzky, «El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?», en Julio Cesar Rivera (ed.) *Tratado de los derechos constitucionales*, vol. 1, Abeledo Perrott Buenos Aires, 2014, p. 535.
- (35) Cf. M. Alterio, «El Ius.», cit., p. 16.

sorprende así que se diga que “el buen juez debe ser un juez activista (...) El activismo debe ser, pues, progresista”⁽³⁶⁾, o que “muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del Poder Judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a realizar el nuevo proyecto constitucional”⁽³⁷⁾.

Ahora bien, desde el ICCAL se ha dicho que la deferencia es importante y que los “jueces deben esperar y autorestringirse a la espera de que otros poderes diseñen la política, de salud, de vivienda o de cualquier otra materia”⁽³⁸⁾. Pero tal cometido es irrisorio si, paralelamente, se aúpa la expansión jurisprudencial de la Corte IDH en razón del “cambio de paradigma en la jurisprudencia”⁽³⁹⁾ (profecía autocumplida). Además, esta expansión, sostenida mediante la interpretación evolutiva⁽⁴⁰⁾, ha generado graves problemas de interacción no solo con los Estados, sino incluso entre los jueces interamericanos⁽⁴¹⁾, pues socava la legitimidad de la Corte IDH⁽⁴²⁾. No en vano cinco Estados emitieron en 2019 una Declaración Conjunta requiriendo a la Corte IDH que respete el principio de subsidiariedad y el Derecho Constitucional, el margen de apreciación y un uso estricto de las fuentes del Derecho Internacional Público.

Si se aprecia, cuestión distinta sería que, aquel derecho común arribe, paulatina y mesuradamente, como efecto secundario de la genuina labor

(36) L. García Jaramillo, «De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune», *Revista Derecho del Estado*, 36, 2016, Universidad Externado de Colombia, p. 138.

(37) A. Bogdandy, «Ius constitutionale commune en América Latina. Aclaración conceptual.», en Armin Bogdandy, Mariela Morales, Eduardo Ferrer (eds.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión.*, IEC-Querétaro, 2017, p. 159.

(38) C. Herrera, «La idea.», cit., p. 1409.

(39) Cf. E. Ferrer; M. Morales; R. Flores (eds.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, IEC-Querétaro, 2018, p. 15 y ss.

(40) Cf. J. Contesse, «Human Rights as Transnational Law», *American Journal of International Law (Unbound)*, vol. 116, 2022, p. 317.

(41) Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Voto del juez Sierra Porto, párrs. 42-48.

(42) Cf. J. Contesse, «Human Rights (.).», cit., pp. 316-317.

de la Corte IDH: resolver controversias respecto de denuncias de violaciones de derechos humanos. Es decir, no como propósito fundamental que la impulse afanosamente –cual guardián apolítico cuya autoridad no brota ya del consentimiento de los Estados, sino de una neutra y natural noción de ICCAL⁽⁴³⁾– a cumplir su cometido uniformizador, pues no está llamada a ser agente protagónico, sino subsidiario, de aquella transformación. Si atendemos al debate europeo, el margen de apreciación y el consenso emergente son también doctrinas percibidas como competitivas entre sí, pues se piensa que el primero diluye al segundo y viceversa. No obstante, utilizando el teorema de *Condorcet*, Dothan⁽⁴⁴⁾ demuestra que un bien aplicado margen de apreciación permite que emerja un real consenso regional pues, cual requisito previo, posibilita descubrir un genuino consenso mediante las decisiones estatales adoptadas independientemente. *Mutatis mutandis*, un auténtico *ius commune* requiere una anterior y autónoma participación estatal en tal sentido, más que un avasallador mandato externo de concreción (ICCAL).

4.2. Incidencia en la despolitización de los derechos

Las narrativas universalistas/centralistas sobre el SIDH son de poca ayuda pues “descontextualizan y despolitizan la protección de los derechos en la región”⁽⁴⁵⁾. De hecho, no son aciagas las críticas de autoreferencialidad, autointerpretación y autovalidación provenientes de la *radical legal theory*. En sí, pues la idea del ICCAL y la de la Corte IDH como agente transformador, frutos ambos de la cosmovisión jurídica de sus promotores, se retroalimentan y confirman mutuamente⁽⁴⁶⁾: mientras el ICCAL establece las bases para el papel activista de la Corte IDH como agente de cambio democrático, la labor de la Corte IDH –así entendida– concreta la existencia y necesidad del ICCAL. Además, el uso de analogías constitucionales es “ideológico” pues crea “relaciones de dominación”: mientras la “constitucionalización” del derecho interamericano justifica el crecimiento competencial “abusivo” de la Corte IDH, la “progresividad” le sirve para

(43) Cf. N. Torres, «The Image.», cit., p. 485.

(44) Cf. S. Dothan, «Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge», *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, 2, 2018, pp. 399-400, 410 y 419.

(45) C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human.», cit., p. 1638.

(46) Cf. N. Torres Zúñiga, «Crítica a la ideología: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ius constitutionale commune y poder transformador», *IberICONnect*.

explayarse en derechos sociales que no son parte de su mandato; mientras el control de convencionalidad asemejado al de constitucionalidad valida la dependencia obligatoria de las autoridades respecto de la jurisprudencia interamericana, el “diálogo” genera una subordinación monista pues otorga a la Corte IDH la autoridad para definir los meta-valores del intercambio⁽⁴⁷⁾. En definitiva, el ICCAL se funda en la idea de los tribunales internacionales como agentes de gobernanza global con poder transformador y legitimidad democrática para actuar en representación de las personas. Bajo este enfoque, la autovalidación de la Corte IDH como agente de cambio democrático es fruto de su auto-comprensión (mediante sus sentencias y, añadimos, su tesis de convencionalidad) y su auto-interpretación como tal (mediante los académicos que le rodean). Ello hace que nos hallemos en un insólito escenario donde se afirma la autoridad de la Corte IDH como agente de promoción democrática sin un esfuerzo por demostrar cómo se arriba a dicha conclusión⁽⁴⁸⁾.

4.3. Incidencia en el diálogo y rol judicial

Contra un genuino “diálogo”⁽⁴⁹⁾, el ICCAL genera una relación vertical⁽⁵⁰⁾ y monológica⁽⁵¹⁾, dónde las autoridades internas -particularmente, los jueces locales-, si bien pueden opinar, deben ceñirse a “las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”⁽⁵²⁾. Nada inesperado, según algunos autores⁽⁵³⁾, si el propio ICCAL es una narrativa unidireccional que relega como “neo-formalistas” o “zombis intelectuales” a otros entendimientos sobre la relación entre el derecho doméstico y el

(47) Cf. *Ibid.*; M. Alterio, «El Ius.», cit., pp. 12-15.

(48) Cf. N. Torres, «The Image.», cit., pp. 486-489.

(49) Cf. P. Carozza; P. González, «The final.», cit., p. 440.

(50) Cf. A. Rodiles, «The Great.», cit., pp. 509-511.

(51) Cf. A. Dulitzky, «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 76.

(52) Cf. Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Voto del juez García-Sayán, párr. 30.

(53) Cf. C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human.», cit., pp. 1603-1613.

internacional⁽⁵⁴⁾. En efecto, nada insospechado si, la interacción judicial que promueve denota una concepción monista del derecho internacional en la que los derechos humanos, según los concibe la Corte IDH, ocupan la posición más alta de la nueva jerarquía⁽⁵⁵⁾. Si a ello sumamos al control de convencionalidad como su herramienta aliada para “la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos”⁽⁵⁶⁾, resulta insólito acusar de verticalismo y automatismo a sus críticos.

Así, aludir a la inexistencia de la “última palabra”⁽⁵⁷⁾ es más retórico que real: la Corte IDH se considera la última garante de la democracia (paradójicamente, contra el principio democrático⁽⁵⁸⁾) y de los derechos humanos⁽⁵⁹⁾; y el ICCAL secunda tal autoconcepción. De igual modo, aunque se diga que el ICCAL respeta las “particularidades”⁽⁶⁰⁾ y no busca la “homogenización”⁽⁶¹⁾, dadas sus premisas, es notorio que, si la Corte IDH se decanta por una cierta orientación en materia de derechos, no espera contrariedad por parte de los jueces domésticos, so riesgo de mermarse los avances en la protección de derechos y la construcción de derecho común. Prueba de ello fue la tenaz uniformización –con nulo espacio para la divergencia– que afrontó la Corte Suprema de Justicia del Uruguay en el caso *Gelman* y la Core Suprema de Justicia de Costa Rica en el caso *Artavia Murillo*⁽⁶²⁾.

5. Reflexión final

En un escenario como aquel, si un juez tiene vocación “transformadora”, incluso más allá de la norma (también la constitucional), pero está

(54) Cf. C. Herrera, «La idea.», cit., pp. 1390-1394.

(55) Cf. A. Rodiles, «The Great.», cit., p. 521.

(56) M. Morales, «Estado abierto.», cit., p. 291.

(57) A. Bogdandy, «Ius constitutionale.», cit., pp. 14-15.

(58) Cf. R. Gargarella, «Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay», vol. 109, 2015, Cambridge University Press, p. 118.

(59) Cf. N. Torres Zúñiga, «The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation», cit., p. 501.

(60) Cf. C. Herrera, «La idea.», cit., p. 1387.

(61) P. A. Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, 1, Universidad del Externado, 2015, p. 170.

(62) Cf. J. Tello, *Control de Convencionalidad y Estado.*, cit., pp. 292-298 y 358-377.

siempre condicionado a nuevas y venideras lecturas transformadoras del juez interamericano, ¿es posible aún referirnos a la justicia constitucional? Pues el marco ya no sería propiamente la Constitución y la justicia no provendría de un juez independiente en términos funcionales. En adelante, estaría éste sometido materialmente a su par interamericano. Si en directa alusión al ICCAL, el juez Sierra Porto arguyó que “no puede hacerse derecho transformador en contra vía del derecho vigente”⁽⁶³⁾, podríamos añadir que tampoco puede hacerse derecho transformador usurpando al *demos* o trastocando la función judicial doméstica. En otras palabras, la norma jurídica –nacional o internacional– debe ser el fruto de un profundo y deliberado acuerdo democrático (horizontal), más que de una imposición judicial (vertical)⁽⁶⁴⁾. No hacerlo así, conspira contra el propio ICCAL, pues excluye a la ciudadanía y privilegia a élites en la adopción de decisiones, de arriba hacia abajo, sin una discusión política y libre entre iguales⁽⁶⁵⁾. Del mismo modo, la labor judicial –nacional o internacional– debe responder siempre a tales normas jurídicas, so pena de abrir campo a la arbitrariedad en razón de una bienintencionada transformación o de diluir, en el trayecto, la propia noción de la independencia judicial funcional y, con ello, la propia justiciabilidad de los derechos.

(63) Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Op. Cit., voto del juez Sierra, párr. 48.

(64) Cf. R. Gargarella, «Democracy.», cit., p. 119.

(65) Cf. M. Alterio, «El Ius.», cit., pp. 15-16.

BREVE INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

Juan Pablo Pampillo Baliño
Instituto Mexicano de Estudios Estratégicos
en Seguridad y Defensa Nacionales (IMEESDN)

I. La importancia del Derecho Comparado

Desde que tuve oportunidad de impartir por primera vez el Curso de Derecho Comparado, pude identificar, junto a su enorme relevancia formativa e informativa para los estudiantes de Derecho, la enorme necesidad que los alumnos tienen de contar con textos sencillos y explicativos que puedan irlos aproximando a su rica y extensa temática, de tan grande utilidad tanto para la reflexión como para la práctica jurídica.⁽¹⁾

-
- (1) El presente artículo constituye una nueva versión revisada que partió del anterior intitulado "Apuntes Introductorios para el Estudio del Derecho Comparado" publicado en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. N. 48. México. Tirant lo Blanch. 2024. En complemento a las referencias específicas que se harán más adelante sobre los antecedentes, noción, objetivos, finalidades, niveles y métodos de la Comparación Jurídica, pueden citarse las siguientes obras: CRUZ, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, 2nd ed, London, Cavendish Publishing Limited, 1999, González MARTÍN, Nuria. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, IJ-UNAM y Nostra Ediciones, 2010, LAN ARREDONDO, Arturo J, *Sistemas Jurídicos*, México, Oxford University Press, 2015, LÓPEZ GARRIDO, Diego, MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco y PEGORARO, Lucio (Directores). *Derecho Constitucional Comparado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, MARKESINIS, Basil, *Engaging with Foreign Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009, ÖRÜCÜ, Esin and NELKEN, David (editors). *Comparative Law. A Handbook*, Oregon, Hart Publishing, 2007, PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo. *Introducción al derecho*

Respecto de lo primero, es decir, por lo que hace a la importancia del estudio del Derecho Comparado, bastaría citar entre otras muchas las siguientes razones:

- 1) En un mundo globalizado, donde todas las ramas del Derecho se nutren y enriquecen del Derecho Internacional y de los Derechos Extranjeros, los abogados y juristas requieren cada vez más de un panorama de las principales tradiciones y familias jurídicas (fuentes, estructura, métodos, mentalidades, estilos, instituciones, tipos de argumentación, enseñanza del derecho y profesiones jurídicas), como elemento indispensable de su cultura general, pero sobre todo, como fuente de inspiración creativa de su criterio jurídico.
- 2) El Método Comparativo y las referencias a los Derechos Extranjeros, son usados cada vez más frecuentemente por legisladores, jueces y otros operadores jurídicos prácticos en todas las materias.
- 3) Los negocios internacionales requieren de parte de los abogados corporativistas, de empresa y despacho, de los litigantes y de los árbitros, una familiarización cada vez más estrecha con las principales ideas, métodos y estilos de otras familias jurídicas y en lo particular de las del *Common-Law*.
- 4) En los Estados Federales, que se encuentran actualmente redefiniendo los ámbitos competenciales de sus partes a través de leyes generales, protocolos homologados y jurisprudencia de aplicación nacional (no sólo federal), la Comparación Jurídica entre los derechos de las entidades federativas y la federación se vuelve fundamental, lo que requiere hacerse a través de una metodología adecuada.
- 5) El Derecho Internacional, tanto Público como Privado, así como el de los Derechos Humanos, recurre cada vez más al método

público comparado, trad. César Astudillo, México, IJ-UNAM, 2006, PIZZORUSSO, Alexandro, *Curso de Derecho Comparado*, trad. Juana Bignozzi, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, SAMUEL, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oregon, Hart Publishing, 2014, SCARICGLIA, Roberto, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Madrid. Editorial Dykinson, 2011, SIEMS, Mathias, *Comparative Law*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, TARDIF CHALIFOUR, Eric, *Sistemas jurídicos contemporáneos, Derecho comparado*, 2ª ed, México, Tirant lo Blanch, 2022, ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002.

comparativo para la articulación y armonización de sus reglas y principios a través de tratados, protocolos, leyes uniformes y leyes modelo, entre otros.

- 6) El nuevo Derecho Supranacional y, especialmente, el de la Integración y el de los Derechos Humanos, requieren del conocimiento de los métodos, técnicas y herramientas propios del Derecho Comparado. En ése sentido, la propia metodología del Control de Convencionalidad y de la interpretación conforme realizada dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al igual que –por ejemplo– su contraparte europea, más evolucionada, que ha migrado hacia el principio de interpretación concurrente, empleado sobre todo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 7) Los tribunales supranacionales e internacionales, cada vez más acuden al método comparativo y los países que reciben sus sentencias, deben hacerlo a través de un diálogo jurisdiccional donde la consideración de los derechos extranjeros y del método comparativo resulta crucial. Lo mismo puede decirse de otras instancias internacionales y supranacionales, como los Consejos y Comités de los sistemas de la ONU, de la OEA, o de la Unión Europea, entre otros.
- 8) El conocimiento de las instituciones jurídicas extranjeras, sus orígenes, características, realizaciones y fracasos, constituye una importante orientación para el legislador y para los jueces en el desarrollo del propio derecho. Sin embargo, los “trasplantes” e “injertos jurídicos” de instituciones extranjeras, requieren del conocimiento de nuevas técnicas que necesitan ser estudiados para evitar tanto “imitaciones extra-lógicas” como para anticipar los ajustes que requerirán para su implementación.
- 9) Una de las mejores maneras de comprender en profundidad nuestro Derecho, es comparándolo con otros ordenamientos jurídicos, lo que nos permite apreciar mejor tanto el contorno como el dintorno de nuestras fuentes, instituciones, reglas, principios y mentalidades jurídicas.
- 10) La asignatura de Derecho Comparado es en cierto sentido la coronación de la secuencia del ‘eje empírico’ de las asignaturas como Sociología e Historia del Derecho, pues permite apreciar la

manera en la que el Derecho ha evolucionado en diversas latitudes y tiempos, a partir de los problemas sociales de cada comunidad, formando diferentes tradiciones, familias y ordenamientos jurídicos. Asimismo, es también una culminación del 'eje valorativo', al que pertenecen asignaturas como Teoría del Derecho, Ética y Argumentación Jurídica y Filosofía del Derecho, pues ofrece una visión conjunto de los rasgos comunes y diferenciales, así como de los datos y elementos permanentes y variables, que presentan los ordenamientos jurídicos pertenecientes a distintas familias y tradiciones jurídicas. Por último, remata asimismo el ciclo de las materias del 'eje-normativo' en todos sus ámbitos (Derecho Público, Privado, Procesal, Social e Internacional), mediante la referencia general los mismos como rasgos distintivos de ciertas familias jurídicas, así como ofreciendo al estudiante las herramientas teórico-prácticas necesarias para su mejor comprensión.

En virtud de las anteriores razones, resulta fundamental el estudio del Derecho Comparado para los alumnos de grado, a través de un curso general que al menos los ponga en contacto con los principales Métodos de la Comparación Jurídica y que les permita ubicar mejor la inserción de su propio ordenamiento en el contexto de Mapamundi jurídico actual.

De ahí que el presente artículo busque precisamente eso, destacar la importancia del Derecho Comparado y ofrecer a sus estudiantes algunos apuntes didácticos que les sirvan como un primer acercamiento a la materia.

II. Una primera aproximación al Derecho Comparado

La Comparación Jurídica ha sido desde siempre un recurso tanto de la práctica como de la reflexión jurídica. Son bastante conocidos desde la Antigüedad los casos, en el plano teórico, de la comparación jurídica llevada a cabo por Aristóteles, en su *Política*, sobre más de 150 constituciones griegas y bárbaras, así como en el ámbito de la práctica, el ejercicio comparativo que llevaron a cabo los decémviros romanos para la elaboración de las *Ley de las XII Tablas*.

Igualmente, es común citar como ejemplo paradigmático de comparación jurídica la labor realizada por los juristas bajomedievales que

desarrollaron el *Ius Commune* Europeo a partir de los diferentes *Iura Propria*, o bien, hacia la Modernidad, las conocidas reflexiones realizadas entre muchos otros por Giambattista Vico o por el barón de Montesquieu.

Sin embargo, es también un lugar común entre los estudiosos el reconocimiento de que la Ciencia del Derecho Comparado, con sus objetos, métodos y técnicas actuales, no inició su proceso de configuración y evolución epistemológica sino hasta finales del siglo XIX, considerándose de hecho como su ‘momento fundacional’ el Congreso de París de 1900.⁽²⁾

A dicho encuentro académico convocado por Raymond Saleilles y Edouard Lambert, asistieron algunos de los principales cultores de dicha disciplina, para definir sus ‘perfiles’ y ‘métodos’. Entre su concurrencia puede mencionarse a J.G. Tarde, R. de la Grasserie, H.J. Summer Maine, E. Huber, A. Menger, E. Gaudemet, F. Pollock, E. Zitelmann, L. Josserand y M.R. Sohm, por solo citar a los más conocidos.⁽³⁾

Y aunque muy poco después, durante las Guerras Mundiales, se interrumpieron y en parte desalentaron sus trabajos, a partir de la posguerra la Comparación Jurídica experimentó un intenso desarrollo.

(2) Sobre la Historia del Derecho Comparado, pueden verse con provecho los diversos capítulos de la Primera Parte de REIMANN, Mathias & ZIMMERMAN, Reinhard (editors), *The Development of Comparative Law in the World* en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006. Para un panorama más general y un balance de conjunto, pueden verse también las monografías de GARCÍA CANTERO, Gabriel “Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans del 2000)” en *Revista Actualidad Civil*, num. 24. Madrid, Wolters-Kluwer, 2002, REIMANN, Mathias, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century” en *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, num. 4, Oxford University Press, 2002, SACCO, Roberto “One Hundred Years of Comparative Law”, en *Tulane Law Review*, vol. 75, issue 4, 2001 y SCARICIGLIA, Roberto, “A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to PostModern Times”, en *Beijing Law Review*, num. 6, 2015.

(3) Sobre el Congreso de París, puede verse a Aragonese, Alfons, *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 2009 y a LÓPEZ-MEDINA, Diego, “El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina” en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 26, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2015, pp. 125 y ss.

De hecho, desde el periodo de entreguerras ya pueden destacarse los importantes trabajos de Ernst Rabel y del *Instituto Kaiser Wilhelm*, después incorporado al *Instituto Max Planck de Derecho Comparado*, cuyas ‘aportaciones teóricas’ y ‘proyectos aplicados’ son ampliamente reconocidos.⁽⁴⁾

A partir de la década de los 1950’s, la intensificación de los diversos procesos socio-económicos derivados de la Globalización propiciaron la ‘circulación’ de ‘modelos’, ‘conceptos’ e ‘instituciones’ jurídicas en diversas latitudes, para los cuales se hizo cada vez más necesaria la Comparación, el ‘Método Comparativo’ y las ‘Técnicas del Trasplante’.⁽⁵⁾

Asimismo, la confección de múltiples ‘tratados internacionales’, ‘leyes uniformes’, ‘reglas extra-estatales’ y ‘principios generales comunes’ elaborados a lo largo del siglo XX por el Derecho Internacional -tanto Público como Privado-, así como Supranacional y Transnacional, fueron en buena posible gracias a las aportaciones del Derecho Comparado, tanto de sus estudiosos como de sus prácticos.⁽⁶⁾

A partir de la mitad del siglo XX y durante tres o cuatro décadas, el comparativismo vivió una auténtica ‘época dorada’.

Desarrolló su ‘método tradicional’, el ‘contextual-funcional’ bosquejado por E. Rabel y ampliamente difundido a través de sus discípulos establecidos en Norteamérica, como M. Rheinstein y R. Schlesinger, siendo también acogido como el ‘estándar europeo’ a través de influyentes obras como la de K. Zweigert y H. Kötz.

(4) Véase GERBER, David J., *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language*, Chicago-Kent College of Law, 2001.

(5) Cfr. GOLDMAN, David, *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 y WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd edition, Athens. University of Georgia, 1993.

(6) Véase el repaso histórico que ofrece el comparatista mexicano FIX-ZAMUDIO, Hector, “Tendencias actuales del derecho comparado” en Serna de la Garza, José María (coordinador), *Metodología del Derecho Comparado Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, IJ-UNAM, 2005. También puede verse, esquemáticamente, a MORÁN, Gloria M., “El Derecho Comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, num. 6, 2002.

Dicho método fue además complementado poco después por el 'enfoque estructural', a través de las obras de L.J. Constantinesco primero y sobre todo de R. Sacco algún tiempo después.

También durante dicho fértil periodo se fueron perfeccionando las 'clasificaciones' y 'tipologías' de las familias jurídicas, a través de los trabajos de P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolff, de la ampliamente difundida obra de R. David y de otras más recientes que serán expuestas posteriormente.

E igualmente en dichos años fueron publicados algunos de los 'textos clásicos' del Derecho Comparado, tanto de los autores ya citados, como de otros muchos entre quienes puede destacarse a H.C. Gutteridge, G. Gorla y R. Sacco.

Sin embargo, hacia el último tercio del siglo XX, las proyecciones del 'pensamiento crítico y posmoderno' sumieron a la Comparación Jurídica en una fase de 'introspección' y 'auto-análisis'.

Durante la misma, se autocensuró su 'etnocentrismo europeísta y occidentalista', su 'pretensión uniformadora', e incluso su 'instrumentalización' al servicio de 'intereses económicos y políticos' tanto nacionales como transnacionales. En contrapartida, fue reivindicada la importancia del 'multiculturalismo', de las 'diferencias' y de las 'asimetrías'.

Incluso se llegó al extremo de plantear la 'imposibilidad científica' del Derecho Comparado, o bien en virtud de una supuesta "incomparabilidad entre las culturas" como "realizaciones únicas e inconmensurables" (P. Legrand), o bien en razón de "la naturaleza política del derecho" que sería "ocultada" por una comparación meramente jurídica (G. Frankenberg).⁽⁷⁾

Las anteriores críticas -todavía en parte vigentes-, deben conducir a una 'toma de conciencia' de los 'sesgos' y 'limitaciones' del 'comparativismo clásico', así como a una 'depuración' de sus 'métodos'. Pero sin dejar de reconocer sus indudables méritos y realizaciones, así como -sobre todo- la necesidad y utilidad del Derecho Comparado en nuestros días.

(7) Cfr. FRANKENBERG, Gunther, "Critical comparisons: rethinking comparative law", en *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985 y LEGRAND, Pierre, y Munday, Roderick (editors), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

En cualquier caso, para los efectos del presente artículo, puede decirse que el Derecho Comparado tiene como 'objetivo teórico' el 'conocimiento' y la 'contrastación' entre ordenamientos jurídicos, así como la identificación de sus 'semejanzas' y 'diferencias'; planteándose habitualmente como 'finalidades prácticas', su 'mejor comprensión', 'perfeccionamiento', y 'armonización', así como el 'desarrollo' de 'conceptos' e 'instituciones' jurídicos.

En cuanto a los 'niveles de la comparación', a partir de M. Rheinstein suelen distinguirse la 'Macrocomparación' y la 'Microcomparación'.

La primera consiste en un estudio 'amplio' y 'general' de la 'historia' y los 'contextos socio-culturales', para 'tipificar y distinguir' los diferentes ordenamientos, ubicándolos alrededor de diversas 'tradiciones' y 'familias jurídicas'.

En contrapartida, la segunda se ocupa más bien del análisis 'específico' y 'minucioso' de las 'instituciones', 'procedimientos' y 'conceptos' jurídicos en particular.

Evidentemente, ambos niveles son 'complementarios', frecuentemente 'se implican' recíprocamente y sus fronteras no deben considerarse de manera rígida.

Ahora bien, para alcanzar sus objetivos y finalidades en los dos anteriores niveles, el Derecho Comparado se ha servido, a lo largo de su evolución, de diversos métodos.

En un principio -como se dijo- se adhirió al 'método funcional' y 'contextual-funcional' y posteriormente desarrolló el 'método estructural'.

Y aunque el primero ha tenido su mayor incidencia en el campo de la Microcomparación, mientras que el segundo ha sido especialmente relevante en el de la Macrocomparación, ambos métodos son igualmente necesarios en los dos diferentes niveles del estudio comparativo.

Cabe apuntar que los anteriores métodos no son los únicos de los que se sirve el comparatismo actualmente.

Existen múltiples 'enfoques' y 'métodos' adicionales. Entre los enfoques, destacan el sincrónico y el diacrónico -según la perspectiva sea estática o dinámica-, el monocultural y el multicultural -si los ordenamientos pertenecen a la misma o a diferentes tradiciones jurídicas-, el

horizontal, el vertical o el diagonal -según se comparen ordenamientos del mismo nivel, vgr. nacional, o de nivel diverso, vgr. internacional, transnacional, nacional e intraestatal, considerando las diferentes influencias según los diferentes patrones del *top-down* o del *bottom-up*-, el cuantitativo o el cualitativo y un muy largo etcétera.⁽⁸⁾

Entre los métodos, se considera de especial interés el ‘conceptualismo’ de O. Brand que busca desarrollar ‘marcos conceptuales de referencia’ para comparar las diversas reglas, instituciones y procedimientos jurídicos.⁽⁹⁾

También podrían mencionarse el ‘culturalismo’ de P. Legrand, además de diversas proyecciones metodológicas de varias escuelas de pensamiento jurídico, como la del *Análisis Económico del Derecho* o la de los *Estudios Jurídicos Críticos*, admitiéndose en general el “pluralismo metodológico”.⁽¹⁰⁾

Sin embargo, aunque no sea este el lugar para abundar sobre el particular, se considera que dichos enfoques y métodos contribuyen más bien a ‘refinar la perspectiva’ y ‘orientar mejor’ -incluso a ‘corregir las ‘posibles desviaciones’- de los ‘métodos generales’ del ‘funcionalismo’ y del ‘estructuralismo’, que por otro lado son los que más nos interesan como complemento del ‘método histórico y socio-cultural’ que se expuso anteriormente y los que mejor servirán para la identificar, comprender, comparar, clasificar y criticar los ordenamientos jurídicos históricos.

(8) Cfr. SCARCIGLIA, Roberto, *Métodos y Comparación Jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018, *passim*.

(9) Cfr. BRAND, Oliver. “Conceptual Comparisons: Towards a coherent methodology of Comparative Legal Studies” en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2007.

(10) HUSA, Jaakko, Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 58, núm. 4, 2006, MONATERI, Giuseppe (editor). *Methods of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar, 2012, SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method...*, op. cit., capítulos 3 a 7, SCARCIGLIA, *Métodos y Comparación Jurídica...*, op. cit, véanse también los capítulos que integran la Segunda Parte Approaches to Comparative Law de la obra de REIMANN & ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law...*, op. cit. Más allá de la diversidad de enfoques y métodos, se conviene con J. Husa y R. Sacrciglia, en el sentido de adoptar y sugerir de manera flexible el “pluralismo metodológico”, seleccionando el o los ‘métodos apropiados’, de acuerdo con el ‘objeto y finalidades’ específicos de cada estudio.

III. Los métodos funcional y estructural como ejes de la comparación

El 'método contextual-funcional' fue bosquejado -como se dijo- por E. Rabel, aunque también por M. Salomon. Ambos retomaron a su vez algunos de los planteamientos del romanista L. Mitteis y del iusfilósofo G. Radbruch. Dicho método sería posteriormente perfeccionado por R. Schlesinger, con su 'análisis factual-funcional' y por K. Zweigert y H. Kötz, entre otros.

Actualmente, el método funcional constituye, en su 'versión refinada' -a partir de las críticas de las que fue objeto y de sus consecuentes reformulaciones-, el más aceptado y utilizado por los comparatistas.⁽¹¹⁾

Dicho método fue el que permitió que la Comparación Jurídica superase las estrecheces de la 'Legislación Comparada' del siglo XIX, que contrastaba desde un 'enfoque formal-normativo' las instituciones y procedimientos jurídicos, sin mayor consideración de sus orígenes y entorno socio-cultural.

En contrapartida, el funcionalismo propone tomar especialmente en consideración los 'contextos' para analizar específicamente las 'funciones jurídicas', considerando que las 'instituciones normativas' pueden ser 'variadas', aunque frecuentemente los 'problemas sociales' sean los 'mismos' o por lo menos semejantes.

En ése sentido, el funcionalismo retomó -implícita o explícitamente- el binomio dinámico del *challenge & response* (problema-solución, realidad-cultura) de A. J. Toynbee.⁽¹²⁾

De ahí que considere que 'el objeto de la comparación' deben ser 'las funciones' desarrolladas por las diferentes instituciones jurídicas en su distinto contexto; pues la realidad es que 'instituciones diversas', pueden llevar a cabo 'funciones semejantes'.

(11) Sobre el método funcionalista, en general se siguen y pueden verse las exposiciones de SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method...*, op. cit., pp. 65 y ss, SCARCIGLIA, *Métodos y Comparación Jurídica...*, op. cit., pp. 99 y ss y 135 y ss. y ZWEIGERT Y KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado...*, op. cit., pp. 37 y ss.

(12) Cfr. TOYNBEE, Arnold J., *A Study of History Abridgement*, London, Oxford University Press, 1946.

El Derecho Comparado permite así para identificar problemas, soluciones y procedimientos jurídicos, a partir de la noción de ‘equivalencia funcional’ (*functional equivalence*).

De ése modo, más allá de las diferentes ‘designaciones’ (*nomen iuris*) –vgr. amparo, *habeas corpus*, acción de tutela, *madato de segurança*, etc.- y de la ‘estructura’ y ‘dinámica’ de las ‘instituciones’ o ‘procedimientos’ –semejantes o distintos en cuanto a su diseño-, resulta posible su contras-tación a partir de su funcionalidad para solucionar problemas similares.

Más aún, dicha ‘comparación funcional’ permite ‘valorar’ la mayor ‘eficiencia’ y ‘eficacia’ de las instituciones o procedimientos, propiciando así desde un punto de vista dogmático, el sugerir modificaciones, perfeccionamientos o injertos.

Una categoría típica y central del funcionalismo es el concepto de ‘modelo de referencia’ o ‘*tertium comparationis*’, que consiste en el ‘parámetro de comparación’ a través del cual se comparan dos o más ordenamientos, doctrinas, instituciones o procedimientos jurídicos.

En efecto, el ‘análisis comparativo’ consta para el funcionalismo de tres elementos: i) lo que se compara (*comparatum*), ii) aquello contra lo que se le compara (*comparandum*), y iii) el modelo de referencia (*tertium comparationis*) a través del cual se lleva a cabo la comparación.

Es decir, la comparación no se hace directamente entre dos o más ordenamientos, doctrinas, instituciones o procedimientos; sino precisamente por medio del *tertium comparationis*, como una especie de ‘modelo’ o ‘tipo’ desarrollado –empírica o idealmente- por el comparatista, para enunciar tanto un ‘problema’ o conjunto de problemas ‘fácticos’, como una ‘solución’ o grupo de soluciones ‘jurídicas’.

Ahora bien, por lo que respecta en segundo lugar al ‘método estructuralista’, desarrollado en su versión actual por R. Sacco en la década de los 1990’s, cabe observar que concibe al derecho como un “conjunto orgánico de elementos”.⁽¹³⁾

(13) Cfr. SACCO, Rodolfo, *Antropologia giuridica Contributo a una Macrostoria del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007 y GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo, *Sistemi Giuridici Comparati. Trattato di Diritto Comparato*, 4ª edizione, Torino, Utet Giuridica, 2018; véase sobre todo el capítulo primero. Sobre el método estructuralista, puede verse también con provecho a SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law*

Desde dicha concepción considera que el valor funcional de sus elementos, no se encuentra solamente en cada uno de sus componentes autónomamente considerados, sino principalmente en sus “interrelaciones recíprocas” que conforman al ‘ordenamiento’ “al que denomina como “sistema”-, considerado como un todo.

Para Sacco, las ‘fuentes formales’ del Derecho, a las que denomina “formantes” (*legal formants*), concurren en la estructuración del ordenamiento, debiendo ser estudiadas tanto en lo individual como en sus relaciones de ‘convergencia’, ‘influencia’ y ‘oposición’.

Pero además de los formantes, Sacco se refiere también a los “metaformantes”, como “fórmulas políticas, económicas o culturales”, que sin ser parte de la estructura normativa del ordenamiento, influyen sin embargo sobre los formantes y sus relaciones.

Finalmente, retomando una dualidad clásica en el *Realismo Jurídico Norteamericano*, específicamente propuesta R. Pound, quien diferenció ‘el derecho en la teoría de los libros’ -*law in the books*- y el ‘derecho viviente en la dinámica de su aplicación’ -*law in action*-, Sacco considera que solo es posible conocer este último a partir de la dinámica entre los formantes en relación con los metaformantes, añadiendo finalmente un ‘concepto vago pero fecundo’: “los criptotipos”.

Para el comparatista italiano, los criptotipos son “ideas no verbalizadas” que se encuentra “implícitas” en los formantes, los metaformantes y su dinámica, de las que muchas veces ni siquiera tienen conciencia los propios actores jurídicos, pero que en realidad constituyen modelos y precomprensiones intensamente influyentes en la práctica jurídica.

Para Sacco, el comparatista debe adentrarse en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos, pasando del *law in the books* al *law in action*, hasta llegar, mediante una comprensión profunda de los mismos que incluya también a los criptotipos, a poder describir el ‘derecho en las mentes’ -*law in the minds*- de los actores jurídicos y juristas.

El camino propuesto por Sacco para conocer los ordenamientos jurídicos en la profundidad de su operatividad dinámica a partir de la comprensión socio-cultural de las ideas y modelos jurídicos subyacentes,

Theory and Method..., op. cit., pp. 96 y ss y SCARCIGLIA, *Métodos y Comparación Jurídica...*, op. cit., pp. 109 y ss.

resulta ejemplar para entender las diversas experiencias jurídicas. Experiencias que deben ser analizadas en sus formantes, metaformantes y criptotipos, desde donde se van vertebrando las reglas, instituciones y procedimientos a los que se hizo referencia en su oportunidad.

Por último, cabe destacar que varios comparatistas desarrollaron a partir de los anteriores métodos diferentes ‘criterios’ para para ‘identificar y distinguir’ los ordenamientos jurídicos, así como para ‘clasificarlos’.

Entre los mismos -y a reserva de una posterior exposición con mayor detalle-, pueden citarse los criterios propuestos por L.J. Constantinesco, K. Zweigert y H. Kötz, U. Mattei, y A. Sánchez Bayón.⁽¹⁴⁾

Para Constantinesco, todos los ‘ordenamientos jurídicos’ presentan ciertos “elementos determinantes”, que son los que los definen, destacando entre los mismos:

- i) la “concepción” y el “papel del Derecho”;
- ii) la “doctrina” sobre el Derecho y su relación con el poder;
- iii) las relaciones entre el “dato” y lo “construido”;
- iv) la “constitución económica”;
- v) la doctrina sobre el Derecho respecto de la relación entre la autoridad y libertad;
- vi) la “interpretación” y la posición del juez;
- vii) ciertas “nociones” y “categorías jurídicas fundamentales”,

De manera convergente, Zweigert y Kötz se refieren a los “estilos jurídicos” que presentan los diferentes ordenamientos, familias y tradiciones -de modo semejante a los estilos literarios o corrientes artísticas-, figurando entre sus elementos mismos que a su vez se encuentran caracterizados para ellos, por los siguientes elementos: su “evolución histórica”,

(14) Cfr. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, *Tratado de Derecho Comparado*, Madrid, Editorial Tecnos, 1981, ZWIEGERT Y KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado...*, op. cit., MATTEI, Ugo, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45. issue. 1, Oxford University Press, 1997 y SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio. *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

las “formas típicas” de “pensamiento jurídico” (inductivo-casuista o deductivo-conceptual-normativo), sus “instituciones características”, la “jerarquía” de sus “fuentes” y su “ideología”.

Por su parte, U. Mattei considera que los ordenamientos jurídicos pueden ser agrupados en torno a “tres criterios de prevalencia” flexibles en: i) los del ‘*rule of professional law*’, donde predomina componente técnico jurídico, ‘secularizado’ respecto del ‘elemento religioso’, ‘político’ y ‘moral’; ii) los del ‘*rule of political law*’, donde las soluciones dependen del poder público; y iii) los del ‘*rule of traditional law*’, donde el derecho está fundido con las creencias y la moral religiosa y política, siendo característico del “área oriental”.

Y Sánchez-Bayón distingue entre los que denomina: i) “sistemas originarios” y ii) “sistemas derivados”, aludiendo a los ordenamientos “mixtos” e “híbridos”, como aquéllos que han integrado a sus ‘tradiciones autóctonas’ elementos ideológicos o técnicos de otras familias jurídicas.

Como puede apreciarse, los anteriores métodos generales y criterios de la comparatística, constituyen referentes de gran utilidad para que pueda realizar su quehacer de identificar, comprender, clasificar, comparar y criticar los ordenamientos jurídicos pretéritos.

Sin embargo, para ello, resulta necesario seguir un itinerario secuencial, como el propuesto por Constantinesco en tres pasos: “conocimiento, comprensión y comparación”.⁽¹⁵⁾

IV. Las tradiciones y familias jurídicas

Cuando se hace referencia a las ‘tradiciones jurídicas’ dentro de los ámbitos de la Historia Jurídica y del Derecho Comparado actuales, normalmente se asumen algunas ‘premisas conceptuales’ que se desarrollaron desde mediados de la década de los 1980’s por diversos autores, entre los que destacan los historiadores H. Berman y Th. Duve, los comparatistas J.H. Merryman, L. Friedman y P. Glenn y el iusfilósofo W. Twining.⁽¹⁶⁾

(15) Apud. Scarciglia, *Métodos y Comparación Jurídica...*, op. cit., p. 143.

(16) Respectivamente véase a BERMAN, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Massachusetts, Harvard University Press, 1983. También está disponible en castellano en la siguiente versión: BERMAN, Harold J., *La formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, trad. Mónica Utrilla, México.

Desde dichas premisas conceptuales, se entiende en primer lugar al Derecho como un elemento ‘especialmente relevante’ y ‘configurativo’ de la ‘cultura’ y de la ‘civilización’ a las que pertenece.

Por lo mismo, se considera que debe ser estudiado -tanto histórica como comparativamente-, desde una ‘aproximación contextual’ y ‘socio-cultural’ y no solo ‘normativa’ o ‘conceptual’, como se ha venido insistiendo.

Además, se considera al Derecho -sobre todo por Berman- como parte de un ‘patrimonio cultural e histórico’ objeto de un ‘desarrollo continuo’, realizado generación tras generación, donde más allá de rupturas y discontinuidades, se procura ‘edificar para el futuro’, desde las ‘estructuras presentes’ y a partir de los ‘cimientos pasados’.

De la misma manera, se afirma que el Derecho -al igual que la política o la economía-, más allá de su ‘presencia universal’ e incluso de sus ‘principios constantes’ a lo largo de la historia y de la geografía, se encuentra también ‘íntimamente vinculado’ -tanto en su ‘reflexión’ como en su ‘actividad’-, con ‘aspectos culturales’ bien específicos, por lo que su ‘comparación’ -ya sea histórica o presente-, siempre arrojará tanto ‘semejanzas’ como ‘diferencias’.

Por último, el empleo de la expresión ‘tradición jurídica’ supone un ‘deslinde’ respecto de la ‘terminología anterior’, que hacía referencia a los “sistemas jurídicos” con cierto predominio en lo normativo y conceptual (R. David), así como a las “familias jurídicas”, consideradas desde una perspectiva ‘taxonómica’ de naturaleza ‘biologicista’.

FCE, 1996, DUVE, Thomas “Legal traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history” en *Comparative Legal History*, (Online) Journal published by Routledge, vol. 6, núm. 1, 2018. De la obra original de Merryman, puede verse la versión actualizada y traducida de MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, trad. E.L. Suárez, 3ª ed., México, FCE, 2014. Las otras obras de referencia son las de FRIEDMAN, Lawrence M., *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, GLENN, Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, 2014 y TWINING, William, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Adicionalmente, desde dicha perspectiva, puede verse también la obra colectiva de ÖRÜCÜ and NELKEN. *Comparative Law. A Handbook...*, op. cit.

En virtud de lo anterior, la adopción de las designaciones de tradición, familia y ordenamiento supone tanto una ‘pre-comprensión socio-cultural del Derecho’, como una ‘opción metodológica jurídico-contextual’.

En términos categoriales o clasificatorios, las tradiciones serían el género, las familias extendidas la especie, las familias compactas serían las subespecies y los ordenamientos los individuos.

A manera de ejemplo, el Ordenamiento Jurídico Mexicano sería parte de la Familia Compacta Iberoamericana, que a su vez es parte de la Familia Extendida del *Civil Law*, que a su vez es parte de la Tradición Jurídica Occidental.

A. Los criterios para clasificarlas

El gran problema que supone la caracterización histórica y cultural de las tradiciones, familias y ordenamientos jurídicos, aparece cuando se trata de ‘identificarlas y distinguirlas’, así como de definir los mismos ‘criterios para clasificarlas’.⁽¹⁷⁾

Más allá de los múltiples esfuerzos emprendidos desde los mismos albores del Derecho Comparado (Esmein, Lévi-Ullman, Armignion, Nolde y Wolffe), una de las tipologías más conocidas es la debida a René David, quien hacia la década de los 1960’s, distinguió:

- i) los “Sistemas Jurídicos Occidentales” -con sus dos familias del *Civil Law* y del *Common Law*;
- ii) de los “Derechos Socialistas”; y
- iii) de una ‘categoría general’, que a manera de ‘cajón de sastre’ denominó como de “Otros Sistemas Jurídicos”, incluyendo dentro de la misma:
 - a. los “Sistemas de Derechos Religiosos” (Islámico, Hindú y Judío),
 - b. los “Sistemas del Lejano Oriente” (China y Japón), y

(17) Un panorama general sobre dichos criterios puede verse en de CRUZ. *Comparative Law in a Changing World.*, op. cit., RINELLA, Angelo, “Familias Jurídicas y Formas de Estado” en López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marcos Francisco, y Pegoraro, Lucio (Directores). *Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- c. los “Sistemas Consuetudinarios” del África Negra y Madagascar.⁽¹⁸⁾

Ahora bien, más allá de las insuficiencias de la anterior clasificación, a partir de la misma, la ‘elaboración de criterios’ se ha ‘desarrollado’ significativamente, al igual que se ha venido produciendo -en paralelo- una cierta ‘relativización’ de sus mismas ‘categorías’ y ‘clasificaciones’

Por lo que hace los ‘criterios’, resultan particularmente aprovechables los propuestos por los comparatistas L.J. Constantinesco y K. Zweigert y H. Kötz, que son en buena parte ‘convergentes’, así como dos más recientes debidos a U. Mattei y a A. Sánchez-Bayón.⁽¹⁹⁾

Para Constantinesco, todos los ‘ordenamientos jurídicos’ presentan dos tipos de “elementos”: los “fungibles” y los “determinantes”. Estos últimos son -en su concepto- los que configuran a los ordenamientos, familias y tradiciones jurídicas, pudiendo contarse entre los mismos, como parte de una lista que ofrece de modo puramente indicativo, al menos los siguientes:

- i) la “concepción” y el “papel del Derecho”;
- ii) la “ideología” y la “doctrina”, oficiales o no, que inciden sobre el Derecho y determinan sus relaciones con el poder;
- iii) las relaciones entre el “dato” (la realidad socio-económica-política-histórica) y lo “construido” (el edificio jurídico que se le sobrepone), siguiendo la concepción de F. Gèny;
- iv) la “constitución económica”, entendida como las opciones asumidas respecto de la propiedad, la libre circulación de los factores de la producción, la autonomía de los particulares, la libre iniciativa

(18) Entre las muchas versiones disponibles de su obra, editada desde la década de los 1960’s y actualizada continuamente por la Prof. Jauffret-Spinosi, se recomienda especialmente la siguiente: DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, México, IIJ-UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

(19) Cfr. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., ZWIEGERT Y KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado...*, op. cit., MATTEI, Ugo, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems” ..., op. cit., y SÁNCHEZ-BAYÓN, *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común...*, op. cit.

económica y el alcance del principio dispositivo en los contratos y las obligaciones;

- v) la “concepción” y el “rol del Estado”;
- vi) la idea dominante, relativa a las “funciones del Estado”, a sus relaciones con el Derecho y a la relación entre la autoridad y libertades fundamentales;
- vii) “las fuentes del Derecho”;
- viii) la “interpretación de las leyes y del Derecho” y la posición del juez y su papel en la interpretación; y
- ix) ciertas “nociones” y las “categorías jurídicas fundamentales”,

De manera parcialmente convergente, Zweigert y Kötz se refieren a los “estilos jurídicos” que presentan los diferentes ordenamientos, familias y tradiciones -de modo semejante a los estilos literarios o corrientes artísticas-, mismos que a su vez se encuentran caracterizados para ellos, por los siguientes elementos:

- i) los “antecedentes”, “evolución histórica” y pertenencia a una determinada “cultura jurídica”;
- ii) las “formas típicas” o características de “pensamiento jurídico” (inductivo-casuista o deductivo-conceptual-normativo);
- iii) sus “instituciones características” o distintivas;
- iv) sus “fuentes” y “su jerarquía”; y
- v) su “ideología”.

Por su parte, U. Mattei considera que los ordenamientos jurídicos pueden ser agrupados en torno a “tres criterios de prevalencia” flexibles en:

- i) los del ‘*rule of professional law*’, donde predomina -como en la Tradición Jurídica Occidental- el componente técnico jurídico, ‘secularizado’ respecto del ‘elemento religioso’, e ‘independiente’ respecto de los ‘factores políticos y morales’;
- ii) los del ‘*rule of political law*’, donde las soluciones jurídicas dependen del poder público y el derecho está subordinado al cumplimiento de ciertos objetivos políticos; y

- iii) los del '*rule of traditional law*', donde el derecho está fundido con las creencias y la moral religiosa y política, siendo característico del "área oriental".

Finalmente, Sánchez-Bayón distingue entre los que denomina:

- i) "sistemas originarios", refiriéndose específicamente a la Tradición Jurídica Occidental, y
- ii) "sistemas derivados", aludiendo a los ordenamientos "mixtos" e "híbridos", como aquéllos que han integrado a sus 'tradiciones autóctonas' -religiosas, políticas o consuetudinarias-, tanto 'elementos ideológicos' (vgr. del Derecho Socialista), como 'elementos técnicos' del *Common Law* o del *Civil Law*, según los casos.

Por último, respecto de la 'relatividad' de todos los anteriores 'criterios' y de las 'clasificaciones' que se han diseñado a partir de los mismos, cabe destacar -como lo hicieron en su momento Zweigert y Kötz, y a partir de ellos la mayor parte de los comparatistas-, que los mismos deben considerarse siempre de 'manera flexible'.

Lo anterior en virtud de que resulta frecuente que algunos ordenamientos jurídicos, puedan adscribirse a dos o más familias jurídicas, dependiendo del 'momento histórico' o de la 'rama del derecho' en cuestión.

En el ámbito temático, piénsese en el 'ejemplo clásico' de los Estados Unidos de Norteamérica: su Derecho Privado pertenece a la familia del *Common Law*; pero su Derecho Público, que se encuentra constitucionalizado y que acoge el *Judicial Review* como 'control constitucional difuso', permite ubicarlo más bien en la tradición del '*Staatrecht*' (Estado de Derecho) propia del *Civil Law*.

E igualmente sucede en el ámbito latinoamericano, donde en materia procesal penal se aprecian varios ordenamientos que han adoptado el tipo de enjuiciamiento oral y adversarial propio del *Common Law*, en sustitución del escrito y inquisitivo.

Por lo que respecta al 'momento histórico', baste con señalar los casos de los ordenamientos jurídicos influidos en su tiempo por el Derecho Soviético, que actualmente han dejado atrás su influencia política e ideológica para retomar o adoptar los elementos típicos de la Tradición Jurídica Occidental.

B. El mapamundi jurídico actual

Los criterios anteriormente expuestos permiten comprender y comparar mejor los ordenamientos jurídicos históricos, complementando los descritos en el capítulo anterior.

Pero además, a través de los mismos, es posible sustentar una ‘propuesta’ de ‘clasificación’, que se ofrece para efectos puramente ‘orientativos’ y ‘esquemáticos’.

Para ello, retomando en primer lugar el criterio propuesto por Sánchez-Bayón, aunque modificándolo sustancialmente, se propone distinguir los ‘ordenamientos originarios’ y los ‘ordenamientos derivados’, así como los que aquí se denominan ‘ordenamientos pluralistas’ -que a su vez pueden ser ‘mixtos’ o ‘híbridos’- de la siguiente manera.⁽²⁰⁾

Los ‘ordenamientos originarios’ serían aquéllos que en cierto sentido fueron la ‘matriz’ de la que surgió una tradición o familia jurídica, como Gran Bretaña en el caso del *Common Law*, o bien la Europa Occidental continental respecto del *Civil Law*.

Por su parte, los ‘ordenamientos derivados’ serían los que recibieron un ‘influjo determinante’ de los originarios mediante una ‘extensa recepción’ de sus ‘instituciones y conceptos’, hasta el punto de poder considerarlos como ‘parte’ de la ‘misma tradición o familia jurídica’ de

(20) Se retoman en parte algunas de las consideraciones propuestas en PALMER, Vernon Valentine, MATTAR, Mohamed Y. and KOPPEL, Anna, (editors). *Mixed Legal Systems, East and West*, Surrey, Ashgate, 2015. Igualmente se han tomado en cuenta para la clasificación que se propondrá más adelante, a partir de los anteriores criterios, junto a los textos anteriormente citados dentro del presente epígrafe, los siguientes: BELL, Gary F. (editor), *Pluralism, Transnationalism and Culture in Asian Law: A Book in Honour of M.B. Hooker*, Singapore, Yusof Ishak Institute, 2017, HASHIM KAMALI, Mohammad, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 3rd edition, Malaysia, Islamic Text Society, 2003, ONYANGO, Peter, *African Customary Law: an Introduction*. Nairobi, LawAfrica Publishing, 2013, HALEY, John Owen, *Authority without Power. Law and the Japanese Paradox*, New York, Oxford University Press, 1991, MENSKI, Werner, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, OLIVELLE, Patrick and. DAVIS, Jr., Donald R. (editors), *The Oxford History of Hinduism. Hindu Law*, Oxford. Oxford University Press, 2018, RUSKOLA, Teemu, *Legal Orientalism*. Massachusetts, Cambridge University Press, 2013 y ZHAO, Dingxin, *The Confucian-Legalist State A New Theory of Chinese History*, New York, Oxford University Press, 2015.

los ordenamientos originarios, más allá de haberlos modificado ligeramente o fundido con otros elementos autóctonos.

Ése sería el caso, por ejemplo, del Derecho Norteamericano respecto de la Familia Extendida del *Common Law*, o de la Familia Compacta Latinoamericana' respecto de la Familia Extendida del *Civil Law*, si bien es verdad que podría considerarse al Derecho Latinoamericano como configurando una Familia Jurídica Mixta.

En el caso de los llamados 'ordenamientos pluralistas' nos encontramos ante la configuración de 'derechos heterogéneos', que son el resultado de la concurrencia de 'elementos' -instituciones y conceptos- de 'diversas familias jurídicas', mismos que se consideran i) 'mixtos' cuando se 'integran' de manera más o menos 'armónica', o ii) 'híbridos' cuando dichos elementos se encuentran 'contrapuestos', dando lugar a una 'relación conflictiva' entre los mismos, que eventualmente afecta su validez o eficacia.

Aplicando los anteriores conceptos y retomando en parte los criterios propuestos por Constantinesco, Zweigert y Kötz y Mattei, se propone -únicamente para los efectos esquemáticos y pedagógicos anteriormente mencionados- la siguiente clasificación:

- i) Tradiciones y familias originarias:
 - a. Derechos Secularizados y Autónomos: la Tradición Jurídica Occidental en sus dos familias jurídicas extendidas, el *Common Law* (vigente en los países de la *Commonwealth* y con 'derivaciones y variantes' norteamericana, canadiense, australiana y neozelandesa), y el *Civil Law* (con sus familias compactas mediterránea, centroeuropea y nórdica, así como con la latinoamericana que en cierto sentido también puede considerarse como mixta).
 - b. Derechos Religiosos: a) Derecho Canónico de la Iglesias Católicas (Occidental y Orientales), parcialmente secularizado; b) Derecho Hebreo, con diferentes prácticas (p.ej. *sefardí*, *yididsh* y *mishrahi*) y escuelas de interpretación rabínica; d) Derecho Islámico, también con diferentes prácticas (vgr. *sunitas*, *chíitas*) y escuelas jurisprudenciales (*hanafi*, *malekí*, *shafita*); e) Derecho Hindú de extracción Budista, y f) Derechos influenciados por el Confucionismo.

- c. Derechos Políticos: Derechos soviéticos, anteriormente Derecho Nacional socialista;
- d. Derechos Consuetudinarios: Derechos tribales africanos e indígenas latinoamericanos.
- ii) Tradiciones, familias y ordenamientos mixtos:
 - a. Entre el *Civil Law* y *Common Law*, como el Derecho Supranacional de la Unión Europea, o Luisiana y Puerto Rico en los Estados Unidos de Norteamérica y Quebec en Canadá.
 - b. Entre el *Civil Law*, el *Common Law* y el Derecho Hebreo, como el caso de Israel.
 - c. Entre el *Civil Law*, el *Common Law* y el Derecho Islámico, como Chipre o Kenia.
 - d. Entre el *Common Law* y Derecho Islámico como Pakistán y Singapur.
 - e. Entre el *Civil Law* y Derecho Islámico, como Egipto, Marruecos y Argelia.
- iii) Tradiciones, familias y ordenamientos híbridos:
 - a. Entre el *Civil Law* y el Derecho Islámico, como Palestina, Líbano o Arabia Saudita.
 - b. Entre el *Civil Law* y el Derecho Soviético, como Cuba.
 - c. Entre el *Civil Law* y la Moral Confucionista, con sus elementos tradicionales de ética-social, basada en la empatía, la lealtad, la solidaridad y la benevolencia, mucho más proclives a la composición, o en casos extremos a la mediación, que a la exigencia de los derechos.
 - i. A dicha familia tradición pertenece en primer lugar China, aunque su derecho se encuentra hibridado con elementos remanentes del Derecho Soviético, así como Corea.
 - ii. Japón, con mayor influencia del *Civil Law* y una mayor occidentalización.
 - d. Entre el *Common Law* y el Derecho Islámico como Afganistán.
 - e. Entre el *Civil Law* y el Islámico como Turquía.

- f. Entre el *Civil Law*, el *Common Law*, Derechos Consuetudinarios, Derecho Hindú y Derecho Islámico como La India.
- g. Entre *Civil Law* y/o el *Common Law* y los Derechos Consuetudinarios, como sucede en varios países africanos, a veces mezclados también con elementos del Derecho Islámico, donde además ciertos principios ético-sociales como el *Ubuntu*, se traducen en un fuerte sentimiento comunitario y auto-compositivo basado en la igualdad, la paz y la reconciliación, procurando más bien la búsqueda de restablecimiento de la armonía, antes que de reivindicación de los derechos.

Desde luego y como se dijo, la anterior clasificación solo busca ayudar, al igual que las exposiciones previas sobre los criterios para su diferenciación y las anteriores sobre el método y los orígenes del Derecho Comparado, a que los estudiantes, estudiosos e interesados en esta apasionante materia, puedan ir adquiriendo algunos de sus principales conceptos y perspectivas, tan útiles para los abogados y juristas contemporáneos. Ojalá que así sea. AMDG 2024.

PROCEDIMIENTOS DIFERENCIADOS PARA EL REGISTRO DE SÍMBOLOS POLÍTICOS Y DE SIGNOS MERCANTILES

Baldo Kresalja R.

I. Introducción

El propósito de este breve estudio es conocer cuáles son las exigencias jurídicas para el registro de las denominaciones de los partidos políticos y de los símbolos que los acompañan. Y buscar compararlas con la vía y práctica legal para la protección jurídica de los signos mercantiles, es decir, marcas de productos y servicios, nombres comerciales y lemas. Son dos las instituciones especializadas que se encargan de la inscripción y registro, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) para los signos mercantiles y el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) para las denominaciones partidarias. Buscaremos comparar en lo elemental ambos procedimientos, las características y exigencias al poder distintivo de los signos y los símbolos como elemento clave para su registro y posterior protección jurídica, así como su relación con el interés público general.

II. Referencias constitucionales

Es preciso recordar que existen algunas disposiciones en la Constitución de 1993 que son sustento de las prácticas políticas y económicas de los individuos y empresas dentro de un régimen republicano y democrático.

El artículo 2.17 dispone como un derecho fundamental que toda persona tiene derecho a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. El artículo 31 dispone que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, a ser elegidos y a elegir a sus representantes mediante el voto. El artículo 35 dice que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos y movimientos, conforme a ley, pues tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular; agrega que la ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos

En el ámbito económico el artículo 58 afirma que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. El artículo 59 afirma que el Estado garantiza la libertad de trabajo y de empresa, comercio e industria. La libre competencia en el campo económico debe ser facilitada y vigilada por el Estado, el que se obliga a combatir toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes, según dispone el artículo 61. El artículo 62 reconoce la libertad y estabilidad contractual.

Finalmente, el artículo 65 estipula que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren en el mercado. Y el artículo 176 nos recuerda que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos.

III. Nota sobre la presencia del interés público

Afirma Jorge Danós, de quien tomo las ideas siguientes, que el término interés público se utiliza como sinónimo de interés general, interés nacional y necesidad pública, entre otros, y de esas diversas maneras lo utiliza nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Nº 29158) en su artículo 2 dispone que las entidades del Poder Ejecutivo actúan en función del "*interés general de la nación*". De otro lado, la Ley Nº 27444 de Procedimiento Administrativo General, exige que las entidades de la administración pública se guíen y basen su actividad teniendo como norte los fines e intereses públicos. El interés público, en consecuencia, impregna todos los ámbitos del derecho administrativo y es el eje central que guía

todas las actividades que realizan las entidades de la administración pública y que dan sentido a su existencia y legitimidad⁽¹⁾.

El Tribunal Constitucional ha ratificado ese contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, pues ha señalado que *“el interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos, por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”*.

Así, pues, el interés público o interés general es todo lo que es valioso para la colectividad, aquello que beneficia a todos y su satisfacción es uno de los fines del Estado; por cierto, los intereses públicos tienen un carácter evolutivo y dinámico que pueden cambiar de acuerdo con la ideología dominante o los novedosos requerimientos y necesidades de la sociedad. En el caso que nos ocupa, sea por la ley de creación del Jurado Nacional de Elecciones (N° 26486) como del INDECOPI, (Decreto Legislativo N° 1033) que tienen a su cargo la inscripción de los **símbolos políticos** partidarios y signos mercantiles, respectivamente, en sus decisiones concretas deben tener presente el interés público, que constituye una condición necesaria para sus actividades; en consecuencia, esas entidades públicas, además de estar sometidas a la Constitución y a las leyes específicas que les son de aplicación, siempre deben actuar de acuerdo a los fines perseguidos por el interés público. Como señala Jorge Danós, al tratar del requisito de validez del acto administrativo, *“la Ley de Procedimiento Administrativo General peruana dispone que los actos administrativos, es decir las decisiones formales que adopta cotidianamente la administración pública, deben tener como objetivo cumplir las finalidades de interés público para las cuales las normas legales le otorgan competencia y le confieren un arsenal de potestades administrativas”*⁽²⁾.

Danós afirma que el interés público *“es el único sustento que permite justificar que el Estado pueda tener un mayor o menor grado de intervención en la actividad de los agentes económicos privados”*, por ejemplo, al autorizar licencias de funcionamiento o para exigir la obtención de registros de signos mercantiles, como requisito para el desarrollo de su actividad, y obviamente también para la fiscalización y sanción sobre aquellos que

(1) Danós, Jorge, “El interés público como categoría sustancial del Derecho Administrativo”, ponencia de presentación al incorporarse a la Academia Peruana de Derecho, Lima, 23 de enero 2025.

(2) Danós, Jorge, op.cit.

vulneren la regulación correspondiente. Puede afirmarse que esas potestades sirven también cuando el Estado interviene en la identificación y uso de símbolos políticos por parte de los partidos políticos, más aun cuando buscan participar en un proceso electoral.

IV. Disposiciones vinculadas a símbolos políticos

Los partidos han adquirido un gran protagonismo en la vida política y en los actos electorales y, aunque están en crisis –como lo está parcialmente el sistema representativo– lo cierto es que en la práctica se han convertido en indispensables. Los partidos se crean cuando existe un clima político abierto y en donde existen sistemas democráticos sustentados en el sufragio universal y la participación organizada de los ciudadanos en el proceso político⁽³⁾. Existen sistemas también de partido único, pero este suele ser propio de los regímenes totalitarios, en tanto que el pluralismo partidario es característico de la democracia.

El propósito de los partidos es expresar puntos de vista en el ámbito ideológico, económico y como representante de intereses acotados. Concurren a la manifestación de la voluntad popular y a través de las candidaturas que presentan en el acto electoral llegan a los cargos públicos electivos. Como señala Carlos Blancas, *“el proceso electoral es un momento decisivo en la vida de la democracia, pues en él se expresan muchos de los elementos que la configuran, a saber, el pluralismo, el derecho de sufragio, la designación de los representantes por el pueblo, la posibilidad de alternancia en el poder y la competitividad electoral”*⁽⁴⁾.

En su artículo 3, la Ley de Partidos Políticos consagra el derecho de los ciudadanos a la libre constitución de partidos y reconoce en el artículo 18 del mismo texto legal la libertad de afiliación. Ahora bien, la inscripción de los partidos en el Registro de Organizaciones Políticas es un requisito que debe cumplirse sin excepción, lo que viene acompañado del nombre, el lema y los símbolos que lo caracterizan.

Los símbolos políticos son utilizados por los partidos políticos o por agrupaciones con fines políticos para identificarse frente a sus seguidores y competidores.

(3) Blancas Bustamante, Carlos, “Derecho electoral peruano”, Palestra Editores, Lima, 2016, pág. 201

(4) Blancas Bustamante, Carlos, Op.cit., pág. 234

V. Disposiciones vinculadas a los signos mercantiles

El tratamiento jurídico de las marcas, nombres comerciales y signos distintivos en general se encuentra bajo la denominación general de Propiedad Industrial, que es un conjunto de derechos económico-sociales relacionados con el comercio. Los tratados internacionales y las leyes nacionales sobre esta materia tienen grandes similitudes, y la práctica jurídica tiene también elementos que son de aplicación uniforme en la mayoría de las controversias o conflictos que se originan.

El signo distintivo más reconocido es la marca, considerada un bien inmaterial, y por lo tanto necesita materializarse en cosas tangibles, siendo susceptible de ser reproducida ilimitadamente en diversos lugares. Esa forma sensible se materializa en un envase, en un producto o en una expresión publicitaria⁽⁵⁾. Son funciones reconocidas de las marcas el ser indicadoras de determinada procedencia empresarial, así como indicadoras de la calidad del producto o servicio, condensadora a su vez de la buena fama o de la eventual reputación o *good-will* y de tener una función publicitaria jurídicamente relevante.

El signo para registrarse debe acudir a la Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI, y señalar en qué clase de productos o servicios⁽⁶⁾ busca usarse, y contar con la capacidad distintiva suficiente para que sea aceptable por la autoridad y pueda ser reconocida por los consumidores y usuarios. Esto es, para obtener protección debe tener capacidad distintiva con respecto a una determinada clase de productos o servicios, salvo en los casos excepcionales de las llamadas marcas notorias o renombradas.

El Perú ha tenido distintas normas sobre Propiedad Industrial y específicamente sobre el derecho aplicable a los signos mercantiles, esto es, marcas de productos y servicios, lemas comerciales y nombres comerciales. En la actualidad la norma más importante es la Decisión N° 486 de la Comunidad Andina⁽⁷⁾, cuyo contenido es similar al de otras legislaciones. Las disposiciones que contiene son de gran importancia para la

(5) Fernández Novoa, Carlos, "Tratado sobre Derecho de Marcas", 2da edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 28

(6) Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el registro de marcas establecida en el Arreglo de Niza de 1957 y modificaciones posteriores

(7) La Comunidad Andina (CAN) se creó en virtud de del Acuerdo de Integración Sub-regional o Pacto Andino fruto del denominado Acuerdo de Cartagena de

vida comercial, el desarrollo empresarial y la protección de empresarios y consumidores, y se vincula con disposiciones tales como las referidas a la publicidad. Pueden constituir marcas, entre otros, las palabras, imágenes monogramas, emblemas, sonidos y olores, letras y números, envases y envolturas (artículo 134, Decisión 486) Y no podrán registrarse como tales los signos que carezcan de distintividad, entre otros, las designaciones usuales y comunes del producto o servicio, los que imiten una denominación protegida, etc.

La citada legislación peruana se encuadra dentro de las exigencias internacionales con el llamado Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) aprobado por la Organización Mundial de Comercio dentro del marco de un sistema multilateral que busca la libertad y protección del tránsito de mercancías.

La Comunidad Andina tiene la responsabilidad de legislar a través de sus propias normas llamadas “Decisiones”, las que tienen preferencia sobre las normas internas de los países y son de cumplimiento obligatorio. Dentro de la Decisión N° 486 son los artículos 134 y siguientes los referentes a los signos mercantiles, nombres comerciales y lemas e incluye elementos tales como requisitos para el registro y procedimientos para la inscripción en la oficina competente, oposiciones de terceros, derechos y limitaciones, licencias y transferencias, cancelación, renuncia y nulidad.

Cabe anotar que el registro otorga a su titular el derecho al uso exclusivo por diez años renovables y a su vez impedir que cualquier tercero aplique o use un signo distintivo idéntico o semejante (arts. 152 y ss. Decisión 486).

VI. Relaciones entre los dos cuerpos jurídicos mencionados

Como puede apreciarse, se trata de dos cuerpos jurídicos que tienen una finalidad diferente. Así, las reglas vinculadas a signos mercantiles están dirigidas al ámbito del comercio, como ya hemos hecho mención, mientras que las vinculadas a los símbolos políticos están referidas a la participación de partidos y organizaciones políticas que sirven de sustento para los procesos electorales y la elección de representantes.

1969. Ha sufrido modificaciones posteriores. La Decisión N° 486 sobre Propiedad Industrial se promulgó el 14 de setiembre del año 2000

Los símbolos dan lugar a la identificación de las agrupaciones o partidos que hagan posible las controversias y deliberaciones de personas y agrupaciones cuyo propósito principal es la conquista del poder político. Pero hay algo que relaciona a los dos cuerpos jurídicos, y es la búsqueda de distinción, esto es, evitar confusiones entre sus usuarios para que se convierta en una guía tanto para comerciar como para seguir una ideología o una propuesta vinculada a la política y a la obtención de poder. En síntesis, informan a los ciudadanos en su condición de consumidores o de electores sobre las ofertas y propuestas que se hacen en la sociedad y en el mercado. Por tanto el proceso de inscripción y registro de signos mercantiles y de símbolos políticos tienen que pasar por procedimientos reglados que no son iguales. Nuestra intención es conocer brevemente esos procedimientos y exigencias y apreciar si se cumplen las metas que la legislación propone, estos es, informar a los ciudadanos, sea en su condición de consumidores o de electores, para que puedan tomar una decisión de carácter político o de consumo.

VII. Inscripción y registro de los símbolos políticos

La ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) N° 26486, que fue publicada en junio de 1995, dispone en su artículo primero que es el encargado de fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio, de la realización de los procesos electorales y de mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas, siendo su fin supremo, según el artículo segundo de la citada norma, velar por el respeto y cumplimiento de la voluntad popular. Entre sus funciones se encuentra, según el artículo quinto de la misma norma administrar justicia en instancia final en materia electoral (art. 5^a a), mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas (art. 5 e) y resolver en instancia última y definitiva, sobre la inscripción de las organizaciones políticas y de sus candidatos en los procesos electorales.

La Ley N° 28094 de Organizaciones Políticas, de noviembre del 2003, indica en su artículo primero que los partidos políticos expresan el pluralismo democrático, que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y a los procesos electorales. Define a los partidos políticos como personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar en los asuntos públicos del país, reservándose la denominación “*partido*” a los reconocidos como tales en el Registro de Organizaciones Políticas.

Menciona entre los fines de los partidos políticos la defensa del sistema democrático, contribuir a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos, formular idearios, planes y programas que reflejen sus propuestas y participar en procesos electorales.

Los partidos políticos deben inscribirse en el Registro de Organizaciones Políticas que está a cargo del Jurado Nacional de Elecciones. En ese Registro debe constar el nombre del partido político, la fecha de su inscripción, los nombres de sus fundadores y dirigentes, la síntesis del Estatuto que lo gobierna y el símbolo que lo distingue, tal como dispone el artículo cuarto de la Ley N° 28094. Para la inscripción y reconocimiento de un partido político la solicitud debe venir acompañada de la documentación que contiene el artículo quinto de la Ley, y el Acta de Fundación debe contener por lo menos, según el artículo sexto, el Ideario que contiene los principios, los objetivos y su visión del país, la declaración jurada en la conste su compromiso democrático y el respeto al Estado Constitucional de Derecho y a las libertades y derechos fundamentales que consagra la Constitución Política.

El Reglamento de Organización y Funciones del JNE manifiesta (art. 5) que tiene como competencia el mantener y custodiar el Registro de Organizaciones Políticas, así como resolver en última y definitiva instancia sobre la inscripción de las mismas, y velar por el cumplimiento de las disposiciones que les son aplicables. Tiene entre sus funciones emitir reglamentos y disposiciones normativas. Recientemente el JNE ha emitido la Resolución N° 0108-2025-JNE con fecha 11 de marzo de 2025, denominada “Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas” de 150 artículos y numerosos anexos. Este reglamento, que veremos a continuación, supera las disposiciones anteriores.

Después de mencionar los principios aplicables que rigen el referido registro (en adelante ROP), en su artículo VII dispone que el director de la Oficina Nacional de Registro de Organizaciones Políticas es el único encargado de inscribir partidos políticos (artículo 5) mediante un procedimiento de carácter público (artículo 27) que hace posible “*reservar*” por dos años las denominaciones y símbolos que utilizarán los promotores de una nueva organización política; se trata de un derecho expectatio de carácter intransferible, siempre que no se encuentre reservada por otra organización política (artículos 20 y 21).

Ese nuevo reglamento contiene disposiciones referidas a prohibiciones para el uso de una denominación partidaria (artículo 22). Así, no puede ser igual o semejante a la de otro partido, movimiento regional o alianza electoral ya inscrita o en proceso de inscripción; a nombres de personas naturales o jurídicas, de instituciones, o que atenten contra la moral o las buenas costumbres; tampoco una denominación geográfica como único calificativo, y a una marca registrada. Contiene también disposiciones sobre la idoneidad del solicitante, el carácter personalísimo de la solicitud y su alcance geográfico.

El artículo 25 del nuevo reglamento señala los requisitos para la obtención del certificado de reserva y hay dos que es preciso destacar: el primero, el certificado negativo de las denominaciones en el Registro de Personas Jurídicas a nivel nacional de la SUNARP, y el segundo, la busca de antecedentes registrales en la clase 41 de la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas, establecida en el Arreglo de Niza ya antes mencionada, en la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI. Esta última disposición acerca y complementa la actividad de registro en el ámbito político con la larga experiencia de inscripción de signos mercantiles. Sin duda, un paso adelante, que comentaremos en el punto IX.

La fusión o integración de organizaciones políticas, la calificación de la solicitud de inscripción y su contenido, el procedimiento para tachas y la culminación del procedimiento de inscripción y su eventual cancelación, se encuentran en los artículos 54 y siguientes del referido reglamento.

De otro lado, la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, N° 26467 de junio de 1995, que es la autoridad máxima en la organización y ejecución de los procesos electorales (art. 1) tiene como función esencial el velar por la obtención de la fiel y libre expresión de la voluntad popular manifestada a través de los procesos electorales (art 2). Entre sus funciones se encuentra la de diseñar la cédula de sufragio y todo tipo de material que asegure el respeto a la voluntad de los ciudadanos. No está de más recordar que para esa importante tarea los símbolos políticos deben ser suficientemente distintivos, para que la opción escogida en el acto de sufragio refleje sin duda la opción escogida por el elector.

VIII. Inscripción y registro de los signos mercantiles

La solicitud de registro se presenta, como hemos antes mencionado, a la Dirección de Signos Distintivos, debiendo identificar a la marca y en el petitorio (arts. 138 y ss. Dec. 486) indicar, entre otros, el nombre del solicitante, y la clase a la cual corresponde los productos o servicios. La repartición estatal mencionada deberá examinar si cumple la solicitud con los requisitos de forma que la ley exige, y publicarla para llamar a oposiciones, las que comúnmente se refieren a que la marca ya está registrada por terceros o que es confundible con otras en el sector correspondiente. Admitida o no la oposición, a través de un procedimiento establecido en la norma, la Dirección realizará un examen de registrabilidad cuya misión es analizar si el signo solicitado es suficientemente distintivo y no hay riesgo de confusión con otras marcas. La determinación del grado de semejanza utiliza determinados estándares ampliamente reconocidos tanto a nivel nacional como internacional, que tienen en cuenta los intereses de los consumidores y usuarios, y que están mencionados en la Decisión N° 486.

Cabe anotar que la causa más frecuente de denegatoria de un registro es que el signo que se pretende registrar sea idéntico o muy similar a uno ya anteriormente solicitado o registrado por un tercero para los mismos productos o servicios. Todo ello en búsqueda de la distintividad que la ley exige (art 136, literal a de la Decisión N° 486). Hacemos esta mención con el objeto de evaluar y comparar los procedimientos utilizados por los registros de los signos mercantiles con los requisitos para la inscripción y registro de los símbolos políticos.

IX. Reglas comunes para evitar la falta de distinción e impedir la confusión y para la resolución de controversias

El artículo sexto de la Ley 28094 especifica que el Acta de Fundación debe contener la denominación y el símbolo partidario, y que se prohíbe el uso de denominaciones iguales o semejantes a las de otro partido, movimiento, alianza u organización política local ya inscrito o en proceso de inscripción o que induzcan a confusión con los presentados anteriormente (inciso d, 1); lo que también es aplicable a símbolos iguales o semejantes (inciso d, 2); nombre de personas naturales o jurídicas, ni aquellos alusivos a nombres de instituciones o personas, o que atenten contra la moral y

las buenas costumbres (inciso d, 3); a una denominación geográfica como único calificativo (inciso 2, 4); y a símbolos nacionales o marcas registradas, ni tampoco a imágenes o figuras que correspondan a personas naturales o jurídicas (inciso d, 5).

Las disposiciones referentes a signos mercantiles contenidas en la Decisión N° 486 y la práctica de la Dirección de Signos Distintivos, tienen una actualidad que se manifiesta e interpreta en numerosas Resoluciones destinadas para solucionar controversias relativas a las solicitudes de registro y posterior inscripción. Ellas han mostrado frente a los titulares y a la comunidad de comerciantes que hay criterios definidos para solucionar controversias y, en consecuencia, que los signos que han logrado registrarse están jurídicamente firmes y amparados por la ley. Si bien eventualmente pueden producirse actos de confusión o de competencia desleal en el mercado, la vía para solucionar tales problemas se encuentra vigente y los criterios utilizados en las Resoluciones respectivas para solucionar las controvertidas son de acceso general pudiendo ser consultadas por las partes interesadas.

Puede afirmarse, por tanto, que tanto las disposiciones legales vigentes como la actuación de las oficinas especializadas del INDECOPI cumplen a cabalidad con la protección y resguardo legal de los signos mercantiles tal como lo esperan sus titulares, los consumidores y el interés público. Pero no existe igual consenso con la actuación del Jurado Nacional de Elecciones o con la práctica de las organizaciones políticas, como tendremos ocasión de ver más adelante en el numeral XIII.

X. La presencia parcial de las disposiciones sobre consumidores y usuarios

El Código de Protección y Defensa de los Consumidores (Ley N° 29571) se inserta en el marco del artículo 65 de la Constitución, que se encuentra en la parte referente al Régimen Económico, y que manda que el Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado, dando prioridad a la salud y la seguridad de la población. Resulta evidente que las disposiciones de ese Código caen en el ámbito económico por lo que tienen relación con el uso de los signos mercantiles, y con las disposiciones sobre competencia desleal y publicidad a que se refiere el Decreto Legislativo N° 1044, que tiene

por objeto reprimir los actos o conductas que afecten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Estas disposiciones no tienen injerencia directa en el ámbito político que se rige por otras disposiciones, como ya hemos señalado.

Pero hacemos mención en este lugar a la existencia de normas de protección de consumidores y usuarios, porque tienen una coherencia y efectos que es preciso resaltar, y que no están presentes con la claridad necesaria en el campo de los símbolos políticos, más aun con la proliferación de partidos políticos y símbolos identificatorios. Y también por el carácter de los procesos electorales que no se dan todos los días –lo que sí ocurre con los actos de consumo. A pesar de ello los símbolos políticos se encuentran presentes en la sociedad (podríamos decir en el mercado), pero su uso tiene una finalidad más acotada y eventual. La mención que hacemos es para tener presente que el acto de consumo es un acto de ciudadanía, y que el ciudadano/consumidor ejerce sus opciones en ambas realidades, la económica y la política, y que para hacerlo debe contar con la información necesaria, lo que no siempre es posible en nuestra realidad política y electoral, por la debilidad partidaria que hace que sus ofertas programáticas no tengan la claridad y precisión esperadas.

XI. El zafarrancho del proceso electoral: los responsables

No es éste el lugar para hacer un recorrido o inventario de los múltiples proyectos e iniciativas presentadas por expertos de calidad durante los últimos años, para mejorar o introducir las normas constitucionales y legales vinculadas a los procesos electorales y hacer que la representación electa sea fiel a las necesidades y requerimientos de las mayorías. Ello es también aplicable a la constitución, nombres y símbolos de los partidos políticos. Pero en la materia que tratamos es imposible obviar de decir que el comportamiento gubernativo de los últimos años y hasta la actualidad, no solo no ha contribuido a mejorar el sistema electoral, sino que lo han distorsionado, en defensa de intereses subalternos en los que ha estado ausente el sentimiento popular pues como dice el jurista Pablo Lucas Verdú, *“el sentimiento jurídico-constitucional (...) es una prueba significativa de la consonancia entre norma y realidad”*. Y agrega: una *“Constitución vívida lo es, en gran parte, porque es sentida por el pueblo y aparece como símbolo político que tiene sentido por su función*

integradora”(8). Las normas aplicables a los partidos y símbolos políticos, y a los procesos electorales, tal como están concebidos a la fecha, parecen contribuir al desorden, la confusión y a perjudicar las bondades del sistema democrático, dejando de lado el interés público.

XII. El caso A.N.T.A.U.R.O

Haremos una breve referencia a un caso que si bien no tiene una relación directa con el propósito de este estudio, creemos que tiene la importancia suficiente para mencionarlo y conocerlo. En su parte final el artículo 5 de la ley N° 28094 dispone que “*no podrán ser objeto de inscripción las organizaciones políticas cuyo contenido ideológico, doctrinario o programático promueva la destrucción del Estado constitucional de derecho*”. La aplicación de esta norma a un caso concreto ha sido, hasta donde sabemos, excepcional. Sin embargo, un reciente fallo del 14 de octubre de 2024 de la Corte Suprema de Justicia trata del tema. En ese contexto, el Fiscal interviene de conformidad al artículo 14 de la referida ley N° 28094 porque tiene la obligación de solicitar la declaración de ilegalidad de una organización política cuando sus actividades son contrarias a los principios democráticos, obligado como está a la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. El fallo dio lugar a una breve controversia inicial, pero no se ha mantenido con intensidad inicial.

La referida Corte declaró fundada en parte la solicitud formulada por el Fiscal de la Nación y declararon la ilegalidad de la organización política Alianza Nacional de Trabajadores, Agricultores, Universitarios, Reservistas y Obreros cuyo acróstico resulta ser “A.N.T.A.U.R.O.”, y ordenaron la cancelación de su inscripción como organización política, el cierre de sus locales partidarios y la imposibilidad de su reinscripción. En esta ocasión no intervino como instancia final el Jurado Nacional de Elecciones porque el artículo 14 de la Ley de Organizaciones Políticas N° 28094 dispone que la declaración de ilegalidad le corresponde a la Corte Suprema a pedido del Fiscal de la Nación cuando la referida organización vulnere sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales promoviendo atentados contra la vida, la persecución de personas o legitimando la violencia como método de consecución de

(8) Lucas Verdú, Pablo, “El sentimiento constitucional”, Reus SA, Madrid, 1985, pág. 7

objetivos políticos y, entre otros, apoyen la acción de organizaciones que promuevan el terrorismo.

No es este el lugar para hacer un recorrido por el contenido del proceso, pero sí destacar que Antauro Humala Tasso, militar de profesión, recibió sanción por promover el año 2005 una sangrienta rebelión contra el orden democrático y estuvo encarcelado por 17 años y meses. A su salida de prisión participó en la creación de un partido, que logró su inscripción preliminar, y que promovió y justificó –con abundancia de pruebas- atentados contra la vida de autoridades y exfuncionarios, la exclusión de determinadas personas por sus opciones sexuales y por ser migrantes. Desconoció la Constitución vigente y recorrió el país en mítines dando a conocer su propuesta y pensamiento, viéndose acompañado de militantes inscritos en el referido partido. Además, presentó esas ideas como plan de gobierno. Al hacerlo, incumplió con uno de los varios fines de los partidos políticos, como es asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático.

Dice la sentencia en el numeral Quinto de sus Considerandos que *“la declaración de ilegalidad de un partido político por conducta antidemocrática contemplada en el artículo 14 de la ley N° 28094, es un mecanismo establecido para proteger la dignidad del hombre, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno, valores y principios enunciados en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú”*. Y en el numeral Sexto siguiente que *“el sistema democrático debe contar con herramientas que permitan preservarlo y a la vez desterrar las organizaciones políticas y sus líderes que propugnan la destrucción de las libertades y derechos fundamentales de las personas que no se sometan a sus designios, alentando la violencia y el odio para dicho propósito, lo que contradice abiertamente con el derecho fundamental a la paz y la tranquilidad”*. Y en el numeral Octavo recuerda que el encargo a la Corte Suprema, al que nos hemos antes referido, para declarar la ilegalidad se justifica en la medida que el Poder Judicial es ajeno a la actividad política partidaria y por tanto le corresponde actuar con objetividad e imparcialidad.

La declaración de ilegalidad del partido “A.N.T.A.U.R.O.” se ajusta, en mi opinión, a la ley y está debidamente probada, lo que nos alivia en la muy probable confusión que se hubiera generado de mantener su inscripción, tanto por su contenido antidemocrático como por el carácter de la agresiva propaganda que utiliza.

XIII. ¿Podrán los símbolos políticos inscritos cumplir a cabalidad la misión que se les exige en el próximo proceso electoral?

Si revisamos la relación de símbolos políticos inscritos y reconocidos por el Jurado Nacional de Elecciones para participar en el proceso electoral del 2026, apreciaremos en primer término que son muy numerosos. Al 12 de abril del año en curso, fecha límite para la inscripción de partidos, se habían aprobado 43 denominaciones y símbolos, y buena parte de ellos carecen de auténtico poder distintivo, lo que hace relativamente fácil confundirlos, todo ello sin mención de cuáles son sus propuestas o programa de gobierno. Resulta evidente comprobar que el elector promedio no conoce ni ha escuchado hablar de la gran mayoría de los símbolos inscritos y de los partidos políticos que se identifican con ellos. No es este lugar para estudiar y comparar los programas y las propuestas específicas de los partidos, por no ser de interés para este trabajo y porque la práctica ha puesto de manifiesto que su importancia es, en la mayoría de los casos, escasa y hasta inexistente. Lo que vale cuando se acerca la fecha de la votación es la opinión del líder y de las agrupaciones íntimas que lo rodean, el presupuesto con el que cuentan, así como del marketing político efectuado, que incluye denominación y símbolo, y de hechos coyunturales y en ocasiones hasta escandalosos. Esta realidad no es fácil de superar, pero ayudaría a que los procesos sean transparentes y los electores estuvieran mejor informados, y si los símbolos políticos tuvieran una distinción apreciable y que ello se perciba en sus campañas y se traduzca en sus actos y declaraciones.

Las normas aplicables a la propaganda y a la publicidad electoral contienen disposiciones generales y reglamentarias para el uso legítimo de sus denominaciones y símbolos distintivos, pero no disposiciones específicas para el examen de los símbolos, tal como si sucede con la inscripción y registro de los signos mercantiles. Ello ayudaría a que se cumplan los objetivos de los procesos electorales, que son la vía escogida por las democracias liberales representativas para la elección de los gobernantes. Y serviría para que el interés público, que está presente como premisa general en todas las organizaciones y oficinas gubernamentales, se vea efectivamente resguardado. Tenemos ejemplos en los últimos años que nos revelan la poca importancia que algunas agrupaciones políticas, con determinado apoyo popular, han dejado de lado las finalidades propias de la contienda política, como fue el caso de los varios sucesivos nombres de las agrupaciones que utilizó la dictadura fujimorista en los procesos

electorales de los años 90, precedente del derrotero destructivo que realizó del sistema democrático a pesar de sus eventuales triunfos en la contienda, antecedente a tener en cuenta para examinar la crisis política actual, en la que sigue presente con inmóvil empeño antidemocrático.

XIV. Algunas sugerencias de mejora.

A pesar de las mejoras introducidas en el novísimo Reglamento para el registro de organizaciones políticas (ver punto VII anterior), hay ciertas reglas contenidas en la Decisión N° 486 y en la práctica de la Dirección de Signos Distintivos del Indecopi que deberían tomarse en cuenta y adaptarlas al registro e inscripción de símbolos políticos. Hay, por cierto, denominaciones y símbolos verdaderamente distintivos, pero son los menos.

- A) A modo de ejemplo, los artículos 135 y 136 de esa Decisión dispone que no se podrán registrarse como marcas los signos que carezcan de distintividad o que se hubieran convertido en una designación común usual de determinado servicio, así como también las que contengan una denominación de origen protegida, o que reproduzcan o imiten banderas y emblemas. Tampoco podrán registrarse como marcas las que sean idénticas o se asemejen a un símbolo ya registrado o constituyan una reproducción de un signo notoriamente conocido o consistan en el nombre de las comunidades indígenas.
- B) Pues bien, de las denominaciones políticas registradas son dieciséis las que contienen la palabra “Perú” y varias de ellas utilizan los colores blanco y rojo de nuestra bandera nacional, lo cual no garantiza distintividad alguna. El inciso m) del artículo 135 de la Decisión N° 486 no permite que se registren como marcas las banderas, emblemas y otros signos similares; esta es una disposición que podría adoptarse por el JNE para los símbolos políticos.
- C) En la legislación marcaria se protegen, como quizás debería hacerse con determinadas denominaciones políticas y símbolos, lo que se denomina “*marcas notoriamente conocidas*”, que tienen una protección ampliada después de su reconocimiento como tales por la autoridad (arts. 225 y 226 de la Decisión N° 486). Todo ello con el propósito de los titulares, o en nuestro caso los partidos políticos, no se vean afectados por la dilución de su fuerza distintiva o por el aprovechamiento injusto del prestigio del símbolo que utilizan.

- D) Como hemos antes señalado, el nuevo Reglamento en su artículo 25 exige para solicitar un certificado de reserva del símbolo político a inscribirse, que se realice una búsqueda de antecedentes registrales en la clase 41 de la Clasificación ya antes referida (ver punto V anterior) por la Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI. Consideramos que se debería ampliar la búsqueda a las clases 35, 38 y 45 correspondientes a servicios, con el objeto de tener una visión ampliada que evite copias o similitudes con el símbolo político solicitado.

Conocer a los nuevos aspirantes que busquen renovar nuestro empobrecido y corrupto mundo político no va a ser fácil, porque es probable que el votante promedio se confunda con la abundancia de logotipos y de símbolos. Dice bien Mirko Lauer, lo que llamamos confusión significa erratas a la hora de marcar, incapacidad de ubicar la candidatura preferida, confundir un logotipo con otro, emitir el voto más sencillo o más vistoso, o el primero o el último de una lista que es una sábana de nombres y de símbolos⁽⁹⁾.

Dudamos que el sistema electoral consignado en el Perú y la presencia de numerosos partidos político sin mayor trascendencia y escasa raigambre popular tengan la eficacia y transparencia requerida para un ejemplar proceso electoral. Lo que hemos señalado para los símbolos políticos es solo una pequeña muestra de las deficiencias normativas actuales, lo que con otras disposiciones y propuestas necesariamente implicaría llevar adelante reformas de fondo en el trato y conducta de los partidos y organizaciones políticas, y en el propio sistema electoral.

XV. Dos notas conclusivas teniendo a la vista el proceso electoral del 2026

- A) La influencia de la propaganda y la publicidad en la conquista de pareceres políticos y en las decisiones de consumo.**

Es indudable la presencia, importancia e influencia que tienen en los electores y en los consumidores la propaganda y la publicidad, así como la utilización que realizan de símbolos políticos y signos distintivos. Si bien con frecuencia las utilizamos como sinónimos, la propaganda y la publicidad no siempre significan lo mismo. Su extendido uso e influencia

(9) Lauer, M., "Ponle la cola al burro", diario La República, Lima, 8 de marzo de 2025.

en las sociedades contemporáneas se encuentra vinculado al desarrollo de nuevas tecnologías. Aunque tienen propósitos en principio distintos, su uso está vinculado a la política, la religión, la economía, el consumo y la cultura, y la frontera entre ambas no está definida, pues en su práctica se alimentan mutuamente⁽¹⁰⁾.

La propaganda, que es una forma de comunicación colectiva y que utiliza técnicas con fines persuasivos, está vinculada a la divulgación de doctrinas e ideologías para conseguir adeptos a las mismas, más que a reflexionar sobre problemas técnicos de diversa índole y suele simplificar y exagerar hechos apelando a consideraciones emotivas.

La publicidad, por su parte, es también un género de comunicación colectiva entre el anunciante y los consumidores, y tiene un carácter comercial porque promueve la contratación de bienes y servicios. La parte persuasiva del mensaje supera a la informativa, pero esta última debe ser veraz y no engañosa, criterios estos últimos recogidos en la ley vinculada a la publicidad pero que en la práctica son de difícil exigencia a la propaganda.

Tanto la propaganda como la publicidad están admitidas y protegidas por disposiciones constitucionales y legales. Entre las constitucionales podemos citar aquellas vinculadas a la elección de gobernantes y autoridades dentro de un proceso electoral reglado, a la participación en la vida política, a las libertades de opinión e información (artículo 2 incisos 2, 4 y 17, artículo 35.) Sobre publicidad podemos agregar los artículos 59 y 65 de la Constitución. Pero disposiciones de menor jerarquía también están presentes. La propaganda es tratada en la ley N° 28094 de Organizaciones Políticas, la Ley 28904, ley N° 30689, la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859 (artículos 181 y ss.) y la Resolución N° 0078-2018 del Jurado Nacional de Elecciones. La publicidad por su parte es tratada en el Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la ley de represión a la competencia desleal (artículos 16 y siguientes).

Para nuestra legislación, la propaganda siempre está referida a la acción política y emplea para ello la expresión “*publicidad política*”. No cabe duda que en el proceso se repiten los rasgos que aparecen en la publicidad, que ha extendido su influencia social, razón por la cual no es fácil

(10) Sobre este tema ver Kresalja, Baldo, “Propaganda y publicidad. Propósito, contenido y práctica”, Palestra Editores, Lima, 2023.

determinar cuando acaba una y donde empieza la otra. La propaganda utiliza generalmente un lenguaje de imperativos categóricos que pretende una adhesión ideológica, mientras que la publicidad está más apegada a la seducción y a la sugerencia para aumentar los ingresos de sus patrocinadores. Siendo ambas formas de comunicación colectiva la distinción más significativa se encuentra en sus objetivos o intención.

El llamado “*marketing político*”, de extendido uso en nuestros días en la mayoría de países, tiene el propósito de obtener resultados satisfactorios en las campañas políticas, mediante la adopción de técnicas publicitarias adaptadas a las campañas y a los objetivos de los partidos. Se trata de acciones encauzadas a proporcionar los argumentos para triunfar seduciendo a los electores y derrotando a los competidores. No suelen tener un carácter permanente pues están conectadas a las campañas electorales. El “*marketing político*” es la versión actual de las tradicionales versiones propagandísticas de tiempo atrás con una carga emocional y persuasiva muy intensa.

Finalmente, hemos hecho esta mención a la propaganda, así como a la publicidad que se expresa a través del denominado marketing, porque es preciso hacer mención que nos acercamos a un nuevo proceso electoral en el año 2026, con una población electoral de un bajo nivel educativo promedio, insatisfecha con el *status político* vigente e irritada por los continuos escándalos de corrupción, a lo que se adiciona una violencia criminal en aumento. A ello se suma alrededor de dos millones de votantes sin experiencia anterior en procesos electorales. Si bien la población debería ver con satisfacción poder ser partícipe de una fiesta cívica electoral y lograr hacer llegar libremente sus preferencias, hay hechos que no pueden dejarse de lado.

Sabemos que en las campañas electorales de todo país no es lo común que los electores estudien propuestas programáticas o planes de gobierno, más bien los motivos que deciden los triunfos o derrotas de los candidatos no están pegadas a un análisis racional, sino más bien a motivos de coyuntura, a aspectos económicos concretos y a la seguridad; siendo por tanto el factor emotivo o coyuntural el que se convierte en decisivo. En el Perú de nuestros días las mayorías están descontentas, desilusionadas y temerosas por su futuro. La visión de un listado con 43 partidos políticos, dificulta elegir escoger preferencias, lo que nos hace presumir que las opciones vinculadas al bien común no tienen asegurado el triunfo. Se

debió propugnar un listado de opciones fácilmente identificables acompañadas de símbolos sencillos, fácil de recordar y de escoger. Y ello se agrava porque durante los últimos años se presentaron propuestas bien estudiadas dirigidas a que el acto electoral cumpla a cabalidad con el destino de un país democrático, pero ello no ocurrió, y las propuestas de cambio se dejaron irracionalmente olvidadas.

B) La guerra en las redes

Tenemos casi la certeza que a la situación anterior se adiciona la dificultad de identificar opciones que persigan el bien de todos y no los intereses de unos cuantos. No han sido perspicaces ni tampoco sabios los parlamentarios y las autoridades que han permitido esta proliferación de partidos y de candidaturas, lo que sin duda acentúa el riesgo de que los electores se inclinen por propuestas extremas e irracionales, poco dispuestas a defender el interés público y el bien común como banderas de identificación y de triunfo. Queda por dilucidar si ese despropósito ha sido posible por modificaciones recientes en las normas que regulan el proceso electoral, o porque algunos grupos políticos creen que la posible fragmentación de partidos y candidatos favorecerá especialmente a aquellos que se encuentran ahora tanto en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo.

Son numerosos los estudios que señalan que la razón no será el factor más importante a la hora de decidir las preferencias, ya que por ejemplo en el Perú de nuestros días hay una irritación generalizada con el *estatus quo*, lo que incluye corrupción y miedo ante la inseguridad creciente por el avance de la delincuencia. La situación se agrava por la incertidumbre creciente, ya que la información recogida de procesos electorales en otros países pone en evidencia que será quizás el espacio digital el que más influirá en la decisión del voto. En nuestro país la inversión publicitaria en medios digitales ya supera a la que reciben los medios tradicionales y la televisión abierta. Ahora bien, los cambios en los patrones de consumo de los más jóvenes se apoya en lo digital, y este será uno de los conjuntos más importantes en cuanto al número de electores. La información que propagan las redes no son generalmente confiables, tanto por la personalización de las campañas en detrimento de los mensajes de los partidos políticos, como por la fragmentación de las fuentes informativas y la desinformación rampante, a lo que se suma una búsqueda de combinar entretenimiento con política, lo que es atractivo para el cinismo en los nuevos electores.

Así, mediante formatos lúdicos y emocionales se busca atraer a un público apartado de la vida política por la cual no siente atracción alguna.

Las medidas tradicionales para lograr la rectificación de una mentira aparecida en los medios son de mínima o nula aplicación en el mundo de las redes digitales, a cuyos directores no los conoce nadie, con miles de lectores repartidos en distintos escenarios regionales o mundiales, razón por la cual ejercen una influencia significativa sobre la opinión pública, disfrutando de la libertad de expresión y libertad de empresa diseñadas tiempo atrás para consolidar el *estado de derecho*.

Es una ingenuidad pensar que los partidos políticos puedan competir en igualdad de condiciones en el mundo de las redes sociales, enfrentándose al mundo de los algoritmos diseñados para atraer a aquellos que no tienen interés en la política o para consolidar posiciones extremistas de cualquier contenido. En varios lugares las formaciones ultras en Tik Tok logran ya una representación superior a los partidos moderados, es decir, los algoritmos favorecen y amplifican el discurso político más radical. No es posible entender el rol que juegan las redes sociales pensándolas meramente como un mecanismo para la producción y distribución del conocimiento, ya que están encajonadas a una agenda política y económica detrás de los algoritmos que las sostienen. El poder político que han acumulado durante los últimos años las redes sociales como instituciones centrales de nuestra vida pública, es un fenómeno que moldea a nuestra era; de ahí su creciente importancia, las alarmas que genera y las diversas propuestas que están presentes en los estudios de avanzada para liberarnos de su capricho y de sus mezquinos intereses.

En el Perú estamos gobernados por presiones y actitudes autoritarias, por lo que es difícil considerar que serán conductas leales y competitivas, en un plano de igualdad material y formal, las que lideren y lleven adelante el proceso electoral próximo del 2026, con una cédula de sufragio que contendrá los símbolos y logos de 43 partidos políticos y más de 5 mil candidatos, lo que puede dar lugar otra vez a que aparezca la palabra fraude por aquellos que no han visto satisfechas sus posibilidades e intereses.

En síntesis, la actividad política y el deseo de intervenir en un proceso electoral lleva a los interesados a buscar una denominación y un símbolo que los identifique y que sea atractiva frente a los potenciales electores, y

que además cumpla con las exigencias de ley en cuanto a la oportunidad de su inscripción y a su carácter distintivo. Ello también ocurre con los signos mercantiles, en este caso vinculados a determinados productos o servicios que estarán presentes en el mercado y que buscan ser atractivos para los consumidores. En términos generales, la regulación aplicable a los signos mercantiles- que son muchísimos más numerosos que los símbolos políticos - tienen una antigua regulación y una práctica muy acotada, que hace que generalmente se encuentren consolidados y bien protegidos. Ello no ha ocurrido con las denominaciones y símbolos políticos, porque si bien hay un nuevo reglamento para su inscripción, la práctica ha hecho que sean confundibles en muchos casos y que ello no facilite, sino que confunda al elector en su decisión al momento de votar en el acto electoral. Como hemos señalado, algunas de las disposiciones sobre signos mercantiles deberían en el futuro adaptarse al mundo de la política y a las exigencias propias de los procesos electorales, con el propósito que el interés público esté debidamente resguardado.

Lima, abril 2025

LAWFARE EN EL PERÚ: LA PERSECUCIÓN JUDICIAL

Anibal Quiroga León^(*)

“La guerra es simplemente la continuación de la política por otros medios”.

CARL VON CLAUSEWITZ

“Ataca al adversario donde no esté preparado, muéstrate donde no te espera”

SUN TZU

Amat victoria curam

DICHO ROMANO

“Dame seis horas para cortar un árbol y pasaré las primeras cuatro afilando el hacha”

ABRAHAM LINCOLN

(*) Profesor Principal y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCV. Abogado, Magíster en Investigación Jurídica, Profesor Principal y ex Editor General de la revista “DERECHO-PUCP” de la Facultad de Derecho de la PUCP. Profesor en el Pre y Post Grado de la USMP. Ex Profesor Principal en la Facultad de Derecho de la UL. . Ex Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (Lima-México). Investigador Becario del UNIDROIT, Roma (2002). Director del Instituto de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCV. Secretario Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado del Perú.

I. Definición de Lawfare- ¿Qué es?

El “*lawfare*” es un término anglosajón, un neologismo, que combina los significados las palabras “*law*” (ley-derecho) y “*warfare*” (guerra). Es utilizado -en su acepción política, diferente del escenario militar en el que se le dio nacimiento- en los textos actuales para describir el redescubrimiento del uso -y el abuso- de procedimientos judiciales, o del sistema jurídico en general, con fines y objetivos políticos, a menudo con el objetivo de eliminar, dañar o deslegitimar a un adversario, dentro de la lucha o lid política en los estados constitucionales contemporáneos.

En lugar de emplear armas, o la fuerza bruta, para la lucha política como en el pasado en la formación de las naciones democráticas de derecho, en que antaño se sucedían luchas intestinas, facciones o guerras civiles, en las naciones que aspiran a ser democráticas y constitucionales (que ahora siguen el *rule of de law*), hogaño se usan las leyes, los tribunales de justicia o el propio derecho internacional y sus instituciones -en una guerra más sofisticada, pero guerra al fin, hoy conocida como la “*guerra híbrida*”- para hostigar o debilitar a las naciones o sociedades que se consideren enemigos reales o potenciales, líderes políticos nacionales o extranjeros, activistas o funcionarios que nos resulten adversarios, con la finalidad de desaparecerlos del mapa político, o debilitarlos o mellar grandemente en su legitimidad social o internacional.

Esta práctica puede involucrar denuncias infundadas, investigaciones prolongadas, procesos múltiples, seriados procesos de bagatela, prisiones preventivas indiscriminadas e interminables y hasta condenas injustas a largas penas de prisión.

El adversario, entonces, es herido jurídicamente, cuando no muerto legalmente o vencido en el campo de batalla con una base de legitimidad jurídica que le otorgue la necesaria legitimidad internacional de la “guerra justa” o la “guerra necesaria”. Aunque puede presentarse como un ejercicio legítimo de la justicia, el *lawfare* se distingue por la manipulación o instrumentalización del sistema jurídico nacional o internacional (incluyendo el sistema judicial nacional o internacional) para obtener ventajas políticas y militares. La victoria militar sobre una base de legitimidad jurídica.

Hay muchos ejemplos en la historia comparada, pero a guisa de ejemplo, se puede citar el caso del presidente Jhon F. Kennedy, en los Estados Unidos, que en la “*crisis de los misiles*” en 1963, que le enfrentó

internacionalmente con Cuba y la URSS de entonces, previa a cualquier maniobra militar y su ultimátum, tuvo la necesidad de resguardarse de una resolución de sanciones de la OEA antes de proceder a la “cuarentena”.

El siempre discutido caso del presidente George W. Bush, al lado del Gral. Colin Powell, y la coalición liderada por los EEUU, para invadir Irak bajo la acusación de poseer armas de destrucción masiva (ADM) -información que se discute en su veracidad- en una alegada violación de un Convenio de la ONU de 1991 y la fundamentación en diversas resoluciones del su Consejo de Seguridad.

En el caso de la Guerra Ruso-Ucraniana, desde mediados de 2021, tanto los rusos con el Presidente Vladimir Putin a la cabeza alegan el derecho a la legítima defensa frente a una adscripción de Ucrania a la OTAN, alentado la segregación de Ucrania con las denominadas República Popular de Donetsk y la República Popular de Lugansk, al este de Ucrania, en tanto que frente a la “operación militar especial” rusa, en la mayor guerra convencional en territorio europeo luego de Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución ES-11/1 condenando la invasión rusa por ilegítima, y exigiendo la retirada rusa inmediata y total.

Todos estos ejemplos muestran claramente la utilización de la *lawfare* al lado de acciones bélicas concretas y directas, en lo que ha venido en denominarse una “guerra híbrida”.

II. Evolución (evolución general desde los atentados, desapariciones forzadas, secuestros, deportaciones, hasta ahora con largos procesos, prisiones preventivas o largas condenas y la indebida interpretación de la ley-pena)

El *lawfare*, en su acepción jurídico judicial⁽¹⁾ ha evolucionado a medida que los conflictos políticos han adoptado formas más sofisticadas

(1) “Se trata de un concepto que va un paso más allá del *ius ad bellum* y del *ius in bello*. Su ámbito no es el de la regulación de las hostilidades, ni cómo ni cuando puede apreciarse la licitud en el uso de la fuerza (...). La formulación de esta doctrina (...) se basa en la utilización del derecho, en todas sus vertientes, como herramienta, como un elemento más del que las Fuerzas Armadas pueden valerse para la consecución de los cometidos que tienen encomendados. (...) La expresión se debe al General de División Charles J. Dunlap (...) quien, siendo coronel, en una conferencia en la Universidad de Harvard en noviembre del 2001 lo definió (...) como ‘el uso del derecho como un arma de guerra’. A través de escritos posteriores (...) ha ido modulando y matizando su propia definición hasta dejarla

y menos visibles que la violencia física directa en el pasado en la formación del Estado nación basado en una Constitución.

En épocas anteriores, los regímenes autoritarios y gobiernos opresivos recurrían al atentado directo, al secuestro, a la tortura, la desaparición forzada, la deportación o expatriación forzosa de los opositores políticos como principales instrumentos de la política nacional para sojuzgar, silenciar o alejar la disidencia del opositor.

Los atentados selectivos, los paredones, los fusilamientos individuales o masivos, o la horca indiscriminada, hoy han sido sustituidos por medios un poco más sutiles, pero igualmente bárbaros al final de cuentas. Los métodos anteriores, en la hora actual, eran evidentes y fáciles de identificar como represión indiscriminada e inaceptable en una sociedad democrática que quisiera estar basada en la idea firme de una Constitución, cuando no en delitos de *lesa humanidad*, que generaron resistencia y repudio -tanto nacional como internacional- por lo que fueron dejados de lado, abriéndose una vertiente en la lucha política con la utilización de los instrumentos jurídicos ofrecidos por el propio Estado constitucional, para reconducir por ahí la disputa y el fragor de la política nacional e internacional.

Con el tiempo, y especialmente en contextos donde la necesidad de legalidad, la legitimidad constitucional y la democracia como sistema esencial de gobierno es más importante como ahora, estos métodos resultaron intolerables en una sociedad democrática que, poco a poco, fueron sofisticando más la lucha política, de modo que han sido reemplazados por el uso estratégico del sistema judicial y jurídico en general para perseguir a

*establecida en los siguientes términos: 'Lawfare se puede definir como la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional'. (...) No obstante, es cierto que la palabra en sí misma ha trascendido de los límites que quiso imponer su creador, y ha venido siendo utilizada con muy distintas acepciones (...), principalmente dotándola de una connotación negativa que trasciende de lo jurídico para entrar en la esfera cercana a la política. El ejemplo más representativo lo supone (...) 'The Lawfare Project' (...) para el cual el lawfare 'denota el abuso de las leyes y sistemas judiciales occidentales para perseguir fines estratégicos militares o políticos (...). El lawfare es inherentemente negativo. No aporta nada bueno, es lo opuesto a perseguir la justicia. Representa interponer demandas frívolas y abusar de los procedimientos legales para intimidar y frustrar a los oponentes en el teatro de guerra. El lawfare es el nuevo campo de batalla legal''. Ver en: SUBERVIOLA Gilabert, José Ramón.- *Lawfare. El uso del Derecho como arma*; en: Revista Española de Derecho Militar; No. 106, jul-dic; 2016: pp.190-191.*

adversarios políticos. El *lawfare* -en su vertiente jurídico-política permite que, bajo una fachada de legalidad y legitimidad jurídica, se encarcelen a los adversarios políticos con detenciones preventivas harto discutibles de procesos igualmente discutibles, o con largas condenas igualmente cuestionables, que se logre inhabilitar, deslegitimar o desacreditar a figuras políticas y sociales opositoras a las que hay que “*destruir*” como al “*enemigo*” a través de procesos judiciales, políticos, fiscales o jurídicos en general, aparentemente legítimos.

Esto puede incluir juicios por corrupción, manipulación de pruebas, prolongación de investigaciones sin fundamentos sólidos, reapertura permanente de investigaciones policiales o fiscales bajo el pretexto de que no generan cosa juzgada judicial, largas e interminables investigaciones por “*lavados de activos*” -autonomizados y sin delito fuente, con todas las consecuencias colaterales que eso trae- o “*enriquecimiento indebido*”, imputaciones leves por “*organización criminal*” (el caso del ex presidente Pedro Pablo Kuczynski o de la ex Fiscal de la Nación Patricia Benavides i.e.) y demoledoras campañas mediáticas direccionadas y alineadas con el aparato judicial-fiscal.

Así, los jueces, fiscales y, en general, todos los operadores jurídicos del sistema, aparecen como los nuevos protagonistas de la política nacional, jalonando el día a día de la contienda, la lucha y el pulso político de una sociedad que pretende estar viviendo en Democracia Constitucional y en un Estado de Derecho basados en una Constitución -*rule of the law* y *government by laws*- como un modo de superación de las formas autocráticas que pretenden ser ahora abandonadas -*government by men*-.

A diferencia de los métodos anteriores, esta forma de represión es más sutil y mucho más difícil de identificar y denunciar, ya que se presenta como parte del Debido Proceso y del acceso irrestricto a la Tutela Judicial efectiva de jueces y tribunales de justicia, como la extensión del ejercicio de un derecho fundamental⁽²⁾. Esto ha permitido que el *lawfare* sea utilizado en democracias modernas y países donde la represión física directa sería más difícil de justificar. En muchos casos, el *lawfare* se aprovecha de las

(2) QUIROGA LEON, Aníbal.- *El Debido Proceso Legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos -Jurisprudencia-*; Idemsa, Lima, 2014, 2da. Ed.

debilidades del sistema judicial y de la influencia política sobre jueces o fiscales.

Pero no hay que olvidar que todo derecho legítimo puede ser objeto de un abuso del derecho (*Uti, non abuti*), lo que, al ser una contradicción en sus propios términos, termina siendo recusado por el propio Derecho. En el abuso del derecho, el inicio de la acción es legítima, pero su destino es claramente ilegítimo, viciando el corazón del derecho mismo.

En resumen, la evolución ha sido de la represión física abierta (muertes extrajudiciales -masivas o selectivas-, desapariciones forzosas, expatriaciones, deportaciones, tortura física o moral), hacia una represión sutilmente encubierta dentro del sistema jurídico -su instrumento, su arma-, donde las leyes, su manipulación y los tribunales -con su uso abusivo e intencionado- se han convertido en el nuevo campo de batalla para disputas políticas y control social en la actualidad, y el descrédito político, social, familiar y personal que eso trae consigo, cuando no la propia afectación económica (costosos gastos de defensa, desposesión de bienes, embargos, incautaciones, confiscaciones, “*extinción de dominio*”, etc.)

III. Contexto peruano (Ministerio Público-Jurado Nacional de Elecciones-Junta Nacional de Justicia-Congreso de la República)

En el Perú vivimos bajo la Constitución de 1993, que ya ha cumplido más de 30 años de vigencia ininterrumpida, más allá de los avatares que ha soportado estoicamente, las marejadas y los vientos de fronda.

Pero ha tenido la suficiente capacidad homeostática de resistencia para no romperse, no quebrarse y poder resistir las muy variadas crisis políticas y constitucionales que han acontecido en los últimos tres decenios, algunas realmente severas como la que quiso protagonizar el expresidente Pedro Castillo el 7 de diciembre de 2022, que terminó con su relevo constitucional por vacancia presidencial declarada por el Congreso por atentar contra la Constitución, la democracia y rebelión, su inmediato juzgamiento en flagrancia y su posterior encarcelamiento, situación en la que continua hasta la fecha por los graves cargos de haber atentado contra el Estado de Derecho al intentar dar un nuevo “*autogolpe de Estado*”, al estilo del expresidente Alberto Fujimori, pretendiendo asumir, por sí y ante sí, todos los poderes del Estado en su sola mano cerrando el Congreso, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público y los demás órganos constitucionales

autónomos. Es decir, acabando de un plumazo con la esencial separación de poderes, invocando para ello -como Comandante Supremo- el necesario apoyo de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, el que -sin embargo- le fueron negados desde el primer instante⁽³⁾, siendo detenido -camino a su asilo en la Embajada de México- por su propio cuerpo de seguridad policial y conducido por este hacia el centro de detención preventiva.

La indebida interacción entre estas instituciones ha generado un clima de desconfianza mutua y de luchas intestinas, tratando de alterarse el sistema político y constitucional. Las investigaciones contra presidentes y altos funcionarios, la destitución de Magistrados judiciales y del Ministerio Público y la manipulación del aparato judicial han creado un contexto de evidente *lawfare* como una herramienta jurídico-judicial para la lucha dura y madura por hacerse del control político.

La politización del sistema judicial, y la indebida intervención del Congreso en investigaciones judiciales, han incrementado la percepción de que el *lawfare* es una estrategia común en la política peruana, socavando la confianza en las instituciones democráticas y la propia estabilidad política.

Ciertamente, de ello no se salvan ni los ministros de Estado, ni los congresistas de la República, ni ninguna de las altas autoridades de la República, ni siquiera la misma presidenta de la República, desde socavar su legítima autoridad constitucional con un interinato que no le calza conforme a la Constitución, hasta una serie de Carpetas Fiscales (sumarios) en gran número, hasta haber sufrido el allanamiento fiscal-policial de su vivienda personal. Sin contar con las varias requisas que se han efectuado en los ambientes del propio Palacio de Gobierno, sede del Poder Ejecutivo, desde el 2019 hasta la actualidad.

Es así que, a partir de que la presidenta Dina Boluarte asumió el poder constitucionalmente en diciembre de 2022, se le abrieron una serie de acusaciones por delitos cometidos en contra de los manifestantes, quienes ejercieron fuerza social ante la negativa de aceptarla como presidenta luego del autogolpe de Pedro Castillo.

(3) Véase QUIROGA LEON, Aníbal. - *La Constitución Maldita*. Centro de Estudios Constitucionales, Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Libro de Ponencias, Tomo I, pp. 23. Año 2023.

Producto de aquel enfrentamiento entre manifestantes con las Fuerzas Armadas peruanas, murieron 49 personas y 937 heridos⁽⁴⁾. Luego del ataque, las altas autoridades, como la presidenta y sus ministros, fueron denunciadas tanto en instancias nacionales como internacionales, alegándose una supuesta obstaculización de investigaciones y haber dejado a los casos en situación de impunidad.

Es así que ahora, Dina Boluarte y la que fuera su cartera de ministros en ese momento, enfrentan graves acusaciones en la Corte Penal Internacional⁽⁵⁾.

El tema de la ley penal aplicada por una constitucionalmente prohibida analogía en casos anticorrupción (el caso del llamado "*extra-neus*", la pugna eterna irresuelta entre el *activismo vs el garantismo*, la llamada "*guerra civil ideológica*", la aplicación indebida desdoblada de la Ley Procesal Penal y la Ley Penal Sustantiva en conflicto con la prohibición constitucional y convencional de la retroactividad en materia penal, la indiscriminada aplicación de la ley penal por analogía, la "*imprescriptibilidad de los delitos*" y la actualidad del debate de la aplicación de la figura típica de la *lesa humanidad* recién incorporada a sistema penal peruano a partir de 2003, pero aplicada por jueces y fiscales de la justicia civil a militares y policías por actos y hechos ocurridos con anterioridad, desde 1990.

En resumen, no queda duda que hoy el *lawfare* en la vida política del Perú ha evolucionado en un ambiente donde la fuerte y permanente tensión entre el Legislativo, Ejecutivo y el Sistema Judicial -en general- es muy crítica y hay momentos en que parecería que el propio sistema político pudiere colapsar en una evidente *judicialización de la política o politización de la justicia*.

Las acusaciones de manipulación del Poder Judicial para objetivos políticos se han vuelto frecuentes, lo que refleja una batalla por el poder entre las principales instituciones del Estado.

(4) Véase <https://www.fidh.org/es/temas/justicia-internacional/corte-penal-internacional-cpi/peru-en-la-mira-por-crimenes-de-lesa-humanidad-el-gobierno-de>

(5) Véase <https://elpais.com/america/2024-06-26/dina-boluarte-denunciada-ante-la-corte-penal-internacional-por-el-asesinato-de-49-manifestantes.html>

El resultado de todo ello es impredecible. Por un lado, se requiere una fuerte y sólida administración de la justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional) que otorgue seguridad jurídica, la más apropiada interpretación y actualización constitucional, seguridad jurídica para las inversiones nacionales y extranjeras, estabilidad social, acceso a la justicia, celeridad jurisdiccional y sentimiento de justicia, a fin de colaborar a consolidar un cada vez más consolidado Estado de Derecho Constitucional.

Por otro lado, se necesita que el Estado de Derecho Constitucional de Derecho aleje la tentación de un mal funcionamiento del sistema, de una indebida utilización política de sus esencias y, al mismo tiempo, forje el respeto de la clase política por las formas jurídico-judiciales, evitando su mala utilización como instrumento indebido de la lucha y competencia por el lograr el poder político bajo las reglas diferentes a las que imponen la democracia. Es decir, solo a través del voto ciudadano, sin la manipulación del sistema jurídico judicial.

Ese delicado y frágil equilibrio, esencial en una verdadera democracia constitucional, es aún una tarea pendiente de consolidar corriendo ya el primer quinto del Siglo XXI.

IV. Conclusiones

En suma, el *lawfare*, entendido como la utilización del sistema jurídico para fines políticos, se ha consolidado en el contexto peruano como una herramienta sofisticada para desacreditar y eliminar adversarios políticos. A lo largo de los años, esta práctica ha evolucionado desde métodos represivos físicos y humillantes, hasta estrategias jurídicas menos evidentes, aprovechando debilidades del sistema judicial y manipulando los procedimientos legales. La politización de la justicia ha exacerbado la desconfianza pública y ha afectado la percepción de imparcialidad en el Poder Judicial.

En Perú, el uso del *lawfare* se ha manifestado a través de la judicialización de la política, generando tensiones críticas entre los poderes del Estado. Ejemplos recientes incluyen el caso de Pedro Castillo, cuyo intento de golpe de Estado culminó en su destitución y posterior encarcelamiento, y las acusaciones contra la presidenta Dina Boluarte y sus ministros por las muertes de manifestantes durante los enfrentamientos tras asumir el

poder. Estos casos ilustran el uso del sistema jurídico como un campo de batalla político.

Para consolidar un verdadero Estado de Derecho y evitar el colapso del sistema político, se requiere de una justicia sólida, imparcial y eficiente, alejada de la manipulación política. Es necesario respetar las formas legales y evitar el uso indebido del sistema jurídico como arma política. Solo así se podrá garantizar la estabilidad democrática y la confianza en la institucionalidad del Estado.

En definitiva, la lucha por el poder en el Perú ha encontrado en el *lawfare* un mecanismo que pone en riesgo la consolidación de la democracia constitucional de derecho, planteando como tarea pendiente el fortalecimiento del equilibrio entre los poderes del Estado y la transparencia en la administración de justicia.

NOTAS

ELÍAS DÍAZ Y LA RENOVACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA Y POLÍTICA DE LA ESPAÑA ACTUAL

Antonio Enrique Pérez Luño^()*

El reciente fallecimiento del profesor Elías Díaz (1934-2025) ha supuesto la desaparición de una de las figuras más relevantes e influyentes de la Filosofía del Derecho, así como de la cultura jurídica y política española de nuestro tiempo. La trayectoria vital de una figura del pensamiento implica un esfuerzo constante por mantener la fidelidad a su vocación. El contexto histórico en el que desde su nacimiento y en su periodo de formación se ve abocado a desarrollar esa vocación se compone de corrientes diferentes intelectuales, morales y políticas. De éstas, algunas son favorables y contribuyen positivamente a la decantación de sus ideas y actitudes, otras, por el contrario, le son adversas y frente a ellas se ve obligado a afrontar determinados riesgos. La vida de un intelectual es, por tanto, una precisa ecuación entre su empeño por realizar su vocación y las circunstancias que influyen para que pueda cumplirla.

Entre los factores favorables que influyeron en la decantación vocacional de Elías Díaz debe mencionarse el magisterio recibido del profesor Joaquín Ruiz-Giménez, durante la realización de su licenciatura en Derecho realizada en la Universidad de Salamanca. Luego fue becario del Colegio de España de Bolonia, en cuya Universidad, bajo la dirección de Felice Battaglia, presentó en 1960 su tesis sobre *La teoria dello Stato e il problema*

(*) Profesor Emérito de la Universidad de Sevilla

etico-ontologico degli enti collettivi. Tesis doctoral que fue galardonada con el Premio Vittorio Emanuele II. En Italia tuvo la feliz oportunidad de conocer y entablar una relación académica y personal, mantenida a través del tiempo, con el profesor Norberto Bobbio quien influyó decisivamente en su concepción iusfilosófica así como en su actitud política.

Junto a esas disposiciones favorables, Elías Díaz tuvo que afrontar las limitaciones de expresión cultural propias de la situación política dominante impuestas por el régimen de Franco. Elías Díaz acusó a la tendencia iusnaturalista neoescolástica de haberse difundido, en régimen de cuasi-monopolio, en el contexto filosófico-jurídico español en aquellas décadas de “autoritarismo católico”.

La aproximación a la filosofía y la teoría del Derecho en la España del siglo XX revela, en su último periodo, una situación de tránsito, de revisión crítica del pensamiento del pasado inmediato y de algunas incertidumbres. La desconfianza hacia el iusnaturalismo y la falta de arraigo del positivismo jurídico, así como la denuncia a determinadas implicaciones ideológicas conservadoras subyacentes a ambas tendencias, impulsaron a algunos teóricos y filósofos del derecho, entre los que debe destacarse la actitud de Elías Díaz, a situar su punto de reflexión más allá de estas dos concepciones tradicionales.

El compromiso y el pensamiento más elaborado y decidido en esta tarea de revisión crítica del inmediato pasado, así como la propuesta de una concepción innovadora de la Filosofía y la Teoría jurídica, acorde, con las exigencias de nuestro tiempo, se debe, en gran medida, a la actividad formativa y a la obra de Elías Díaz.

Elías Díaz, en su *Sociología y Filosofía del Derecho*, texto que constituyó una corriente de aire fresco respecto a los angostos límites de los manuales hasta entonces vigentes en la disciplina, concibe la Filosofía del Derecho como teoría crítica del Derecho y de la justicia; esto es, como teoría crítica de los sistemas de legalidad y de legitimidad. A partir de esas premisas entiende que ni el positivismo jurídico, ni el iusnaturalismo, pueden dar una respuesta realista a los problemas de una filosofía jurídica que pretenda tener un sentido totalizador (no fraccionado, ni fraccionante) y crítico (no limitado a la exégesis de lo dado).

Recordaba Elías Díaz que la respuesta del positivismo al problema de la ley injusta se sitúa en un nivel subjetivista y puede desembocar en

la actitud escéptica que insiste en la imposibilidad de cualquier confrontación racional entre los diferentes sistemas de valores y concepciones del mundo, y que viene a situar a todos ellos en el mismo plano de igualdad o indiferencia por lo que a la justicia de sus normas y principios se refiere.

Frente a dicha tesis el mejor iusnaturalismo propone confrontar las diferentes concepciones del mundo, sistemas de valores y sistemas de legitimidad, con algún criterio objetivo que impida la caída en un absoluto relativismo. Pero si tal pretensión se halla suficientemente justificada, no ocurre lo mismo con el método para lograr esa objetividad, ya que, en opinión de Elías Díaz, lo que caracteriza al iusnaturalismo es el propósito de situar ese criterio-básico objetivo en la misma naturaleza humana, entendida como algo inmutable y uniforme, de la que se pretende extraer los principios rectores del obrar social, esto es, los criterios para fundamentar la racionalidad de la praxis.

Como alternativa propone el pluralismo crítico y el humanismo real como valores centrales de la filosofía jurídica de nuestro tiempo, considerando que ello no implica la recaída en una nueva forma de iusnaturalismo. Pues, a diferencia de la inmutabilidad y absolutización de los contenidos normativos implícita en el iusnaturalismo, aquí se parte de un criterio legitimador histórico y empírico: la opinión de las mayorías como principio democrático más acorde con los postulados de una verdadera soberanía popular.

Advirtió Elías Díaz que junto al positivismo tradicional caracterizado por su formalismo técnico-conservador y su pseudo neutralismo valorativo, debe reconocerse la aparición en la actualidad de un positivismo más crítico, cuya ideología responde a la democracia-liberal y que permite la valoración del Derecho positivo por parte del jurista, quien, aunque tenga como función primordial la interpretación y aplicación de las normas, puede también “decir no” a un Derecho por él considerado injusto. Pero, en todo caso, la respuesta del positivismo al problema de la ley injusta se sitúa en un nivel subjetivista y puede desembocar en la actitud escéptica que insiste en la imposibilidad de cualquier confrontación racional entre los diferentes sistemas de valores y concepciones del mundo y que viene a situar a todos ellos en el mismo plano de igualdad o indiferencia por lo que a la justicia de sus normas y principios se refiere.

La concepción de Elías Díaz no dicta demasiado de determinadas corrientes del neoiusnaturalismo o del iusnaturalismo crítico, con las que personalmente me siento más afín. Debe tenerse presente que desde esas concepciones el Derecho natural no se concibe como un código eterno e inmutable, trascendente a la historia, sino el Derecho natural de una razón que no niega la historia. Desde esas premisas, se `prosigue la enseñanza de Giambattista Vico, para quien el Derecho natural es universal, pero se realiza en la historia y se manifiesta en las instituciones jurídicas de los pueblos, alcanzando forma racional en la última fase del progreso de las naciones.

Para el neoiusnaturalismo crítico, los valores, siguiendo la distinción de Ortega y Gasset entre ideales y arquetipos, se inscriben en el ámbito de los segundos. Los conceptos ideales son categorías de estricto deber ser; se trata del puro deseo sobre cómo deberían ser las cosas para su perfección. El arquetipo, por el contrario, hace referencia a aquellas realidades que nos parecen las mejores, o sea, a manifestaciones empíricas de perfección.

La noción de Derecho natural de estas nuevas tendencias iusnaturalistas, estimo que se sitúa, por tanto, en el ámbito de los arquetipos y no en el de los ideales. No huelga recordar que, el sistema del *Common Law* supone la expresión empírica e histórica en la que se han concretado y expresado determinados principios del Derecho natural. Determinados valores y principios del Derecho natural se hallan consagrados hoy por la jurisprudencia constitucional de los Estados de Derecho. Por ello, esas tendencias, consideran que el contenido de la justicia se halla integrado por los valores de dignidad, libertad e igualdad, así como por el catálogo de derechos humanos que los desarrollan.

Se ha indicado con tanta reiteración que hasta parece demasiada que el pensamiento jurídico no existe, ni es inteligible, si se le contempla al margen de las circunstancias políticas, culturales y sociales que delimitan su contexto espaciotemporal. Las doctrinas y obras de una determinada etapa de la filosofía y de la teoría jurídica no pueden comprenderse al margen de un determinado sistema de vivencias colectivas. Cualquier ensayo, o cualquier libro de filosofía del derecho, si queremos entenderlos de verdad, nos hace rebotar del texto escrito al orbe dinámico de unas determinadas experiencias vitales. Sólo después de indagar en su circunstancia podemos volver al texto escrito, con la pretensión de entenderlo con cierta claridad, o sea, con ciertas probabilidades de saber lo que quiere decir. Las

circunstancias de un determinado periodo son, en definitiva, las claves que permiten, si se las conoce adecuadamente, comprender el significado y alcance de las teorías propias de esa coyuntura histórica.

La Guerra civil, tras su fin, determinó el exilio de filósofos y teóricos del derecho relevantes. Supuso también la instauración de un sistema político hostil a la libertad de ideas y de crítica, que son ingredientes básicos para un desarrollo normalizado y fecundo de la cultura y, por tanto, de la cultura jurídica. En esos *Años de penitencia*, por decirlo en los términos que titulan uno de los volúmenes autobiográficos de Carlos Barral, no faltaron voces y actitudes que, como la de Elías Díaz, y asumiendo el consiguiente riesgo, fueron testimonio vivo reivindicador de valores éticos, políticos y jurídicos opuestos a aquella situación. Esas personalidades iusfilosóficas impulsaron y, en ocasiones, vertebraron, con su quehacer intelectual y su ejemplaridad cívica, el tránsito a la democracia.

Esas circunstancias deben tenerse presentes para calibrar el impacto del significado histórico que tuvo el texto de Elías Díaz que alcanzó mayor difusión dentro y fuera del ámbito académico. Me refiero a su libro *Estado de derecho y sociedad democrática*. En dicha obra se expresaba de forma inequívoca que no todo Estado en el que existen leyes es un Estado de Derecho, para adquirir tal cualidad era necesario el reconocer determinadas exigencias jurídico-políticas: soberanía popular, división de poderes, garantía de los derechos fundamentales... Ninguna de esas exigencias se cumplía en la España de Franco y, por tanto, se desautorizaba abiertamente la pretensión de que dicha forma política fuera un auténtico Estado de Derecho. Por ello, no debe extrañarnos, que, en aquella situación política, la obra fuera secuestrada y supusiera para el propio profesor Elías Díaz el confinamiento y su reiterada postergación académica. La obra tuvo un gran impacto entre los jóvenes universitarios, entre los intelectuales progresistas, así como entre todas aquellas personas que asumían una actitud crítica frente al Régimen entonces vigente.

El estilo claro y comprometido con el que Elías Díaz trató el significado del Estado de Derecho proporcionó a la obra, en años sucesivos, un amplio ámbito de expansión. No solo los juristas y politólogos se sintieron interesados por ella, cualquier intelectual y cualquier ciudadano con inquietudes sociales o políticas podía entenderlo y recibir del libro *Estado de Derecho y sociedad democrática* fecundas sugerencias. Las sucesivas ediciones de esta obra dan la mejor prueba de esta aseveración.

El entendimiento de la peculiaridad de los temas abordados y de las perspectivas de enfoque que caracterizan la filosofía y la teoría del derecho españolas de estos últimos años es inseparable de las nuevas circunstancias en que se ha ubicado su desarrollo. El cambio político acontecido en nuestro país, al declinar la década de los años setenta del pasado siglo, supuso la sustitución de un régimen autoritario por un Estado de Derecho. Tal circunstancia ha influido, directa y decisivamente, en el horizonte de actividades e investigaciones de los filósofos del derecho actuales.

En ese clima de interés por la hermenéutica y exposición de la temática constitucional se suscitó el cordial diálogo (Elías fue uno de los principales promotores de la Editorial y de la Revista “Cuadernos para el Diálogo”) que sostuve con el profesor Elías Díaz en relación con el alcance del artículo 1.1 de nuestra Ley de leyes de 1978. Hacían referencia nuestros respectivos argumentos al significado de las nociones de Estado social de Derecho y Estado democrático de Derecho que figura en dicho texto. Esa problemática fue abordada en la 8ª ed., publicada en 1981, de su *Estado de Derecho y sociedad democrática*, y mi texto *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, obra elaborada con la colaboración de los profesores José Luis Cascajo, Benito de Castro y Carmelo Gómez Torres, así como mi libro *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*. Implicaría incurrir en un exceso de prolijidad y en una reiteración innecesaria, que aquí no procede, reiterar las consideraciones expuestas por nosotros en la defensa de nuestras respectivas tesis.

No sería lícito omitir la relevante contribución de Elías Díaz a la historiografía de la cultura española contemporánea. Su decidida reivindicación del krausismo le llevó a propiciar un estudio renovador y orientado a recuperar el liberalismo español, representado por Francisco Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza. Especial interés reviste, en este aspecto su libro *La filosofía social del krausismo español*. No reviste menor interés su relectura del pensamiento de Miguel de Unamuno. Su libro *Revisión de Unamuno* constituye un penetrante análisis crítico del ideario cultural, social y político de quien fuera célebre Rector de la Universidad de Salamanca y uno de nuestros pensadores y literatos de mayor proyección y celebridad.

La fecundidad de las ideas y de la obra de Elías Díaz forzosamente debían traducirse en un fértil magisterio. Ha sido, sin resquicio a dudas, el filósofo del Derecho que ha desempeñado con mayor acierto e influencia

la labor de maestro de una entera generación de filósofos del Derecho españoles. Desde su Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid su magisterio ha irradiado, por el rigor y virtualidad de sus ideas, a cuantos, en estos últimos años, hemos dedicado nuestro quehacer a la docencia e investigación de las disciplinas iusfilosóficas. Ese magisterio ha tenido su proyección más inmediata en quienes han sido sus más directos discípulos. Los nombres de Manuel Atienza, Liborio Hierro, Francisco Laporta, Pablo de Lora y Virgilio Zapatero, entre otros, son muestra elocuente del prestigioso núcleo iusfilosófico formado en torno a la figura del maestro. Entre los filósofos del Derecho españoles de su generación mantuvo siempre una entrañable relación de amistad con los profesores Luis García San Miguel y Gregorio Peces-Barba.

Gozó también de la circunstancia favorable del apoyo y el cariño que, en todo momento, le brindó su entorno familiar. Mención especial debe hacerse de la admirable presencia siempre a su lado de su mujer Maite quien, durante más de seis décadas de existencia compartida, le ofreció constante lucidez, comprensión y afecto plenos.

Sus enseñanzas pervivirán entre cuantos tuvimos la fortuna de conocerle y recibir el influjo de su saber y de su ejemplo. Es notorio que pervivir es vivir, de ahí, que la figura prócer de Elías Díaz mantendrá intacta la impronta de su vitalidad entre nosotros.

La muerte, al culminar la andadura de un pensador, desvela su más auténtica y plena realidad. Como toda cima, la muerte es atalaya que ofrece una perspectiva desde la que se clarifican y aquilatan los aspectos más relevantes de una personalidad intelectual Elías Díaz mientras vivió, no fue sólo lo que era en sí mismo, sino también lo que era en nosotros. Los principales rasgos de su carácter quedaban involucrados en nuestras propias inquietudes, afinidades y tareas compartidas. Su imagen se desfiguraba en la atmósfera densa de nuestros propios intereses; ahora retorna a sí mismo como figura histórica. La inteligencia, denuedo y compromiso político de Elías Díaz serán siempre un ejemplo para quienes fuimos sus colegas, amigos y discípulos.

LA EMERGENCIA LEGISLATIVA: LOS DECRETOS DE URGENCIA ANTE LA DISOLUCIÓN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Edgar Carpio Marcos^()*

Una constitución es el ordenamiento jurídico fundamental con arreglo al cual se estructura el Estado y se ordena a la sociedad. En su ADN hay un pacto social intergeneracional, mediante el cual una generación, a partir de su historia y cultura, plasma un conjunto de ideales y objetivos de vida comunitaria, que espera sea aceptada, compartida y hecha suya por las generaciones que la sucedan.

Para que esta pretensión de vigencia indeterminada no naufrague es preciso que se adopten una serie de salvaguardas y cuidados, tanto en el momento de su elaboración, como para que sean empleadas cuando las constituciones tengan vida propia. Solo así se explica que al plasmar esos acuerdos mínimos en su texto, pero también sus “promesas”, los constituyentes de todos los tiempos se hayan visto forzados a emplear un lenguaje sutil, encriptado, casi “esotérico”, no en el sentido en el que nosotros, los “modernos”, le asignamos a esta expresión, sino en el modo cómo la entendían los antiguos, es decir, diferenciándola del lenguaje exotérico.

Responde a ese ideal el que estas contengan ciertos arreglos institucionales que impidan que el paso del tiempo carcoma sus promesas. Fomentar una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, institucionalizar un complejo sistema de justicia constitucional, en el

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres.

que ciudadanos y tribunales participen activamente en el proceso de recreación del pacto, o establecer el poder de reforma constitucional para sortear aquellas dificultades inconmensurables mediante medios ordinarios, solo pueden entenderse en el contexto de ese gran desafío que es ínsito a toda Constitución.

También forman parte de aquellos arreglos institucionales las previsiones orientadas a establecer el modo cómo sus poderes públicos deban sortear las situaciones de anormalidad constitucional, es decir, aquellas circunstancias que puedan poner en trance la existencia misma de la Constitución (vgr. El estado de excepción). Y también la hay aquellas encaminadas a remediar las disfunciones del sistema político, que si bien no se presentan tan radicales como las que se regulan mediante el “Derecho de la anormalidad constitucional”, sin embargo, su omisión o no tratamiento puede contribuir con el rompimiento de la lógica de los antecedentes, la revolución, y a la instauración de un nuevo orden constitucional. Es el “Derecho de la crisis constitucional”.

Estas tienen diversos niveles de intensidad y se caracterizan no por regular la reacción que el sistema deberá tener frente a situaciones que pongan en trance a la Ley Fundamental, sino aquellas que afectan la funcionalidad del sistema político que ella diseña. La disolución parlamentaria o las reglas conforme a las cuales ha de desenvolverse el Ejecutivo en caso aquella se haya producido, son expresiones típicas de este *tertium genus*, un conjunto de disposiciones diseminadas por aquí y por allá con las cuales se procura evitar que la administración de la *res publica* perezca por inanición mientras no se supere las causas que lo originaron.

A este tipo de reglas pertenece, en el nivel más bajo de intensidad, el segundo párrafo del artículo 80 de la Constitución, que autoriza al Poder Ejecutivo a aprobar la Ley de Presupuesto mediante Decreto Legislativo si es que su autógrafa no es remitida por el Parlamento hasta el 30 de noviembre; un Decreto Legislativo, por cierto, cuya expedición no está sujeto a los presupuestos de habilitación de la legislación delegada que establece el artículo 104 de la Ley Fundamental para situaciones de “normalidad” constitucional.

En un nivel de intensidad más elevado de este tipo de crisis constitucionales se encuentra el que se describe en el segundo párrafo del artículo 135 de la Constitución, que autoriza al Poder Ejecutivo a legislar mediante

decretos de urgencia cuando la Cámara de Diputados haya sido disuelta por censurar o negar la confianza a 2 Consejos de Ministros. Al igual que en el caso del artículo 80, en estos casos la competencia del Ejecutivo para dictar la legislación de urgencia, durante el lapso que se prolongue la disolución de la cámara baja, no está sujeta a los límites previstos para dictarlas en situaciones de normalidad, como pueden ser cualesquiera de las que se describen en el inciso 19) del artículo 118 (que solo traten de materia económica o financiera, *verbigracia*) o, incluso, las del artículo 74 de la Constitución (que exige que mediante los decretos de urgencia no se legisle sobre materia tributaria).

Si el original artículo 135 de la Constitución suscitó algunas dudas, creo que tras la aprobación de la reforma constitucional que restablece la bicameralidad del Congreso de la República (Ley N° 31988) se ha esclarecido, en gran medida, la incertidumbre alrededor de la competencia material de tales decretos de urgencia. Los que se dicten mientras la cámara de diputados esté disuelta han de estar “necesariamente” “vinculados al normal funcionamiento del Estado o las materias propias de la política general del Gobierno”.

Entre nosotros no se ha reflexionado lo suficiente sobre el estado de cosas que subyace a este precepto constitucional. Que el Poder Legislativo esté incapacitado de ejercer la función legislativa y que esta competencia sea asumida por el Poder Ejecutivo comporta, por todo lo que dure el interregno, el establecimiento de una “dictadura constitucional”, “blanda” si se quiere, pero “dictadura” al fin y al cabo pues, entre tanto se resuelva la crisis, en un único órgano del Estado se concentra el ejercicio de las funciones ejecutiva y legislativa.

Y que tras esa concentración, algunas disposiciones de la Ley Fundamental, previstas para regular situaciones de normalidad deban entenderse suspendidas. La primera y tal vez la más relevante sea que, entre tanto la cámara de diputados esté disuelta, muchas de las exigencias derivadas de los principios de reserva de ley parlamentaria, o del principio de legalidad, según sea el caso, hayan de entenderse satisfechas a través de su regulación mediante decretos de urgencia, pues en ese arco temporal bastante delimitado, es el Poder Ejecutivo a quien la Constitución ha conferido el ejercicio de la función legislativa del Estado.

Creo que este es un tema que ha quedado claro tras la aprobación de la Ley de Reforma Constitucional (Nº 31988). Durante el interregno, el ámbito de tópicos susceptible de regularse mediante los decretos de urgencia no está circunscrito a regular únicamente temas en “materia económica y financiera” (art. 118.19), como sí sucede en situaciones de normalidad constitucional pues, como precisa el actual artículo 135 constitucional, se podrá regular cualquier aspecto vinculado “al normal funcionamiento del Estado o las materias propias de la política general del Gobierno”.

La delimitación, en positivo, del ámbito material de los decretos de urgencia deja afuera la posibilidad que el Ejecutivo regule tópicos que tengan que ver con el Parlamento en sí mismo [por ejemplo, modificaciones al reglamento parlamentario], o con competencias privativas de este [como puede ser lo relacionado con la aprobación de una reforma constitucional]. La competencia de “legislar” de manera que se asegure el ordinario funcionamiento del Estado o la implementación de la política general de Gobierno excluye, pues, la posibilidad que el Poder Ejecutivo pretenda transformarse en un poder constituyente derivado, como la doctrina suele denominar al poder de reforma constitucional, o que este realice reformas estructurales del Estado, empleando decretos de urgencia para reformar la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado previstos en la Constitución, sustituyendo de este modo a las leyes orgánicas.

Pero si estos asuntos han quedado más o menos esclarecidos, no pasa lo mismo con otros temas que planteó la disolución del Parlamento en el 2019. En particular, el problema de la fuente del derecho competente para aprobar la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República si el plazo para presentar las autógrafas y su aprobación coincide con el interregno. Como sucedía antes de que se realizara la reforma constitucional, todavía es justificado preguntarse si estas 2 importantes leyes deberían aprobarse mediante decretos legislativos -como está previsto para situaciones de crisis de baja intensidad en los artículos 80 y 81 de la Constitución-, o si, por el contrario, corresponde que tal aprobación se efectúe mediante decretos de urgencia al amparo del artículo 135 reformado.

En mi opinión, nada o casi nada ha cambiado tras la reforma constitucional que introdujo el sistema bicameral. Disuelta la Cámara de Diputados, *ex* artículo 134 de la Constitución, no hay manera que el Congreso pueda tener sesión conjunta de sus 2 cámaras para debatir y aprobar estas 2 leyes, como demandan las versiones actuales de los artículos 80 y 81 de

la Ley Fundamental. El supuesto que desencadena que la aprobación de estas leyes se efectúe mediante decretos legislativos es la *mora* u *ocio* en el que incurre el Congreso reunido en sesión conjunta de sus cámaras. Pero ese no es el caso cuando este se encuentra funcionando solo con una de sus cámaras, ante la disolución de la cámara baja. En este último trance, sucede simplemente que la cámara de senadores carece de la competencia constitucional, por sí sola, para debatir y aprobar este tipo de leyes, de modo que no son los artículos 80 y 81 los aplicables para resolver esta incertidumbre, sino directamente el artículo 135.

Por lo demás, creo que pocos temas, como son la aprobación de la ley del presupuesto y la que aprueba la cuenta general de la República, constituyen materias directamente relacionadas con el "normal funcionamiento del Estado" o vinculadas con las que son "propias de la política general del Gobierno", como sugiere el artículo 135 del "Derecho Constitucional de la crisis", que contemplado en perspectiva y al margen de las veleidades de la política diaria, no hace otra cosa sino institucionalizar un arreglo institucional para afrontar una situación de grave "emergencia legislativa".

REFLEXIONES SOBRE EL PASADO, EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LA INICIATIVA POPULAR DE NORMA

Carlos Ruiz Miguel^()*

1. Recientemente se ha publicado un breve, pero sustancioso libro por Francisco Soto y Orestes Suárez sobre la “iniciativa popular de norma”, expresión acuñada en el Derecho Constitucional chileno y que permite agrupar tanto a la iniciativa popular para la aprobación de una norma legislativa como a la de una norma constitucional⁽¹⁾. La obra de Soto y Suárez presenta un gran interés para conocer las últimas tendencias sobre la figura de la “iniciativa legislativa popular” (ILP, en adelante) y su aplicación a normas constitucionales, lo que los autores no llaman, pero nosotros nos atreveríamos a llamar la “iniciativa constitucional popular” (ICP, en adelante). Ambas figuras, la ILP y la ICP serían partes de una categoría común que sería la “iniciativa popular de norma” (IPN, en adelante).

La aportación de Soto y Suárez tiene bastantes méritos, sobre los que trataré, aunque también me suscita varias discrepancias que intentaré exponer, tanto sobre el origen de la IPN, como sobre su presente en España y en la UE, y sobre su virtualidad futura siguiendo el modelo chileno en relación a la ICP. Algunas discrepancias puntuales las indicaré

(*) Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela

(1) Francisco SOTO BARRIENTOS y Orestes SUÁREZ ANTÓN, *La iniciativa popular de norma en Chile. ¿Un trasplante normativo?*, Tirant lo blanc, Valencia, 2024, 156 págs.

al hilo de las aportaciones positivas de la obra y otras, de más entidad, las desarrollaré aparte.

La obra se divide en tres capítulos (creo que los dos últimos podrían también haberse agrupado en uno), siendo el primero el dedicado al pasado y presente de la ILP, el segundo a la ICP en los procesos constituyentes y el tercero a la ICP en el caso de los fallidos procesos constituyentes de Chile de 2021-2022 y de 2023 (como luego diré me parece cuestionable calificar así el de 2023). Todos los capítulos están ilustrados con varias tablas (10, en total) muy aclaratorias.

2. El libro parte de una distinción entre ILP “fuerte” o “directa” (la que puede obligar a que se celebre un referéndum sobre su aprobación, p. 135), e ILP “débil” o “indirecta” (que sólo obliga a que el Parlamento considere la iniciativa). Los autores toman como referente de la primera a Condorcet y de la segunda a Kelsen, y si bien en el caso de Kelsen esto no admite duda, en el caso del primero no está claro que sea así, en mi opinión. Sobre Condorcet trataremos más adelante.

Los modelos de ILP “fuerte” más caracterizados, según Soto y Suárez son Suiza, Italia y Uruguay. No obstante, la inclusión de Suiza en este grupo se hace en la obra sin matizar y diferenciar porque la Constitución federal contempla la iniciativa popular tanto para “legislar” negativamente, como para reformar la Constitución, razón por la cual no parece que Suiza pueda ser enteramente asimilada a los casos de Italia y Uruguay, cuyas

Constituciones contemplan la iniciativa popular sólo para convocar el referéndum abrogatorio de leyes de ciertas materias. Me resulta muy sorprendente que al tratar de Suiza como ejemplo de ILP “fuerte” los autores citen los artículos de la Constitución federal relativos a la posibilidad de que los ciudadanos soliciten un referéndum sobre normas constitucionales (artículos 138 y 139), pero no mencionen en ningún momento la disposición que permite la iniciativa popular para someter a referéndum las “leyes” y eventualmente los tratados internacionales (artículo 141 de la Constitución federal de 18 de abril de 1999).

Expuestos los modelos de ILP “fuerte”, Soto y Suárez analizan los ejemplos de ILP “débil”, modelo cuyo primer inspirador fue Kelsen en su “Esencia y valor de la democracia” (1920). A este respecto examinan los distintos casos en función de tres grupos de variables: la primera es la de quién y sobre qué puede lanzar una ILP, la segunda es la de cómo se

debe articular y la tercera es la de cuál es el procedimiento parlamentario de esa ILP. A este respecto los autores se muestran favorables a ampliar la legitimación para participar en una ILP a menores de edad e incluso a extranjeros (p. 43-44). No puedo sino disentir de este planteamiento. Nadie duda, tampoco los autores, que la ILP es una forma de participación política que busca remediar el distanciamiento entre representantes y representados. Por esa misma razón resulta inaceptable la inclusión de extranjeros en esta institución, ya que ni eligen representantes ni son representados por ellos. Sólo quienes tienen reconocido el derecho de "participación política", esto es, los ciudadanos, esto es, los nacionales, pueden tener derecho a participar a través de una ILP. Por la misma razón, resulta contradictorio que un menor, que no puede participar mediante el sufragio, pudiera hacerlo a través de una ILP. Ciertamente que una ILP no "decide", mientras el sufragio sí "decide", pero no parece coherente poder participar en la formación de un debate "político" en el que no se puede decidir.

Sobre esos tres grupos de variables examinan estos autores los casos de Austria, España y la UE, en Europa, y los de diversos países hispano-americanos (incluyo en el término a Brasil). La inclusión de la UE en este grupo me parece improcedente por razones que luego explicaré. Me quiero ahora centrar en el hecho de que los autores dan por hecho (Tabla 2, en la página 42 y 54) que en España se puede articular una ILP con un sistema "on-line". Esto sólo aparentemente es así, pero en realidad no lo es. Y merece la pena que nos detengamos en este punto. En 2006 se introdujo un párrafo 4 al artículo 7 de la ley orgánica que regula la ILP en España⁽²⁾ que reza "Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente". Ocurre que este precepto ha sido desarrollado por un Acuerdo de la Junta Electoral Central (JEC) de 2009⁽³⁾. Este Acuerdo establece que "la Comisión Promotora deberá comunicar a la JEC el sistema de firma electrónica que pretenda utilizar y facilitar a ésta, en el caso de que fuera necesario, el sistema utilizado para la verificación de las firmas electrónicas". O, dicho de otro modo,

(2) Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular.

(3) Acuerdo 217/2009 de la Junta Electoral Central, de 17 de septiembre de 2009 sobre firma digital a efectos de pliegos de recogida de firmas para presentación de iniciativa legislativa popular.

el Estado no facilita la plataforma para la recogida de firmas en formato digital. Debe ser la comisión promotora de la ILP la que diseñe, o contrate a sus propias expensas, un sistema de recogida de firmas electrónicas, que debe después ser validado por la JEC. Por mi propia experiencia puedo decir que un sistema que pueda cumplir estos requisitos cuesta decenas de miles de euros. Coste que los promotores deben asumir.

3. Los autores incluyen dentro del primer capítulo, dedicado a la iniciativa *legislativa* popular un subcapítulo sobre “la reforma constitucional por medio de la iniciativa legislativa popular” (p. 76-80). Una posible explicación es porque quieren distinguir las iniciativas para la “reforma” constitucional de las iniciativas para procesos “constituyentes”. Pero dejando de lado la cuestión (que más adelante se tratará) de que es cuestionable la calificación de “constituyentes” a ciertos procesos a quienes dan esa calificación (y, en especial, al chileno de 2023), lo cierto es que ni parece lógico mezclar ILP y ICP siendo su objeto materias tan diferentes ni parece lógico que, en caso de haber tomado conscientemente esa opción no se haya tratado en ese subcapítulo el caso de Suiza.

De entrada, es evidente que una norma de rango “legal” es diferente de una norma de rango “constitucional”, razón por la que creemos que debe diferenciarse una ILP de una ICP. Pero es que, además, los autores advierten que algunos de los casos estudiados (citan los supuestos de Honduras, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Italia y Lituania) “no establecen limitaciones materiales de ningún tipo”, a diferencia del supuesto (que se da en Letonia) de límites materiales a las iniciativas de introducción de normas constitucionales, prohibiéndose propuestas “inaceptables en una sociedad democrática” (p. 76). Por tanto, allí donde no hay límites materiales a la iniciativa para introducir una norma constitucional ¿podemos hablar sólo de “reforma” constitucional? Y si el cambio es sustancial ¿no estamos ante una “supresión” de la Constitución anterior y de un cambio “de” Constitución más que de un cambio “en” la Constitución?⁽⁴⁾ Y, si esto es así, ¿no debería este sub-capítulo haber sido incluido en el capítulo 2 que trata de la iniciativa en los procesos constituyentes?

Igualmente, parece difícil de explicar que no hayan ubicado su estudio sobre Suiza (p. 25-26) en este subcapítulo sobre la iniciativa popular

(4) Utilizamos las categorías acuñadas por Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Alianza, 1996, Madrid, p. 115 ss.

en la reforma constitucional (p. 76-80) siendo así que, en su tratamiento, como antes apunté, analizan los artículos de la Constitución federal que contemplan precisamente ese supuesto.

4. El segundo capítulo de la obra de Soto y Suárez trata sobre la iniciativa en los procesos constituyentes, aunque los autores también hablan de “reemplazo” constitucional, aunque quizá no sean términos totalmente sinónimos. La ICP puede ser considerada como una de las varias técnicas para facilitar la participación popular en estos procesos constituyentes o de “reemplazo” constitucional. A este respecto establecen una escala para clasificar los procesos deliberativos en los cambios constitucionales (bien sintetizados en la Tabla 8, en p. 85). Distinguen así procesos constitucionales “simbólicos”, “controlados”, de “desborde participativo”, de “apertura” y “constituyentes” (p. 86-87). Dentro de este esquema el sometimiento a referéndum de un texto constitucional es una de las técnicas (muy relevante, ciertamente) para hacer posible esa participación. Pero no sería la única técnica y de ahí que presten atención a la iniciativa popular en la redacción de la Constitución tomando tres ejemplos ilustrativos: Brasil (1988), Polonia (1997) e Islandia (2012-2013).

El caso de Brasil muestra interés porque hubo numerosas iniciativas ciudadanas para introducir normas en la nueva Constitución que se estaba elaborando tras los periodos de dictadura militar. Sin embargo, observan los autores “no se identifica incidencia literal de alguna de las iniciativas en el texto”, aunque “pueden establecerse ciertas coincidencias genéricas” (p. 92). También aluden nuestros autores al caso de Islandia (p. 94-96) que no se configuró formalmente como de ICP, pudiendo ser considerado más bien como un caso de “interacción” entre ciudadanos y el “Consejo Constitucional” encargado de elaborar el texto que luego debería someterse a referéndum consultivo y a la aprobación de un nuevo parlamento. Sin embargo, el nuevo parlamento elegido al efecto no ratificó el texto, marcando el fracaso de este proceso constituyente.

Para mí, el caso más interesante de los estudiados por Soto y Suárez es el de Polonia (p. 93-94) que es el único que, en mi opinión, puede ser calificado en rigor como un proceso popular constituyente. Tras la caída del comunismo la transición hacia un sistema político diferente vino marcada por la pugna entre los grupos que se opusieron al régimen comunista y los sectores del régimen comunista que pretendían diseñar una transición hacia un nuevo régimen. Esta pugna se tradujo en la elaboración de dos

proyectos de Constitución por vías diferentes: los sectores del antiguo régimen, controlando la legalidad, elaboraron un proyecto de nueva Constitución desde la Asamblea Nacional; los sectores de oposición, agrupados en torno al sindicato Solidaridad hicieron, de modo popular y totalmente al margen de las estructuras del Estado, su propio proyecto de Constitución. La oposición solicitó que se sometiesen a referéndum los dos proyectos de Constitución para que el pueblo eligiera uno o el otro, pero el Parlamento, lógicamente controlado por los restos del antiguo régimen comunista, rechazó (por 357 contra 36 votos) esta posibilidad. Así pues, sólo se sometió a referéndum el proyecto de Constitución elaborado por los elementos del antiguo régimen comunista que fue aprobado por una exigua mayoría del 52-7% en un referéndum en el que sólo votó un 43% del censo. Es decir, la Constitución polaca se aprobó sin el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos del censo. Este peculiar proceso de transición explica muchos de los problemas político-constitucionales de Polonia de los últimos años, en especial, las leyes sobre el poder judicial que buscaban eliminar a los jueces del antiguo régimen comunista que siguieron en sus puestos, leyes que han sido desautorizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias sentencias.

5. El tercer y último capítulo de la obra de Soto y Suárez estudia la experiencia chilena en los procesos constituyentes de 2021-2022 y de 2023 (a mi entender sólo lo es el primero). En 2019 Chile sufrió unas graves turbulencias políticas que produjeron una crisis del sistema político y que procuraron mitigarse con la convocatoria de un proceso constituyente, mediante la ley 21.000 de 23 de septiembre de 2019. Este proceso, rigurosamente democrático, se inició con un primer referéndum donde se sometió a la ciudadanía la decisión de abrir o no un proceso constituyente. Los chilenos el 25 de octubre de 2020 aprobaron, con un 78,27%, iniciar el proceso constituyente. La asamblea constituyente (“Convención”) fue elegida con una participación electoral del 78-99% del censo el 15 y 16 de mayo de 2021. La “Convención” aprobó, entre otros, un “Reglamento de participación popular” que incluyó la “iniciativa popular de norma” (IPN), como mecanismo para facilitar la participación de la ciudadanía en la elaboración de la Constitución. Un dato muy relevante, que subrayan Soto y Suárez es que “desde la perspectiva comparada destaca la completa digitalización de la fórmula chilena” (p. 106). La obra de estos autores analiza exhaustivamente las iniciativas presentadas, las admitidas y las que

finalmente fueron aprobadas e incorporadas al texto de la Constitución. Sin embargo, en el referéndum celebrado el 4 de septiembre de 2022, con una participación del 85%, el 62% de los chilenos rechazaron el proyecto de Constitución.

El fracaso del proceso constituyente de 2019-2022, llevó a iniciar un nuevo proceso, sólo aparentemente constituyente. La ley 21.533 de 17 de enero de 2023 modificó de nuevo la normativa sobre la reforma constitucional de la Constitución vigente (de 1980). Pero introdujo, en el nuevo artículo 154, una cláusula según la cual “La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales: (...)”. Esas bases eran 12 e introducían límites materiales al trabajo “constituyente” que, de este modo, quedaba limitado a ser una reforma constitucional; de ahí que no podamos concordar con los autores cuando califican a este proceso de 2023 como “constituyente”. El dato relevante es que aquí, nuevamente, el Congreso Nacional aprobó un reglamento contemplando mecanismos de participación ciudadana entre los que se encontraba la IPN. En el proceso de 2023 la IPN fue un instrumento cuantitativamente menos importante (1602 iniciativas frente a 6.105 en el proceso de 2021-2022). También aquí el libro de Soto y Suárez hace un detallado análisis de todas las iniciativas y concluye que, si bien ninguna fue “formalmente acogida”, varias terminaron “parcialmente consideradas” (p. 130). En todo caso, esas iniciativas, tal y como quedan reflejadas en esta obra, a mi juicio, fueron aportaciones de muy escasa importancia. Debe reconocerse, no obstante, como hacen Soto y Suárez, que el número de personas movilizadas y el hecho de que algunas llegaran a incidir en la deliberación del texto constitucional, son aportaciones positivas (p. 131).

6. Expuestas las líneas generales de la obra de Soto y Suárez quiero detenerme en dos puntos que me parecen cuestionables. El primero es el de otorgar la “paternidad” de la ILP en general, y de la ILP “fuerte” en particular a Nicolás de Condorcet. En 1793 se publicó un “Plan de Constitución” firmado por un “Comité de Constitución” del que formaban parte Condorcet, Gensonné, Barrere, Barbaroux, Thomas Payne, Pétion, Vergniaud y Emmanuel Siéyés⁽⁵⁾, aunque se considera que el autor fue

(5) *Plan de Constitution présenté à la Convention Nationale*, Imprimerie Nationale, París, 1793.

Condorcet⁽⁶⁾. Este “Plan” y la Constitución que contenía incluía un Título VIII con el título de “De la Censura del Pueblo a los actos de la representación nacional y del derecho de petición”. Soto y Suárez, asumiendo las tesis expuestas por Mercier que considera que la iniciativa diseñada por Condorcet conduce a un referéndum⁽⁷⁾, dan por sentado que este texto es la primera formulación de una ILP “fuerte” (p. 12, 23 y 135). Sin embargo, el mecanismo de “censura” previsto creo que muy difícilmente puede identificarse con una ILP.

Para entender el mecanismo previsto por Condorcet es necesario entender que en el modelo de la Constitución de 1793 la elección del “Cuerpo Legislativo” se hace a través de una votación a dos vueltas realizada en las “asambleas primarias” existentes en los municipios de cada provincia. El artículo I del título VIII de la Constitución de 1793 establece que “Cuando un Ciudadano crea que es útil o necesario excitar la vigilancia de los Representantes del Pueblo sobre actos de Constitución, de Legislación o de administración general, para provocar la reforma de una ley existente o la promulgación de una nueva ley, tendrá derecho a pedir a la oficina de su Asamblea primaria, que la convoque el domingo siguiente, para deliberar sobre su propuesta”. Este “acto de requerimiento” (*acte de réquisition*) sólo podrá presentarse si cuenta con la firma de 50 ciudadanos residentes en el distrito de la asamblea primaria (artículo III, del título VIII). Si se aprueba en su asamblea primaria la iniciativa se deberá discutir en las demás “asambleas primarias” del municipio (*Commune*) en donde viva el que quiera presentar la iniciativa (artículo VII del título VIII). Si las “asambleas primarias” del Municipio aprueban la iniciativa se deberán convocar las demás “asambleas primarias” de la Provincia (*Département*) (artículo X del título VIII). Sólo si la mayoría de las “asambleas primarias” de la provincia apoyan la iniciativa la misma podrá transmitirse a la Administración de la provincia la cual presentará la iniciativa ante el Cuerpo Legislativo (artículo XIII del título VIII). Si la mayoría del “Cuerpo Legislativo” apoya la iniciativa se tramitará como proyecto de ley (artículo XVIII del título VIII). Pero si la iniciativa es rechazada por el Cuerpo Legislativo su rechazo será comunicado a las “asambleas primarias” y si las “asambleas primarias” de

(6) Anne-Cécile MERCIER, Le référendum d'initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet, *Revue Française de Droit constitutionnel* n. 55 (2003), p. 483-512 (p. 486, nota 23).

(7) MERCIER, op. cit., p. 487.

alguna provincia así lo solicitan se podrá convocar a todas las “asambleas primarias” para que decidan si ha lugar a censurar al Cuerpo Legislativo revocando su decisión (artículos XX-XXI del título VIII). Si por “mayoría de votos en las asambleas primarias” se revoca el rechazo del Cuerpo Legislativo, se deberá proceder a una nueva elección de este en la que no podrán ser elegidos para esta nueva legislatura los legisladores que rechazaron la iniciativa (artículo XXII del título VIII). Si el nuevo Cuerpo Legislativo vuelve a rechazar la iniciativa presentada por las “asambleas primarias” su decisión de rechazo puede, a su vez, ser objeto de censura por el mismo procedimiento (artículo XXVI del título VIII).

Este sistema de censura también se puede utilizar para atacar las leyes que se consideren contrarias a la Constitución (artículo XXVII del título VIII) y para instar la reforma de la Constitución (artículo V del título IX de la Constitución) con la particularidad de que cuando las “asambleas primarias” de una provincia hayan promovido la reforma de la Constitución el Cuerpo Legislativo tiene obligación de consultar a todas las asambleas primarias de la República y, si la “mayoría de votantes” apoyan la reforma la misma se debe dar por aprobada (artículo VI del título IX de la Constitución).

Es también importante advertir que la Constitución de 1793 distingue la “censura” (de la que se ha hablado en el párrafo precedente) del “derecho de petición” que se configura sólo para cuestiones de interés personal privado (artículo XXXI del título VIII).

Creo necesaria la exposición de este farragoso sistema ideado por Condorcet para dejar claro que a mi modo de ver la “censura” de la Constitución de 1793 no es una ILP. Si una ILP “fuerte” es aquella que puede obligar a celebrar un “referéndum” sobre su aprobación, aquí vemos que, a pesar de lo que afirman Soto y Suárez (p. 12) en el modelo de Condorcet no se obliga a celebrar un “referéndum”, para aprobar o derogar un texto legislativo, sino para censurar el rechazo a aprobar o derogar un texto legislativo, sin que esa censura, de producirse, signifique la aprobación o derogación de este texto legislativo. En primer lugar, para aceptar esta tesis debemos asumir que los votos en las diversas “asambleas primarias” son un equivalente a un referéndum. En segundo lugar, es necesario aclarar que si la iniciativa es apoyada por el “Cuerpo Legislativo” no se impone la definición de la ciudadanía a los representantes mediante un “referéndum”, sino que la iniciativa se tramita por el propio Cuerpo Legislativo

mediante el procedimiento legislativo sin consultar al resto de “asambleas primarias”. En tercer lugar, es fundamental aclarar que si se rechaza la iniciativa por el “Cuerpo Legislativo”, lo que la ciudadanía puede hacer, a través de ese complicado procedimiento descrito, es “anular el rechazo”, pero no imponer una decisión “legislativa”, como sí ocurre cuando la iniciativa se somete a referéndum como en el modelo pionero de Suiza.

En este análisis dejamos de lado la idea sugerida por algún autor que ve en esta construcción un propósito táctico de Condorcet que podría ser no tanto el de desarrollar el papel del pueblo, sino el de acabar con el reinado del populacho⁽⁸⁾. La fórmula de Condorcet trata, en primer lugar, de canalizar las propuestas determinando “asambleas primarias” para que sólo puedan ser consideradas si son aceptadas en el conjunto de la provincia y, en segundo lugar, de neutralizar la reacción de esas “asambleas primarias” al eventual rechazo del “Cuerpo Legislativo” a sus propuestas. De esta suerte aunque aparentemente se diseña una censura al “Cuerpo Legislativo” la realidad es que el resultado puede abocar a una censura de la mayoría de la República a las iniciativas de un pequeño sector de la misma. Esta interpretación creemos que encuentra fundamento en la “Exposición de los principios y de los motivos del Plan presentado a la Convención nacional por el Comité de Constitución” que antecede al proyecto de Constitución. En esa “Exposición” queda clara la preocupación de que “ciertas porciones del territorio” puedan ejercer sobre la República una influencia contraria a la igualdad que debe reinar entre ellas⁽⁹⁾. Una alusión clara a París.

7. Tampoco puedo compartir el tratamiento que dan Soto y Suárez a la llamada “Iniciativa Ciudadana Europea” (ICE) considerándola como una ILP (aunque sea para calificarla como ILP “débil”). Esta figura, propuesta por primera vez en el artículo I-46.4 (por error la obra menciona el 47.4) del fracasado “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” fue recogida después en el artículo 11.4 del Tratado de la Unión Europea para ser desarrollada en el Reglamento (UE) 211/2011 derogado por el Reglamento (UE) 2019/788, actualmente en vigor. Sin entrar en otros aspectos técnicos de la institución, analizados con detalle por Soto y Suárez, ambos autores en varias ocasiones (p. 63, 65, 66) califican como “toma en

(8) Michel PERTUÉ, « La censure du peuple dans le projet de constitution de Condorcet », en Pierre Crepel y Christian Gilain (coords.), *Condorcet, mathématicien, économiste, philosophe, homme politique*, Paris, 1989, p. 322-332.

(9) *Plan de Constitution présenté à la Convention Nationale*, cit., p. 11.

consideración” el que la Comisión de la UE acepte examinar una ICE. La expresión “toma en consideración” naturalmente puede ser utilizada en un sentido no técnico, equivalente a aceptar estudiar un asunto, pero en el Derecho Parlamentario, y cuando tratamos de una ILP creo que ese es el marco de estudio, la “toma en consideración” es un debate inicial que lleva a cabo el Parlamento sobre el conjunto de una proposición de ley. Dado que la Comisión no forma parte del Parlamento Europeo me parece que no debería usarse esa expresión para estudiar la ICE. Creo suficiente con utilizar la expresión contenida en el propio reglamento y en las sentencias del TJUE relativas a la ICE que no es otro sino el “registro” de la ICE.

Esto nos lleva a la clave de la cuestión para determinar si la ICE es o no es una ILP. La normativa prevé que si la ICE reúne el número de firmas exigidas será registrada y publicada. Aunque el Reglamento de 2019 diga que la Comisión transmitirá la iniciativa recibida “al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y a los Parlamentos nacionales”, aunque diga que “se ofrecerá al grupo de organizadores la oportunidad de exponerla en una audiencia pública celebrada por el Parlamento Europeo” y aunque se diga que “después de la audiencia pública, el Parlamento Europeo evaluará el apoyo político a la iniciativa” (artículo 14) hay una cosa cierta e indudable: quien decide tramitar o no tramitar la iniciativa es la Comisión, principal órgano del Poder ejecutivo de la UE y no el Parlamento o el Consejo, los dos principales órganos del Poder legislativo de la UE. Lo dice claramente el Reglamento de 2019: “la Comisión recogerá en una comunicación sus conclusiones de carácter jurídico y político sobre (la ICE), las medidas que se propone adoptar, en su caso, y sus razones para la adopción o no de medidas” (art. 15.2). El Tribunal de Justicia de la UE ha dejado claro que la Comisión, sólo debe razonar si pretende convertir la ICE registrada en un proyecto normativo o si rechaza hacerlo⁽¹⁰⁾.

Esto significa que, aunque la Comisión registre una ICE por cumplir los requisitos formales exigidos, no tiene obligación de presentar un proyecto de norma ante el Poder Legislativo de la UE (Parlamento, Consejo, pero no ante el Banco Central Europeo). En consecuencia, ni por supuesto es

(10) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-418/18 P), caso “One of us”. Es importante advertir que Soto y Suárez recoge sentencias anteriores del TJUE sobre la ICE, pero no aluden a ésta que, para mí, reviste singular importancia.

una ILP “fuerte” (pues el Derecho de la UE no contempla el referéndum) ni tampoco una ILP “débil”. No podría ser de otro modo. El sistema político de la UE presenta notables carencias y una de las más llamativas es el cuasi-monopolio de la iniciativa legislativa por la Comisión. Resultaría ciertamente sorprendente que un grupo de ciudadanos pudiera tener iniciativa legislativa cuando no la posee ni ya un grupo parlamentario, sino tampoco el “Parlamento Europeo” en su conjunto o el propio Consejo de la UE.

8. Hechas estas observaciones sobre el pasado y estas consideraciones sobre el presente la cuestión final es, ¿qué perspectivas de futuro tiene la IPN, ya sea en su variante de ILP o de ICP? La obra de Soto y Suárez revela que, si bien hay modelos fallidos de ILP, como el de España, hay modelos exitosos como el de Austria. Lo mismo ocurre respecto a la ICP donde junto a modelos exitosos, como el de Suiza, aparecen otros fracasados como el de Guatemala. Otros, aparentemente exitosos como el de Chile, en la práctica tuvieron una eficacia muy discreta. A mi entender, de la exposición de todos estos casos se extrae una lección y es que los modelos de ILP “débil” terminan siendo decepcionantes en términos legislativos y, a lo sumo, son una excusa o un instrumento para hacer campañas de concienciación ciudadana sobre determinadas políticas. Sólo los modelos “fuertes”, como el austríaco o el suizo resisten, precisamente porque el esfuerzo de los ciudadanos se puede traducir en decisiones relevantes. En definitiva, las IPN “débiles” sirven para producir una galvanización momentánea del entusiasmo por un régimen político, pero terminan produciendo el efecto contrario. Por el contrario, las IPN “fuertes” refuerzan la solidez de un sistema político. En consecuencia, podemos pensar que tanto en eventuales procesos constituyentes como en eventuales futuras Constituciones sólo la inserción de una IPN “fuerte” debiera merecer la atención.

EL PROFESOR JOSÉ AFONSO DA SILVA CUMPLIÓ 100 AÑOS (30 DE ABRIL DE 2025)

Clèmerson Merlin Clève^()*

*Marcelo Figueiredo^(**)*

Nacido en el interior de Minas Gerais, en Buritizal, hijo de padres humildes, la madre, en sus labores, el padre, labrador, habiendo más tarde residido en Queima Fogo, donde su padre estableció una casa comercial, en una región bajo dominio político de Francisco Campos, el hombre que elaboró la Carta de 1937 para la dictadura Vargas, fue agricultor, panadero y buscador de metales y piedras preciosas.

Vino a São Paulo con 22 años de edad, donde ejerció la profesión de sastre, concluyó el gimnasio frecuentando el *Madureza* <curso de educación elemental para jóvenes y adultos>, completó el curso Clásico <curso de educación media> para, entonces, ingresar en la Facultad de Derecho de Universidad de São Paulo y conquistar, más adelante, por tres veces, el título de libre docente.

Autor consagrado, profesor titular y jurista más citado en el Supremo Tribunal Federal, el mayor constitucionalista brasileño de la actualidad, el mayor entre los mayores, completará, el día 30 de abril, un siglo de productiva existencia.

(*) Profesor de las Facultades de Derecho de UFPr y de UniBrasil Centro Universitário.

(**) Profesor Asociado de Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC-SP. Presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas - ABCD-sección brasileña del Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional.

Se trata de una personalidad admirable, de un *self made man* que creció continuamente, transformándose en un gigante, a partir de condiciones desfavorables, mucha determinación y fuerza de voluntad.

Es un ejemplo edificante. Como dejar de hablar del padre presente que, con Helena, de nostálgico recuerdo, compañera de todas las horas, ¿formó una familia de gente libre, creativa y preparada? El del profesional de derecho, miembro honorario vitalicio de la Comisión de Estudios Constitucionales del Colegio de Abogados de Brasil, del Fiscal del Estado, del Secretario de Seguridad Pública de São Paulo, del miembro de la Comisión Arinos o del consultor diligente y solicitado de la Constituyente de 87/88 que legó contribuciones inestimables para la Constitución que nos gobierna hace casi cuarenta años? Y de la medalla Rui Barbosa que recibió, como muy pocos, del Colegio de Abogados de Brasil, del doctor Honoris Causa de tantas Universidades que es difícil contar el del fundador de la Asociación Brasileña de los Constitucionalistas Demócratas – ABCD, que congrega a los mayores juristas brasileños y que tenemos el honor de participar? Y todo eso, diseñando una trayectoria donde solo los elegidos transitan, viene acompañado de su adhesión explícita a los valores del humanismo, del pensamiento igualitario, de la justicia social, del compromiso irrenunciable con la concretización de los derechos fundamentales y de la democracia.

En una palabra, el profesor José Afonso, como republicano auténtico y demócrata verdadero, cree y práctica, en el plan más generoso y exigente, la moralidad pública tributaria de la idea de dignidad de la persona humana.

Son muchas las facetas del notable constitucionalista a desafiar exploración en este momento. Cuidaremos de tres de ellas.

El Jurista

Escribió casi dos docenas de libros, obras que marcaron de modo indeleble la cultura jurídica nacional.

Cumple recordar tres de ellos. El *Aplicabilidade das normas constitucionais* marcó mi generación y fue decisivo para la construcción de lo que la doctrina llama de *dogmática constitucional de la efectividad*, una dogmática hoy mayoritaria en las escuelas de derecho.

El *Curso de Direito Constitucional Positivo*, con más de cuarenta ediciones, hace parte de la formación de miles de estudiantes universitarios de varias generaciones que aprendieron, con esta obra notable, a conocer las delicias y dificultades de este noble ramo del derecho.

Recuerdo, por fin, el *Comentário Contextual à Constituição*, publicación elocuente en la demostración del aliento del profesor al redactar volumen tan expresivo, con comentarios pertinentes y corajosos a cada uno de los dispositivos constitucionales.

Escribió también libros abordando el *Direito Constitucional Comparado*, el clásico *Processo Constitucional da Formação das leis*, el *Direito Urbanístico Brasileiro*, el *Direito Ambiental Constitucional*, la *Ordenação Constitucional da Cultura*, el *Constitucionalismo Brasileiro* y la *Ação Popular Constitucional*.

Se preocupó, igualmente, como jurista y ciudadano, con la formación de nuestros políticos de la base, escribiendo el *Manual do Vereador*.

En síntesis, el profesor ofrece al mundo jurídico una producción vastísima y altamente sofisticada. No hay, hoy, como estudiar la Ley Fundamental del país sin consultar la indispensable contribución del profesor José Afonso.

El Profesor

Admirado por coherencia y por la intransigencia ante valores que profesa, dedicó la vida a la *Facultad de Derecho de las Arcadas*.

Asumió varias cátedras, investigó temas de frontera, condensó el pensamiento consagrado para facilitar la vida de los alumnos y combatió el buen combate en defensa de sus posiciones siempre comprometidas con la justicia social.

Dejó, al jubilarse, un libro interesantísimo rescatando, para la preservación de la memoria de la institución, la vida y obra de los profesores que prestaron sus nombres a las aulas de las Arcadas: *la facultad y mi itinerario constitucional*.

El hombre de cultura

Todo profesor consagrado es, también, un permanente aprendiz.

No se deja aprisionar en la seguridad del suceso. Procura, al contrario, explorar nuevas latitudes. Y así es el profesor José Afonso da Silva.

Aprendiendo y experimentando, buceó en la literatura, escribiendo los romances *Buritizal: a história de Miguelão Capaégua y Dondé*.

Aprendió a tocar viola de doce cuerdas, la legítima brasileña, y maneja tan bien el instrumento a punto de ser invitado a integrar famosa orquesta de violistas, con docenas de presentaciones por los rincones de esta tierra tropical y más de una grabación en CD.

Pero no quedó en eso; formó con sus hijos un conjunto musical en el que hace solo con su viola afinada. Curioso e incontenible, fue mucho más allá, incursionando en el terreno de la crítica literaria y publicando interesante obra sobre el *Romance em Primeira Pessoa*.

El profesor José Afonso da Silva impresiona por su vitalidad, por su conmovedor gusto por la vida y por la generosa disposición de compartir su erudición.

O mejor, no impresiona, excepto a los que no conocen sus múltiples intereses y sus inusuales capacidades de concentración y de trabajo.

Concluyendo

El maestro José Afonso es un hombre gentil, acogedor, amigo de los amigos y de las causas justas, animador de los nuevos talentos, de los docentes iniciantes, teniendo siempre una palabra de estímulo, de ánimo, de aprobación.

Fueron muchas las ocasiones en las que yo, cuando joven profesor, fui blanco de su delicada atención e infinita generosidad.

Tres situaciones especiales me vienen a la mente en este momento.

La primera cuando, a pedido del entonces abogado Luis Roberto Barroso, que defendía, *pro bono*, importante causa en el Supremo Tribunal Federal involucrando la grave cuestión de los fetos anencefálicos, escribimos, a cuatro manos, parecer para reforzar, con un eslabón más, la tesis construida con brillo por el hoy Ministro de la Corte Suprema.

El profesor José Afonso no se incomodó en suscribir una pieza jurídica al lado de un abogado que estaba lejos de alcanzar su altura.

La segunda, cuando, a su pedido, presté auxilio en la realización, en Curitiba, del Congreso de Asociación Brasileña de los Constitucionalistas Demócratas - ABCD, entonces por él presidida.

En la ocasión pude ver cuanto él es respetado también fuera de Brasil.

Fueron varios los juristas provenientes de los más variados países que aceptaron participar de aquel evento grandioso, bastando para eso referir el nombre del profesor. Es claro que el exitoso evento fue concluido con una bellísima presentación de la Orquesta de Cuerdas que vino especialmente de São Paulo para aquel momento especial.

La tercera situación significativa también ocurrió en Curitiba, cuando la Facultad de Derecho de UniBrasil Centro Universitário le concedió, con absoluta justicia, el título *de doctor honoris causa* e inauguró un aula con su nombre.

Para la ocasión, entre otros juristas notables, compareció la Ministra Carmen Lúcia, viniendo de Brasília especialmente para la solemnidad de entrega, grande admiradora que es del profesor.

Fuimos, todos nosotros en la conmemoración, con gran fiesta, de su nonagésimo cumpleaños. Allí, para ninguna sorpresa, el maestro de todos los constitucionalistas brasileños subió al escenario para invitar a todos para la celebración de su centenario.

Pues bien, ese día llegó. Brindemos una vez más. Y, esta vez, aún más intensamente.

LESA HUMANIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD

Antero Flores-Araoz

Por varios lustros nuestro país ha estado bajo la agresión del terrorismo, que atentó contra la vida y la integridad de miles de personas, pero además con inconmensurable daño a bienes públicos como privados y, haciendo que nuestra población se sienta temerosa por ello.

El terrorismo fue vencido por nuestras Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que lo combatieron con las armas que les proporcionó nuestro Estado. Empero muchos de nuestros valientes soldados y policías, por su actuación de repeler a los terroristas, fueron injustamente sometidos a procesos judiciales interminables e incluso acusados de delitos de lesa humanidad.

Nuestros soldados y policías - de todos los niveles- que fueron acusados durante los años más sangrientos de la actividad terrorista por enfrentar a los “terrucos”, tuvieron también que responder por las pretensiones de algunas organizaciones supuestamente defensoras de los Derechos Humanos, así como de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso de algunas autoridades jurisdiccionales que aducían que los delitos por los que se les acusaba, eran imprescriptibles. También exponían que las disposiciones del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” y la “Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad”, eran de aplicación cualquiera que fuese la fecha de perpetración de los delitos por los cuales se acusaba a nuestros defensores de la patria.

Por lo general sustentaban su errada posición en que la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución, establecía que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Sin embargo, olvidaron que es doctrina jurídica internacional, que las normas se interpretan cuando son obscuras o confusas, pero no cuando ellas son claras.

En lo que no existen posiciones discrepantes es en la fecha de entrada en vigencia en el Perú del “Estatuto de Roma”, que es el primero de julio del 2002 y, la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad” que es a partir del 9 de noviembre del 2003.

Nuestra Ley de Leyes (artículo 109) preceptúa que las normas legales son obligatorias “desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley, que posterga su vigencia en todo o en parte”. Como se puede advertir la vigencia es hacia adelante y no para atrás. La misma Constitución (artículo 103) dispone que “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo” Estas disposiciones son también aplicables a los tratados celebrados por el Estado y en vigor, pues “forman parte del derecho nacional” (artículo 55 de la misma Constitución).

Cuando el Perú por Resolución Legislativa N° 27988 se adhiere a la “Convención sobre Imprescriptibilidad” a la que nos hemos referido, hace una importante reserva que es “para los crímenes que consagra la convención cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia para el Perú”. Esto es para adelante y sin retroactividad.

La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” determina que “Se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su contenido o denominación hecha por un Estado Con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado”.

La reserva que hizo el Perú a la Convención sobre imprescriptibilidad es a nuestro juicio válida por lo señalado en la Convención de Viena y pese a sentencia del Tribunal Constitucional que la declaró inconstitucional (STC 0024-2010-PI/TC), pues luego el mismo Tribunal Constitucional cambió de criterio y la dejó sin efecto (STC 540-2020 -PHC/TC).Y si se aprueba la ley que se tramita en el Congreso para insistir expresamente

con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad hacia el futuro y no retroactivamente, podremos estar tranquilos y dará tranquilidad a nuestros héroes que combatieron al terrorismo antes de la vigencia del Estatuto de Roma y de la Convención sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

Para concluir es bueno recordar el principio de legalidad, el que está señalado en el inciso 24-d del artículo segundo de nuestra Carta Magna, al establecer que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley ... como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Como vemos el Parlamento ha tomado el camino requerido para evitar o de ser el caso impedir, que se siga afectando a nuestros soldados y policías con acusaciones y procesos por delitos de lesa humanidad, en tiempos en que el delito no estaba tipificado en nuestra patria o cuando aún no estaban vigentes en el Perú el Estatuto de Roma y el Tratado sobre Imprescriptibilidad.

DOCUMENTOS

**RESTITUCIÓN DE LA FIRMA DE ALBERTO FUJIMORI
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
LEY N° 32265^(*)**

LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DEROGA LA LEY 27600 –LEY QUE SUPRIME FIRMA Y ESTABLECE PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL– Y RESTITUYE LA FIRMA DEL PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

Artículo único. Derogación de ley y restitución de firma

Se deroga la Ley 27600 –Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional–, y, en consecuencia, se restituye la firma de Alberto Fujimori Fujimori –Presidente Constitucional de la República– en el texto de la Constitución Política del Perú de 1993.

Comuníquese a la señora Presidenta de la República para su promulgación.

En Lima, a los siete días del mes de marzo de dos mil veinticinco.

EDUARDO SALHUANA CAVIDES

Presidente del Congreso de la República

CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

A LA SEÑORA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

(*) Publicada en “El Peruano” el 22 de marzo de 2025.

ENTREVISTA SOBRE EL GOLPE DE ESTADO^(*)

Francisco Morales Saravia

- 1. Durante su gestión en la presidencia del Tribunal Constitucional le tocó a la institución desempeñar un papel activo y trascendental frente al fallido golpe de Estado del expresidente Pedro Castillo. ¿Podría comentarnos cómo se vivió desde el Tribunal Constitucional este episodio que amenazó el orden constitucional de nuestro país y qué lección nos deja?**

En primer lugar, quiero agradecer a *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, prestigiosa revista peruana que de manera continua y permanente difunde los aspectos de la Constitución, del Derecho Constitucional y de los procesos constitucionales. En segundo lugar, mi saludo a la revista, a sus directivos y a su público lector.

Creo que, en perspectiva, y que esto se verá en el futuro, la etapa inicial de este colegiado tiene un hito en el golpe de Estado del expresidente Pedro Castillo. A mí me llena de orgullo haber sido presidente del Tribunal Constitucional en ese momento en que decidimos, en cuestión de minutos, nuestra apuesta por el régimen democrático y constitucional, como no podría ser de otra manera.

Incluso a costa de nuestra propia seguridad personal, porque, como se comprenderá, en ese momento no sabíamos cuál era la envergadura del

(1) Publicada en “Diálogo con la jurisprudencia”, núm. 316, enero de 2025 (se reproduce solo la parte pertinente).

golpe de Estado. Imagínese que, un sector de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional se hubiese plegado al golpe y yo hubiera sido detenido. Y, aún con eso, valoré y dije: si nos van a detener, nos tendrán que detener. Pero el Perú no puede vivir otro golpe de Estado.

Por ello, nosotros inmediatamente –en los primeros minutos del golpe de Estado–, hicimos declaraciones en radio Exitosa, en El Comercio, en RPP, y salimos a los medios para dar las pautas básicas de que: *i)* era un golpe de Estado, y *ii)* el presidente Castillo había dejado de ser presidente, por lo tanto, nadie debe obediencia a un gobierno usurpador. En ese momento el mensaje fue directo a las Fuerzas Armadas y Policiales: ellos no podían apoyar el golpe.

Después he analizado y comentado que estas palabras eran importantes. Imagínese que esto hubiera ocurrido en el año 1992; en esa época no había Internet ni el nivel de comunicaciones que hay ahora. Con los medios masivos y la difusión del mensaje se paró este golpe, y todas las instituciones públicas se opusieron radicalmente al mismo, principalmente las del sector Justicia estuvimos en la primera línea de defensa de la Constitución y la democracia.

¿Cuál es la lección que nos deja? Una lección positiva. Los peruanos no vamos a aceptar ningún tipo de dictadura, sea de la vertiente ideológica que sea, por usar los clásicos términos de izquierda, de derecha, de centro izquierda y de centro derecha. Lo importante es que le dimos una lección a los golpistas y a los jóvenes –incluyendo a todos los universitarios que abrazan el derecho y a los de todas las edades– que queremos un país democrático.

Para vivir en un país democrático, debemos respetar la Constitución y las leyes.

PIDEN RESPETO A AUTONOMÍA JUDICIAL^(*)

La **Sala Plena del Poder Judicial de Perú** demandó ayer garantías y el respeto a la independencia judicial, después de que la Junta Nacional de Justicia (JNJ) abrió un proceso disciplinario contra toda una sala de la Corte Suprema.

Por medio de un pronunciamiento, alertó sobre la vulneración a la independencia de los jueces y juezas, y su preocupación por el inicio de un proceso disciplinario inmediato a los integrantes de toda una sala especializada de la máxima instancia judicial, bajo el modelo de proceso inmediato.

El comunicado, leído en presencia de los integrantes de la Sala Plena, presidida por Janet Tello Gilardi, titulares de cortes superiores de justicia y de jueces que integran las diferentes salas supremas especializadas, subrayó que la independencia judicial es un pilar estructural del Estado constitucional.

“En relación con este principio institucional, los jueces y juezas están obligados a mantener y defender su independencia, así como denunciar cualquier intento de perturbación”, señaló el pronunciamiento.

Asimismo, indicó que la decisión jurisdiccional de los jueces solo es censurable disciplinariamente como falta grave ante la ausencia o inexistencia de motivación.

Añade que determinar si una motivación es aparente, insuficiente o defectuosa es una potestad propia de la jurisdicción en sede impugnativa,

(*) Publicado en “El Peruano”, Lima 12 de marzo de 2025.

y no es competencia del órgano disciplinario, más aún si trata de una resolución de la Corte Suprema de Justicia.

“No se puede ingresar a valorar la motivación de una resolución judicial ni criterio jurisdiccional como un asunto disciplinario, pues es competencia de la justicia ordinaria, pues vulnera clamorosamente la independencia judicial”, refiere el pronunciamiento.

Llamado

Por eso, la Sala Plena, máximo órgano de deliberación del Poder Judicial, hizo un llamado a respetar la garantía de la independencia judicial y reafirmó la defensa de los fueros judiciales, en todo momento y ante cualquier circunstancia.

A la vez, advirtió que estará vigilante en resguardo de las garantías judiciales y el respeto de los fueros de su jurisdicción.

Respecto al modelo de proceso inmediato, por el cual se inició el proceso disciplinario a los integrantes de la Sala Suprema Especializada, el comunicado señaló que este ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en recientes sentencias.

Competencia

El presidente de la Junta Nacional de Justicia (JNJ) Gino Ríos Patio, señaló que la apertura de un procedimiento disciplinario contra jueces supremos, entre ellos la presidenta del Poder Judicial, Janet Tello, está dentro de las competencias constitucionales de esta organización y debe ser respetado.

“No tiene como objeto asumir la competencia jurisdiccional de investigar, resolver o apoderarse de un asunto o causa que un juez viene tramitando, sino evaluar la conducta funcional de un magistrado con el fin de garantizar la correcta administración de justicia y el respeto por las normas que rigen su comportamiento”, indicó.

Mediante un comunicado, dijo que por tanto este procedimiento no es una interferencia en un proceso judicial, sino un acto legítimo dentro de las atribuciones constitucionales de la JNJ.

DETALLES

ENTRE LOS MAGISTRADOS sometidos al procedimiento disciplinario abierto por la JNJ, está la misma Tello y otros cuatro jueces supremos, investigados por supuesto comportamiento indebido por la aparente vulneración del debido proceso en un recurso de casación del 2023.

LA CASACIÓN RESPONDE a la supuesta utilización de una norma derogada en una sentencia que derivó en el pase al retiro de un oficial de la Policía Nacional.

EL CONSEJO DE Ética del Colegio de Abogados de Lima inició también un proceso deontológico de oficio contra los integrantes de la JNJ por “falta muy grave”.

JUECES DEL BICENTENARIO



Presidencia del Poder Judicial

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

Lima, 23 de Diciembre del 2024

 **Firma Digital**
Firmado digitalmente por AREVALO VELA Javier FAU 20159981216 soft
Cargo: Presidente Del Poder Judicial
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23.12.2024 14:35:58 -05:00

RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 000332-2024-P-PJ

CONSIDERANDO:

Primero. Que, es necesario perennizar el nombre de aquellos magistrados ilustres que ejercieron la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, durante los Siglos XIX y XX, a partir del 19 de diciembre de 1824, fecha en la que el Libertador Simón Bolívar declaró establecida la Suprema Corte de Justicia.

Segundo. Que, en el Siglo XIX, el doctor Juan Antonio Ribeyro Estada, ejerció la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, durante los años 1861,1870,1877,1879 – 1884 y 1886.

Tercero. Que, durante la infausta Guerra del Pacífico, sostenida con la República de Chile, las tropas de ese país ocuparon militarmente la ciudad de Lima a partir del 17 de enero de 1881, solicitándole los jefes de las tropas invasoras que restableciera el servicio de justicia, pero, el Presidente Ribeyro Estada se negó en distintas oportunidades, aun a riesgo de ser apresado y de poner en peligro su vida, así como la de sus familiares.

Cuarto. Que, el Presidente Ribeyro Estada definió la posición de resistencia al sostener que: *"El Tribunal Supremo fiel a sus tradiciones y celoso del cumplimiento de sus deberes, administrará justicia oportunamente cuando puedan conciliarse las exigencias del servicio con la independencia y decoro de uno de los altos Poderes del Estado"*.

Quinto. Que, por la manera como desempeñó la Presidencia del Poder Judicial durante la Guerra del Pacífico, el doctor Juan Antonio Ribeyro Estada debe ser calificado como el juez más representativo del Siglo XIX.

Sexto. Que, en el Siglo XX, don Domingo García Rada ejerció la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, durante el periodo 1967-1968.

Sétimo. Que, el Presidente García Rada fue un ejemplo de defensa de la independencia judicial y de honestidad, lo que originó que la Dictadura Militar que había tomado el poder el 3 de octubre de 1968, lo separase de la Carrera Judicial en diciembre de 1969, por considerarlo un magistrado que no se sometería a sus presiones y designios.



Presidencia del Poder Judicial

Octavo. Que, por la manera como desempeñó la Presidencia del Poder Judicial, el doctor Domingo García Rada, debe ser calificado como el juez más representativo del Siglo XX.

Por estas consideraciones, el Presidente del Poder Judicial, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y con cargo a dar cuenta al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. Declarar como jueces del Bicentenario de la Corte Suprema de Justicia de la República a los ex magistrados que a continuación se detalla:

- Doctor Juan Antonio Ribeyro Estada, por el Siglo XIX,
- Doctor Domingo García Rada, por el Siglo XX.

Artículo Segundo. La presente resolución será comunicada a la Sala Plena de la Corte Suprema, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación, la Junta Nacional de Justicia, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia.

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Documento firmado digitalmente

JAVIER ARÉVALO VELA
Presidente del Poder Judicial

JAV/lrd

¿EN QUÉ CONSISTE LA CALIFICACIÓN DEL ASILO? (*)

Miguel Ángel Rodríguez Mackay

Para comprender mejor y sin confusiones, jurídicamente, el caso de asilo concedido por Brasil a la ex primera dama, Nadine Heredia (NH), es necesario realizar un análisis objetivo de la norma jurídica internacional (Tratado) y de la norma jurídica interna (Constitución), que regulan la denominada calificación del asilo, que es una institución jurídica por la cual un Estado (Brasil) decide proteger a quien lo solicita (NH), al aducir persecución política. El artículo IV de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, dice inobjetablemente que “Corresponde al Estado asilante (Brasil) la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución”. Su redacción es muy clara al consagrar que únicamente Brasil cuenta la facultad de decidir si la señora NH es una delincuente o una perseguida política, es satanás o una santa, por lo que el discurso político en el Perú sobre el asilo otorgado es irrelevante. Al así establecerlo el tratado, entonces, deberá respetarse, in extremis, que Brasil haya creído que la señora NH es una perseguida política, aunque para el Estado persecutor (Perú), no lo sea, pues acaba de ser condenada, técnicamente convertida en una delincuente, ahora prófuga de la justicia peruana. Este artículo IV que estoy comentando, es la llave maestra del anterior, el III, que se viene citando a medias, y eso no es serio, pues aunque diciendo que “No es lícito conceder asilo a personas que al tiempo de solicitarlo se encuentren inculpadas o procesadas en forma ante tribunales ordinarios

(*) Publicado en “Expreso”, Lima, 19 de abril de 2025.

competentes y por delitos comunes, o estén condenadas por tales delitos y por dichos tribunales, sin haber cumplido las penas respectivas...”, prescinden deliberadamente de referir la última parte del primer párrafo, que dice textualmente: “...salvo que los hechos que motivan la solicitud de asilo, cualquiera que sea el caso, revistan claramente carácter político”. La redacción anterior, que están ocultando, explica de manera irrefutable, la inoponible y soberana prerrogativa brasileña de la calificación establecida en el artículo IV. El fortísimo y dominante argumento doctrinario que lo avala es que, siendo el asilo una institución protectora –como el refugio–, todo el tiempo se privilegia y prioriza el carácter humanitario a la hora de concederlo a quien lo solicita. La coherencia de la norma nacional o interna (Constitución Política de 1993) de un Estado (Perú) con la norma supranacional (Convención de Caracas), se puede verificar fácilmente en el artículo 36 de nuestra Carta Magna, que dice lo siguiente: “El Estado (Perú) reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante (Brasil)...”. No dice que el Perú podrá cuestionar u oponerse a la calificación brasileña. Se trata de un precepto constitucional imperativo para el Gobierno del Perú y por eso entregó el salvoconducto a la señora NH, y mandatorio, *erga omnes*, es decir, para todos los firmantes de la Convención de Caracas, incluidos Perú y Brasil. Lo que digo es puro derecho internacional, que es lo que debe importar para opinar si fue válido o no el asilo otorgado a la señora NH, guste o no guste.

RESPALDO AL TRATADO DE ALTA MAR^(*)

EXMINISTROS Y EXVICEMINISTROS DE RR.EE. SEÑALAN QUE TRATADO DE ALTA MAR NO AFECTA SOBERANÍA

Exministros y exviceministros de Relaciones Exteriores precisaron que el Acuerdo sobre la Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad Marina más allá de las jurisdicciones nacionales también conocido como Tratado de Alta Mar no afecta la soberanía del Perú, ni tiene vinculación jurídica con la Convención del Mar.

En una declaración, los exfuncionarios señalaron que es un “contrasentido” afirmar que dicho acuerdo afecta nuestra soberanía pues su mismo título hace referencia al mar que se encuentra más allá de las 200 millas.

“El tratado firmado, tal como lo indica su título, se refiere al mar situado más allá de las 200 millas, es decir a la alta mar, en la cual ningún país ejerce soberanía. Por consiguiente, es un contrasentido sostener que la soberanía del Perú esté afectada por un tratado referido a una zona marítima en la cual no existe soberanía peruana”, señala el pronunciamiento en su primer punto.

Independiente

De igual manera, aclaran que el convenio no tiene vinculación jurídica con la Convención del Mar y es, por consiguiente, independiente de esta.

(*) Publicado en “Expreso”, 12 de junio de 2025

“El artículo 5 del Tratado lo dice expresamente. Por ello varios países que no son parte de la Convención del Mar lo han podido firmar, entre ellos el Perú”, subrayan.

Exministros y exviceministros de Relaciones Exteriores indican que **este tratado tiene como propósito principal garantizar la protección de la biodiversidad en alta mar y, por ende, proteger los recursos.**

Al respecto, aseguran que el acuerdo permitirá, además, acceder a cooperación técnica y financiera, apoyar la investigación marina y el desarrollo científico para, entre otros beneficios, e impedir la sobrepesca y la contaminación.

Soberanía

El ministro del Ambiente, Juan Carlos Castro Vargas, reiteró ayer que el Tratado de Alta Mar deja en claro que no afecta las jurisdicciones nacionales porque su ámbito de aplicación está fuera de las 200 millas de soberanía del mar peruano, a fin de conservar la diversidad marina en aguas internacionales. “En el artículo 3 no se habla de la soberanía de los países, está fuera de las 200 millas, y el artículo 5 también dice que a los países que no son parte de la Convemar, como el caso del Perú, tampoco los afecta. Por varios sitios está claro que el Perú no es afectado en su soberanía”, aseguró. Preciso que el Tratado de Alta Mar o el Acuerdo para la Conservación Sostenible de la Biodiversidad Marina fuera de la Jurisdicción Nacional busca conservar la diversidad marina en aguas internacionales, establecer mecanismos para el ejercicio de las actividades de pesca en aguas internacionales y la evaluación del impacto ambiental.

DATOS

LOS EXMINISTROS Y EXVICEMINISTROS de Relaciones Exteriores coincidieron en señalar que la defensa de los intereses del Perú hace indispensable que se haga un análisis basado en los hechos, para formar una opinión ponderada y concordante sobre el acuerdo firmado por el Gobierno.

SUSCRIBEN LA DECLARACIÓN los exministros Allan Wagner, José Antonio García Belaunde, Gonzalo Gutiérrez, Ricardo Luna, Néstor Popolizio, así como varios exviceministros.

PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (2018)

DOMINGO GARCIA BELAUNDE
ABOGADO

CARGO

Lima, 31 de agosto de 2018



Sr.Dr.
Vicente A. Zeballos Salinas
Ministro de Justicia y Derechos Humanos.
Presente

De mi consideración:

Me es grato dirigirle la presente para alcanzarle la Exposición de Motivos del anteproyecto de reformas al Código Procesal Constitucional elaborada por el Grupo de Trabajo constituido por Resolución Ministerial núm.0321-2016-JUS de 2 de noviembre de 2016, dejando precisado que, mediante carta de 27 de abril de 2018, recepcionada en ese Ministerio el 3 de mayo próximo pasado, le hicimos llegar el anteproyecto fruto de nuestras deliberaciones.

Lamentamos que por diversas circunstancias que no es del caso mencionar ahora, no hayamos podido entregar oportunamente la mencionada Exposición de Motivos que, precisamente, da cuenta de las numerosas propuestas que planteamos. Y que ahora regularizamos con su entrega formal. Este texto, consensuado entre sus miembros, ha sido firmado únicamente por la secretaria técnica del Grupo de Trabajo, doctor Jhonny Tupayachi y por mí y en todas sus páginas, al cual se acompañan dos anexos constituidos por cartas que expresan dos puntos de vista que ocasionaron una discrepancia interna y que hizo necesario su aprobación por votación. Se acompañan porque entendemos que reflejan un tema en realidad complejo, que se encuentra en constante debate.

Adicionalmente queremos recordarle que el anteproyecto de reformas al Código Procesal Constitucional entregado a ese ministerio, era un documento firmado por los miembros del Grupo de Trabajo en todas sus páginas, no solo para que quedase constancia de su conformidad con el proyecto, sino porque existieron versiones previas diferentes y no todas coincidentes entre sí. La única auténtica en cuanto producto nuestro, es la que lleva las firmas en todas las páginas. Y mencionanos esto por cuanto en la página web de ese ministerio, pese a nuestra opinión, han colgado una de las versiones previas y no la que entregamos oficialmente. Por cierto, están en libertad como ministerio

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
ABOGADO

de acoger el proyecto que más les parezca, pero no es dable que presenten como proyecto final del Grupo de Trabajo lo que no es tal.

Solo nos queda agradecer al Ministerio el habernos dado la oportunidad de poder brindar nuestra colaboración en un tema de tanta importancia, así como las facilidades que nos otorgaron durante más de un año que duró nuestro trabajo.

Sin más sobre el particular, aprovecho la oportunidad para expresarle las seguridades de mi deferente consideración.

Atentamente



Domingo García Belaunde

**Exposición de Motivos del anteproyecto de reformas al
Código Procesal Constitucional preparado por el Grupo de
Trabajo creado por la Resolución Ministerial núm. 0321-
2016-JUS de 2 de noviembre de 2016**

I) Antecedentes

La Resolución Ministerial núm. 0321-2016-JUS de 2 de noviembre de 2016, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 4 de noviembre de 2016, creó un Grupo de Trabajo para revisar y proponer mejoras a las disposiciones del Código Procesal Constitucional, integrada por los siguientes miembros:

Domingo García Belaunde, que la presidirá

Juan Carlos Morón Urbina

José F. Palomino Manchego

Nelson Ramírez Jiménez

Aníbal Quiroga León

Arsenio Oré Guardia

Gerardo Eto Cruz

Se nombró, igualmente, una Secretaría Técnica a cargo de Johnny Tupayachi Sotomayor.

Posteriormente y ante la renuncia de Gerardo Eto Cruz, el Grupo de Trabajo (de ahora en adelante, el Grupo o simplemente la Comisión) quedó reducido en un miembro, de lo que da cuenta la Resolución Ministerial núm. 0329-2016-JUS de 8 de noviembre de 2016 y nombró como nuevo integrante de ella a Jorge Luis Cáceres Arce.

La Comisión se instaló el 21 de noviembre de 2016 en la sede del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, teniendo como asesor a César J. Burga Ramos hasta octubre de 2017, siendo luego reemplazado por Alex Amado quien nos acompañó hasta el final. Las sesiones se realizaron, salvo excepciones, en las oficinas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Contamos en todo momento con el decidido apoyo del viceministro Edgar Carpio Marcos y demás personal administrativo.

Tuvimos un total de 26 sesiones plenarios sin contar con las que se llevaron a cabo en grupos y por temas. El plazo originario que se nos otorgó fue luego postergado por Resolución Ministerial núm. 0195-2017-JUS de 08 de agosto de 2017 y nuevamente por Resolución Ministerial núm. 305-2017-JUS cuyo plazo venció el 1 de febrero de 2018. Por diversas circunstancias, entre ellas la redacción final y la recolección de firmas, el anteproyecto quedó listo con el oficio de 27 de abril de 2018 dirigido al Ministro de Justicia y Derechos Humanos Salvador Heresi Chicoma y recepcionado, bajo cargo, el 3 de mayo de 2018 y el cual adjuntaba todas las propuestas elaboradas por el Grupo de Trabajo y firmado por todos ellos y en todas sus páginas. Quedó pendiente la Exposición de Motivos, que ahora se presenta y que ha contado con la conformidad de todos sus integrantes. El oficio de remisión del anteproyecto debe considerarse parte integrante de la presente Exposición de Motivos, pues ahí se especifican algunos criterios formales que han orientado la revisión de todo el texto, en especial en los títulos de los artículos y en la corrección en aspectos de gramática y acentuación. Ha sido una revisión total del Código Procesal Constitucional, pero las propuestas de reforma han sido las menos.

Con anterioridad ha habido dos comisiones encargadas de preparar anteproyectos de reforma del Código Procesal Constitucional. La primera conformada mediante Resolución Ministerial núm. 0201-2009-JUS de 20 de octubre de 2009 y la segunda, al interior del propio Ministerio, presidida por Roger Rodríguez Santander y que no trascendió, parte de cuyos resultados se nos alcanzó y que fueron útiles para el debate. Lamentamos comprobar que ninguna de las dos propuestas mereció apoyo por parte del Sector Justicia y no despertaron interés alguno.

II) Pedidos de colaboración

Hemos pedido colaboración a diversas entidades tanto públicas como privadas, de acuerdo a la siguiente lista:

- Poder Judicial.
- Ministerio Público.
- Defensoría del Pueblo.
- Tribunal Constitucional.
- Jurado Nacional de Elecciones.
- Principales universidades públicas y privadas

De todas ellas anotamos lo siguiente:

1) Hemos recibido aportes del Jurado Nacional de Elecciones y del Poder Judicial.

2) El Jurado Nacional de Elecciones nos hizo llegar sus importantes contribuciones, pero en forma extemporánea, cuando ya habíamos terminado nuestro trabajo, haciendo la salvedad de que el proyecto recoge algunas de las inquietudes de dicho organismo (oficio núm. 00685-2018-SG/JNE de 20 de febrero de 2018, recepcionado el día 28 del mismo mes y año).

3) El presidente de la Corte Suprema de Justicia, Duberlí Rodríguez, nos hizo llegar su parecer a través del juez supremo Ricardo Vinatea, con quien tuvimos dos reuniones informales. No obstante, el presidente de la Corte Suprema no respondió formalmente a nuestro pedido, sino que optó por enviar directamente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso sus propias propuestas sobre el Código Procesal Constitucional, muchas de ellas mal planteadas y con desconocimiento del mundo procesal constitucional. De ella tuvimos conocimiento indirecto, pues la Comisión de Constitución y Reglamento la envió al Ministro, quien, a su vez, la puso en nuestro conocimiento.

III) Método de trabajo

En vista de la complejidad del trabajo, la Comisión decidió hacer sesiones semanales los días martes, que, en general, se cumplieron con algunas excepciones, pero al margen de ello se distribuyó el trabajo entre sus miembros, los cuales prepararon diversos proyectos que luego fueron distribuidos entre los demás para ser discutidos en las reuniones plenarias o grupales. Tuvimos además la colaboración de personas vinculadas con el quehacer de los procesos constitucionales, como es el caso de Dante Paiva Goyburu, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Luis Herrera Bustinza, egresado de la maestría de Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Ricardo Vinatea, juez supremo, quien nos hizo llegar sus puntos de vista sobre el proyecto, si bien a título personal. Se hicieron invitaciones para reuniones con diversas personas que al final no se concretaron, salvo el caso de Ernesto Blume Fortini, magistrado del Tribunal Constitucional, quien tuvo una larga reunión de trabajo con la Comisión en el mes de diciembre de 2017.

Cabe señalar que todos los temas que son propuestas de reformas han sido ampliamente debatidos entre los miembros de la Comisión y han sido consensuados y aprobados por unanimidad, lo cual no significa que estén de acuerdo con todas y cada una de las propuestas ni menos con sus detalles, sino que han considerado oportuno no insistir en algunas diferencias surgidas al interior, en aras de tener un texto realmente consensuado y con directrices comunes que se comparten en lo esencial. Y lo mismo puede decirse de la presente Exposición de Motivos. En lo que no se llegó a un acuerdo unánime fue en lo relativo a los requisitos para acceder al Tribunal Constitucional vía "recurso de agravio constitucional" relativizado desde 2014 por el llamado precedente "Vásquez Romero" y que ha creado la llamada "sentencia interlocutoria denegatoria", la que considera que ciertos casos – como por ejemplo no existir materia constitucional relevante – no tienen por qué ser vistos por dicho tribunal, procediendo un rechazo liminar, sin vista ni defensa de las partes. Este tema fue objeto de discusión y finalmente votado y aprobado por mayoría en el sentido de dejar de lado ese criterio que se considera inconstitucional y negatorio del acceso a la justicia. En este punto tuvo una posición firme y documentada uno de los miembros de la

Comisión, Arsenio Oré Guardia, quien consideró pertinente enviar una carta exponiendo sus puntos de vista con fecha 30 de enero de 2018. El presidente de la Comisión, Domingo García Belaunde respondió mediante comunicación de 19 de febrero de 2018 haciéndole llegar las consideraciones del voto mayoritario. Para una mejor comprensión de este punto que, como señalamos, fue la única diferencia sustentada al interior de la Comisión, se adjuntan ambas cartas en calidad de anexos a la presente y que servirán para ilustrar los dos puntos de vista que han sido materia de debate.

La idea que nos ha guiado en todo este trabajo, ha sido la consideración central de que el Código Procesal Constitucional fue preparado y debatido por una autoconvocada comisión de profesores que lo preparó en la década de los noventa y ,finalmente, fue aprobado y puesto en vigencia en 2004. En tal sentido, se ha considerado importante revisar todo el texto, a fin de detectar cómo se ven sus disposiciones hoy en día, viendo si es necesario y conveniente hacer precisiones conceptuales, aclarar dispositivos o actualizarlos, cubrir vacíos y sobre todo armonizarlos, en la medida de lo posible, con la jurisprudencia constitucional en lo que sea rescatable, así como el comportamiento, en veces errático, de las autoridades que han sido parte de un proceso constitucional y han sido vencidas total o parcialmente en alguno de ellos. Igualmente se ha tenido en cuenta la doctrina constitucional que se ha publicado en los últimos años.



Las consideraciones y explicaciones de las propuestas están explicadas en los párrafos que siguen, con menor o mayor amplitud, según la complejidad e importancia de cada tema. En algunos procesos relativamente nuevos y de poco uso, como es el caso de los procesos de Acción Popular y de Cumplimiento, los ajustes y afinamientos han sido mayores, pues la novedad de su introducción- por lo menos en la manera precisa como lo han sido desde 2004- han sido los que mayores problemas han creado en la práctica jurisprudencial, sobre todo a nivel del Poder Judicial, que lamentablemente en los temas constitucionales anda un poco a la deriva. En los demás casos, la explicación ha sido más bien sobria, salvo en situaciones que un mayor desarrollo lo justificaba.



IV) Formación de los jueces

Cuando se sancionó y promulgó el Código Procesal Constitucional, solo existían leyes sueltas que no constituían un corpus ordenado. El Código representó dos cosas: por un lado, establecer criterios garantistas para los justiciables, incluyendo la debida motivación en las resoluciones, y por otro, establecer que el proceso constitucional si bien seguía los lineamientos de todo proceso en general, tenía sus peculiaridades que había que respetar. Se hacía igualmente una invocación para la formación de los jueces en esta materia, como algo necesario para un mejor desarrollo de la problemática y se recomendaba la existencia de jueces especializados en lo constitucional. Lamentablemente, los catorce (14) años que han transcurrido desde la aprobación del Código no ha mejorado las cosas a nivel judicial, donde encontramos jueces que no han estudiado ni conocen la problemática constitucional y tampoco la comprenden, optando por la improcedencia al resolver los casos que se les presentan y recurriendo además a los códigos afines-procesal civil y procesal penal – no para ayudar al proceso ni al justiciable, sino para perjudicarlos. De esto es consciente la Comisión y por eso ha dedicado algunos artículos para precisarlo (en especial las notificaciones, la debida motivación, los plazos y el pedido de palabra de los abogados etc.). Y sin descartar que existan elementos humanos rescatables, que son la excepción que confirman la regla.

V) Título preliminar

Se han introducido diversos criterios tanto de orden teórico como práctico, a fin de corregir algunas situaciones irregulares o imprecisiones que se han visto en la práctica. Ellas son:

- 1) Añadir el criterio de urgencia (art. III)

- 2) Se precisan elementos adicionales para la interpretación de los procesos constitucionales, en especial los principios *in favor processum* y *pro personae*(art. V)
- 3) Se destaca y precisa el derecho de defensa, que ha sido desconocido en diversas sedes, tanto judicial como constitucional, dejando de lado prácticas formularias innecesarias con las cuales se niega el derecho a la defensa, que debe ser irrestricto (art. VI). Esta y otras propuestas similares pretenden dejar de lado prácticas abusivas como es el caso del precedente "Vásquez Romero". Se precisa que el impedimento de la defensa en los términos expuestos es causal de nulidad.
- 4) El artículo VIII señala diferencias entre lo que es un precedente vinculante y el que no lo es. Salvo estos casos, la jurisprudencia restante es simplemente orientadora, dejándose de lado la llamada "doctrina jurisprudencial" que ha sido algo errática. Se deja establecido, además, que, para establecer un precedente vinculante, debe adoptarse en Pleno y por no menos de 5 votos efectivos; de lo contrario, no podrá establecerse en cuanto tal.
- 5) En vista del uso frecuente que hacen los jueces de los códigos procesales civiles y penales en los procesos constitucionales, generalmente para dejar al recurrente en indefensión, se precisa que estos son siempre "ultima ratio" y no un expediente fácil para librarse de un proceso, como se ve a menudo. Hay que llamar la atención de que el conocimiento que tienen los jueces en materia constitucional y procesal constitucional es lamentable. Y que existen criterios suficientemente conocidos para que se falle adecuadamente, con criterios constitucionales y no civiles o penales. Y lo mismo puede decirse de las motivaciones, que se utilizan como cliché en formularios impresos preexistentes (art. X).

VI) Disposiciones generales sobre los procesos de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento

Se han introducido algunas novedades:

- 1) La necesidad de la consulta en caso de la aplicación del llamado "control difuso" y solo en aquellos que se vean en primera instancia y no sean apelados. La idea es que un criterio tan importante sea conocido, por lo menos, en dos grados (art. 3)
- 2) En el caso de procedencia de los procesos constitucionales en relación con resoluciones judiciales, se agrega que están incluidas las decisiones del Ministerio Público, pues pueden causar agravio (art. 4). Igualmente, que, en estos casos, no es necesario que los magistrados sean citados, ni menos que intervengan en el proceso, toda vez que para ello es suficiente el procurador público del sector correspondiente. La no participación de los magistrados en un proceso constitucional en estos casos, no invalida el proceso.
- 3) Se agregan causales de improcedencia (art. 5) siendo la más importante que no la pueden emplear las entidades del Estado entre sí, para evitar un vicio recurrente. Esto se ve con frecuencia en la SUNAT, que se ha acostumbrado a demandar en procesos constitucionales a otras entidades del Estado, invocando "derechos constitucionales" que decididamente no los tiene como órgano recaudador. Los problemas entre entidades del Estado no pueden resolverse recurriendo al Código Procesal Constitucional, que tiene otros fines, salvo en el proceso competencial(art.5). Tampoco proceden los procesos constitucionales cuando se ha iniciado la "tutela de derechos", que se ha incorporado al ordenamiento procesal penal (art. 5) y sobre el cual nos ampliamos en el siguiente apartado.
- 4) Si en el proceso penal existen afectaciones a derechos fundamentales, el imputado puede cuestionarlas a través de una "audiencia de tutela" o "control de plazo". Es un medio incorporado a la legislación penal que descarta el empleo del proceso de Habeas

Corpus en forma paralela o durante su tramitación. El proceso de Habeas Corpus puede usarse tan solo cuando se den las condiciones de su procedencia, como es el caso de la existencia de una resolución firme (art. 5, inc. 7). La "audiencia de tutela" no es vía previa ni tampoco vía paralela, pues toca y pertenece al proceso penal. Terminado esta, la situación es distinta.

- 5) En este artículo 7 se prescribe que debe notificarse a la propia entidad y que la intervención de los funcionarios o servidores será facultativa, por lo que su no participación en el proceso no afectará su validez, como ya se ha señalado.
- 6) Se ha cambiado el procedimiento para el otorgamiento de las medidas cautelares (art. 14) en tanto que se ha establecido la necesidad de que se corra traslado a la contraparte. Se regula que la medida cautelar se resuelva con conocimiento de la contraparte, para no limitar su derecho de defensa.

Si genera un perjuicio irreparable al demandante, se ha establecido como excepción que el juez resuelva sin correr traslado. Acorde con este planteo, el recurso de apelación que se interpone contra la resolución que declara fundada la solicitud de medida cautelar, no tiene efecto suspensivo.

- 7) La mutabilidad –también denominada "variabilidad"– supone que las medidas cautelares pueden ser cambiadas, modificadas o sustituidas, así como también revocadas cuando exista un cambio de las circunstancias que justificaron su otorgamiento. No se considera que son indefinidas ni menos que acompañen invariablemente todo el proceso en todas sus etapas (art. 15).



El artículo 16 establece exclusivamente lo relacionado con la modificación de las medidas cautelares, dejando lo relacionado con el pago de costas y costos para otro artículo. Y lo más importante es que se evita que la medida cautelar pueda subsistir incluso después de una sentencia desestimatoria de primera y segunda instancia.



Para evitar que la aplicación de una medida cautelar pueda ocasionar que el agravio se torne irreparable y que dure de manera indeterminada, incluso luego de la sentencia, se ha

establecido que la misma puede ser modificada en cualquier momento del proceso cuando todos los presupuestos o alguno de ellos hayan desaparecido.

- 8) Se señalan pautas para la integración de las decisiones (art. 11) y para los turnos judiciales (art. 12).
- 9) Se ha eliminado el trámite preferencial que se otorgaba en favor de la administración municipal o regional, pues creaba un trato diferenciado sin sustento (art. 14).
- 10) Se señala el trámite necesario que debe tener el recurso de agravio constitucional, hoy prácticamente venido a menos, en donde la vista y la defensa son de necesario cumplimiento, bajo responsabilidad (art. 18).
- 11) Se han precisado los límites de la actuación de sentencia y, además, que la medida es apelable (art. 22)

VII) Habeas Corpus

1) Se precisa, en el art. 25, inc. 2, que el conviviente, quien tiene los mismos derechos que el cónyuge, no puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar contra sí mismo, su cónyuge o conviviente.

Asimismo, se regula como excepción el derecho a no ser detenido por deudas en los casos de deberes alimentarios, de conformidad a lo establecido en el art. 2, inc. 24, lit. c de la Constitución.

- 1) La interposición de demandas de Habeas Corpus en cualquier lugar de la República, ha ocasionado el uso abusivo de este proceso constitucional. Por tal motivo, el art. 28 ha precisado el lugar donde puede presentarse una demanda de Habeas Corpus, esto es, en

donde se halle el detenido, donde se haya ejecutado la medida, se haya producido la amenaza o restricción de la libertad personal o haya sido dictada la misma o tenga su domicilio el afectado.

- 2) La obligatoriedad de las notificaciones en el proceso de Habeas Corpus se fundamenta en que permite a las partes no solo la posibilidad de conocer los términos de la resolución, sino de recurrirla dentro del plazo legalmente establecido (2 días). Es por ello que se ha precisado que la notificación al agraviado no debe ser facultativa, sino obligatoria (art. 31).

VIII) Amparo.

Es el proceso que más se ha empleado y por tanto existe mucha experiencia al respecto. Y por tanto ha merecido diversas precisiones. Aquí señalamos algunas:

- 1) Agregamos el tema de la Apostilla de acuerdo a prácticas internacionales para el caso de los no residentes (art.40).
- 2) Se hacen precisiones para la presentación de la demanda contra resoluciones judiciales y se añade la necesidad de la presentación en físico u otro medio idóneo, de la resolución final que ordena el cúmplase lo decidido y así evitar que se interpongan demandas contra procesos no concluidos (art. 42). Esto ha sido materia de reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional.
- 3) Se señala que, en el caso del cómputo para la interposición de la demanda, lo que opera es la caducidad (art. 44)
- 4) Se precisa las condiciones del rechazo liminar que en todo momento debe ser notificada a las partes (art. 48).

- 5) Se agregan aspectos relacionados con el juez competente y se añade que no procede la prórroga de la competencia territorial (art.51) así como sus impedimentos (art. 52) en donde se indica el procedimiento a seguir tanto en primero como en segundo grado. Se añade que no procede la recusación ni la abstención por decoro.
- 6) En lo pertinente al trámite, se precisan los días para la vista y para la sentencia y la necesidad de subsanar lo que sea subsanable, para no caer en dilaciones que se ven a menudo. De ser insubsanable, se declara improcedente la demanda (art. 53). La insuficiente fundamentación en la apelación (art. 57) no es motivo para su rechazo.
- 7) El artículo 58 establece los plazos y se añade un camino a seguir en el caso de discordias, que son relativamente frecuentes, con el agregado de que el interesado debe saber el motivo de ella y que además le asiste el derecho de informar durante la vista sin necesidad de ser citado(a fin de evitar la corruptela que se ve a menudo que no dejan informar al abogado cuando no pidió el uso de la palabra o cuando no lo hizo dentro del plazo que señala el Código Procesal Civil).La misma corruptela judicial se aprecia cuando hay huelgas en las cuales los justiciables no pueden entrar a los despachos judiciales, pero se cuentan tales días como válidos bajo el pretexto de que los magistrados sí trabajaban y habían ingresado al despacho, por cierto, por otra puerta, como se ha visto con frecuencia).Esto para combatir el poco interés de los jueces civiles, en general, por resolver procesos constitucionales, que no solo ignoran sino que les incomodan.
- 8) El artículo 58 ha sido reformulado en materia de ejecución de sentencias, recogiendo la experiencia existente y los problemas surgidos de ella.
- 9) El artículo 59-A crea el llamado "Proceso Constitucional Extraordinario" que es el nombre que se ha optado para el "amparo contra amparo", creado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al cual se le introduce con requisitos acotados.

- 10) Se incorpora el "Amparo Electoral", creación igualmente de la jurisprudencia constitucional, con la condición de que no interrumpa el cronograma electoral. Se crea un procedimiento especial directo ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia y luego ante el Tribunal Constitucional en plazos brevísimos y de caducidad. De esta manera, el nuevo amparo electoral puede tener alguna utilidad, pues con la tramitación normal era inoperativo, más aún cuando el "recurso extraordinario" creado por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) ha sido eliminado. La Comisión entiende que esta figura es muy importante, pues el JNE actúa con honestidad, pero en veces con precipitación tal, que en la práctica no siempre conoce lo que resuelve. Este es un medio, por cierto, que tiene carácter extraordinario.

IX) Proceso de Habeas Data

- 1) Es lo que ha merecido mayor atención por la necesidad de i) incorporar lo dispuesto en Ley Modelo Interamericana Sobre Acceso a la Información de la OEA; ii) articular el proceso con el desarrollo normativo que ha tenido el derecho a la protección de datos a partir de la Ley N° 29733, y iii) esclarecer la secuencia administrativa para acceder al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Legislativo N° 1353).
- 2) Se recoge (art. 61) lo señalado por la jurisprudencia constitucional para permitir a los jueces conocer de todas las afectaciones expresas o por omisión, renuencia o retardo por parte de las entidades públicas o de quienes administran bases de datos que brindan acceso a terceros. Se incluyen los supuestos en que el acceso o la autotutela informativa resulta denegada por decisiones sustentadas en exigencias irracionales (ej. tasas, condiciones, plazos excesivos, formalidades costosas, etc.).
- 3) Se incluye el artículo 61-A para regular explícitamente la legitimación activa en estos procesos. Y que no solo puede ser

planteada por el afectado, sino por sus representantes o herederos. O representante legal o apoderado, tratándose de personas jurídicas.

- 4) El artículo 62 no es claro y se ha prestado a malas interpretaciones por parte de la Administración. Se propone que el demandante previamente haya realizado lo siguiente: i) tratándose del derecho de acceso a la información, haber presentado la solicitud ante la autoridad administrativa y esta, de modo tácito o expreso, negado parcial o totalmente la información, incluso si la entregare incompleta o alterada; y, ii) tratándose del derecho a la autotutela informativa, haber reclamado por documento de fecha cierta y que el demandado no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes o lo haya hecho de forma incompleta o de forma denegatoria o defectuosa.
- 5) Se anota que es facultativo el trámite ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- 6) El artículo 63 original bajo el impropio título de "Ejecución Anticipada" permitía al juez constitucional de oficio o a pedido de parte, requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte pertinente. La reforma plantea el cambio de la denominación por el de "requerimiento de información".

Además, la reforma potencia la función del juez habilitándole (artículo 63-A) para dictar medidas cautelares específicas y adecuadas para estos derechos. Por tanto, puede decretar la suspensión provisional de la difusión del dato o de la información, cuando sea manifiesto su carácter falso o inexacto o si es información sensible o privada. Además, puede decretar la colocación de sellos de seguridad en los ambientes de las entidades, la incautación de la información y la verificación o reproducción de

la información, cuando se aprecie riesgo de ocultación, desaparición o destrucción.

- 7) Uno de los temas no tocados es la carga de la prueba en caso de denegatoria del derecho de acceso a la información. Por ello, siguiendo lo recomendado por la Ley Modelo Interamericana citada, se propone establecer que la carga de la prueba relacionada con la difusión de la información solicitada pueda ocasionar daño sustancial al interés público o algún derecho protegido por una reserva legal (protección de datos), recae en la autoridad pública y no en el demandante (art. 64-A).
- 8) Uno de los problemas que se suscitan en la articulación del derecho de acceso a la información con el de protección de datos, es el conflicto de derechos y la necesaria adecuación del proceso de habeas data para poder hacer partícipe al tercero cuyo acceso a la información se debate, ya que es impropio que lo defienda únicamente el Estado.

Por ello se plantea (art. 64-B) que en caso de procesos cuyo objeto sea la denegatoria del acceso a la información fundada en motivos derivados de protección de datos, estos tienen legitimación suficiente y directa para participar en el proceso. La autoridad administrativa demandada les debe notificar con la demanda.



X) Proceso de Cumplimiento

En este proceso nuevo se han hecho algunos ajustes, dada la peculiaridad en que ha sido diseñado a nivel constitucional.

- 
- 1) En el artículo 66 se han precisado los requisitos que debe tener la demanda, acorde con el objetivo del proceso, como es ser de ineludible cumplimiento, tratarse de un mandato claro, permitir individualizar el beneficiario, etc.

- 2) Se precisan los casos de legitimidad activa, o sea, contra quienes se dirige la demanda (art. 68).

XI) Disposiciones generales de los procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad.

Se hacen algunas precisiones en relación con ambos procesos que son del tipo de control abstracto.

- 1) El artículo 76 tiene una ambigüedad en relación con su objeto de control, lo que ha dado lugar a demandas contra actos administrativos, actos declarativos, actos de organización interna, entre otros, que no son fenómenos normativos sino decisiones administrativas concretas. Por ello, la reforma lo centra en a: i) *reglamentos*, ii) *normas administrativas* y iii) *resoluciones que aprueben normas de carácter general*. Se agrega que *"las demandas contra resoluciones o actos no normativos" son objeto únicamente del proceso contencioso administrativo*.

Se ha advertido la práctica de algunas entidades que para evadir el control de este proceso, derogan la norma y luego la restituyen mediante otra resolución. Por ello se plantea que dicha acción no implica sustracción de materia, por lo que la autoridad judicial deberá pronunciarse. En igual sentido, tampoco sustrae de la competencia del juez la acción convalidaría que mediante decreto legislativo o ley posterior se pretenda elevar de rango al reglamento ilegal, cuando el reglamento ya ha sido demandado y está en proceso de sustanciación ante el Poder Judicial.

- 2) El artículo 78 referido a la declaración de Inconstitucionalidad de normas conexas con motivo del proceso de Acción Popular, se ha considerado conveniente explicitar que esta extensión de la invalidación procede tanto de oficio como a pedido de parte.

- 3) En el artículo 79, se precisa que estos principios de interpretación no solo sean exigibles al Tribunal Constitucional cuando conoce del Proceso de Inconstitucionalidad, sino también al Poder Judicial cuando ejerce el control normativo en la Acción Popular.
- 4) Respecto del efecto en el tiempo de las sentencias de Acción Popular (art. 81) la fórmula actual ha traído confusiones. Por eso, se establece como regla general el efecto retroactivo y únicamente a título excepcional, puede declararse que pueda tener efectos a partir de la fecha en que fue dictada.
- 5) El artículo 82 está referido a la cosa juzgada. Sin embargo, se advierte que las entidades vuelven a incurrir en el mismo vicio de ilegalidad, repitiendo las normas ilegales ya anuladas por el Poder Judicial, pero bajo otras normas posteriores. Por eso se ha considerado, expresamente, agregar dicha conducta como un supuesto de responsabilidad funcional.

XII) Proceso de Acción Popular

- 1) Uno de los principales defectos de la regulación de la Acción Popular ha sido la carencia de una competencia concentrada en función de la materia. Ante ello, la norma plantea (art.85) que la competencia se concentre en la sala a cargo de los procesos civiles de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor.
- 2) El artículo 86 señala los requisitos formales para admitir la demanda. Entre ellos, se mantiene el requisito de adjuntar la copia de la norma cuestionada. Sin embargo, sucedía que una de las causales por la cuales se demanda una norma era precisamente porque no habían sido publicadas. Se propone como excepción, cuando el cuestionamiento sea por defecto en su publicación o simplemente no notificación.

- 3) El artículo 87 establece que “prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma”. Se agrega que la prescripción opera a partir de haber tomado conocimiento de ella en caso de no haber sido publicada.

En la práctica han surgido inconvenientes por los costos de la publicación y la escasa difusión que alcanzan las sentencias. Por ello se propone que estas publicaciones se realicen en la página web del Poder Judicial, en la de la entidad demandada y además por medio del Sistema Peruano de Información Jurídica — SPIJ— a cuyo efecto se notifica al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Finalmente, se reconoce la representación de los intereses del Poder Ejecutivo en cabeza de la Procuraduría Pública Especializada en materia constitucional, en vez de notificar a todas las entidades estatales que han participado en la formulación y aprobación de la norma.

- 4) Se reformula el artículo 93, en orden al traslado y vista de la causa, así como a los informes de los abogados.
- 5) La eficacia de la decisión judicial favorable a la demanda, conduce a que sea una preocupación la carencia de medidas cautelares en estos casos de control normativo.



La cláusula propuesta (art. 94) indica que la medida cautelar se dicte conjuntamente con la sentencia estimatoria de primer grado, momento en el cual, el mismo juez podrá decidir la suspensión de la norma que declara ilegal o inconstitucional, si es que se ha solicitado. Si el demandante solicita la cautelar después de notificada la demanda, su conocimiento corresponderá al superior jerárquico.

- 
- 6) Nuestro actual régimen (art.97) indica que, si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán los costos que el juez

establezca, los cuales serán asumidos por el Estado, sin decir a qué dependencia le corresponde.

La propuesta centraliza las sentencias de orden económico en el Ministerio de Economía y Finanzas, el mismo que los asume con cargo a sus fondos, quedando a su cargo ver cómo establece responsabilidades al interior del Estado, sin afectar al justiciable.

XIII) Proceso de Inconstitucionalidad

El artículo 89 incorpora al presidente del Poder Judicial como calificado para interponer un proceso de inconstitucionalidad, que proviene de la modificación constitucional al artículo 203 de la Constitución de 1993, que no lo incluía, a diferencia de la Constitución de 1979, que sí lo consideraba. En concordancia, se agrega como requisito los anexos de la demanda referidos al acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema (art. 102).

XIV) Proceso competencial



El artículo 107 precisa la tramitación de la demanda incluyendo la vista de la causa, así como la intervención de los abogados y el artículo 113, los efectos de la sentencia en relación con los actos administrativos.

XV) Jurisdicción internacional



Se ha modulado el artículo 115 haciendo una referencia a la ley sin especificar cuál es esta y en lo referido a la ejecución de resoluciones de origen internacional, pues ha cambiado o puede cambiar en el futuro, dejándose el texto con la misma redacción.

XVI) Disposiciones generales aplicables a los procedimientos ante el Tribunal Constitucional.

Se precisan dos puntos de importancia: la acumulación de procesos cuando sean conexos (art. 117) y el plazo de dos días para cualquier aclaración, precisándose que deben estas resolverse, bajo sanción de nulidad, dentro de los dos días siguientes (art. 121) para evitar casos en los cuales se ha resuelto en semanas o meses después del pedido, con lo que esto conlleva.

XVII) Disposiciones complementarias finales

Se le ha puesto un nuevo nombre siguiendo una acostumbrada técnica legislativa con algunas modificaciones:

- 1) Se mantiene vigente, pero se reitera en esta oportunidad la necesidad de jueces especializados. La experiencia que se tiene es que pese a la gran carga procesal que existe, no hay jueces especializados y los que dicen serlo, no lo son. El problema por un lado es que los jueces no conocen el tema constitucional ni el proceso constitucional, no solo porque no se los enseñaron, sino porque no hacen un esfuerzo para estudiarlo ni han tenido oportunidad de hacerlo. De esta manera, al final terminan aplicando en los procesos constitucionales los códigos afines, como son el procesal civil y procesal penal, que son subsidiarios y en la medida que ayuden al proceso constitucional, que tiene otra tesitura. Lo que se aprecia con frecuencia es un ánimo poco garantista en los jueces que tienen gran vocación por la "improcedencia" de las demandas que se interponen, usando muchas veces categorías procesales que, en lugar de ayudar a los justiciables, los perjudican. Es importante hacer un esfuerzo para difundir la idea de que el proceso constitucional tiene sus propias peculiaridades que hay que tener presente al momento de resolver una demanda. Y que sus normas hay que interpretarlas de manera tal que no creen indefensión ni menos un menoscabo de derechos legítimos.

- 2) Un nuevo texto se refiere a la publicación de las sentencias, lo cual alcanza a las resoluciones en la medida que terminan o dan por finalizado un proceso, y que es adicional a la notificación en físico a las partes. En los últimos tiempos se ha dado por no notificar prácticamente nada a las partes, haciendo una simple remisión a la página web del Tribunal Constitucional, lo cual es parte de la indefensión que se crea al ciudadano, al margen de la deficiente conformación de dicha página web. Siendo pocas las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional, es grave que todo lo limiten a la página web, debiendo siempre notificar en físico y también a las casillas electrónicas de las partes o incluso a los correos electrónicos mientras subsistan.
- 3) La enseñanza de los derechos fundamentales ha sido reformulada.
- 4) En cuanto a publicaciones, se hace referencia a la que actualmente edita el Tribunal Constitucional, que es la "Revista Peruana de Derecho Constitucional" ya que la propuesta original del Código no fue seguida. Hay que llamar igualmente la atención que hasta la fecha los expedientes no tienen numeración de acuerdo a lo estipulado por el Código Procesal Constitucional.

Lima, 30 de julio de 2018



Domingo García Belaunde



Jhonny Tupayachi Sotomayor

Adjs:Carta de Arsenio Oré Guardia(19.1.18)y Domingo García Belaunde(19.1.18)

ARSENIO ORÉ GUARDIA
■ A B O G A D O ■

ANEXO I

Lima, 30 de enero de 2018

Señor Doctor
Domingo García Beláunde
Presidente del Grupo de Trabajo encargado de revisar
y proponer mejoras al Código Procesal Constitucional

Presente.-

De mi mayor consideración:

Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y, a su vez, para manifestarle mi cordial y respetuosa discrepancia sobre uno de los acuerdos del Grupo de Trabajo sobre la reforma al Código Procesal Constitucional.

Antes de poner en consideración los extremos de mi discrepancia, debo manifestar que estoy plenamente de acuerdo con casi la totalidad de las modificaciones que estamos planteando.

No obstante, y sin perjuicio de mi pleno respeto por el parecer de todos los miembros del grupo de trabajo, por quienes guardo un profundo respeto y aprecio, siento que debo dejar constancia de mi discrepancia respetuosa con la siguiente decisión:

1. Facultad del Tribunal Constitucional para declarar improcedente el recurso

Como ya lo he manifestado en las sesiones del Grupo de Trabajo, mi discrepancia está en relación al artículo 18 del proyecto, esto es, sobre la posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare improcedente, sin analizar el fondo, el recurso de agravio constitucional.

En la sesión del 22 de enero de 2018, se acordó, por mayoría, que el Tribunal constitucional no podía, en ningún caso, declarar la improcedencia del recurso de agravio constitucional; o, lo que es lo mismo, que este órgano, una vez admitido el recurso por la Sala Superior, está en la obligación de fijar la audiencia, escuchar a las partes y luego resolver; y es que no importa si desde un inicio se advierte, por ser evidente, que el recurso será desestimado, lo determinante, según la posición asumida en mayoría por el Grupo de Trabajo, es que la parte recurrente tenga la posibilidad de ser oída, a pesar de que el recurso sea evidentemente improcedente.

Coincido en que el recurso de agravio constitucional permite acudir a una nueva instancia y, en consecuencia, en materia constitucional existe hasta tres instancias. Sin

Calle Dalton 229 - San Borja, Lima - Perú
Telf.: (511) 225-1390 | 225-0891

E-mail: aoreguardia@gmail.com

ARSENIO ORÉ GUARDIA

■ A B O G A D O ■

embargo, considero que ello no debe significar que el Tribunal Constitucional no pueda declarar improcedente un recurso, conforme lo ha afirmado el Grupo de Trabajo.

A mi juicio, instancia implica que el recurso planteado debe permitir un pronunciamiento tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho, esto es, una revisión integral de la decisión recurrida. Dicho de otro modo, si el Tribunal Constitucional funciona como una instancia significa que se podría alegar hechos y, en cuanto sea posible, pruebas, a partir de los cuales este órgano debe pronunciarse sobre el objeto del proceso constitucional, esto es, los hechos demandados y sobre la afectación o no de un derecho fundamental.

Siendo ello así, instancia, a mi juicio, no impide que el legislador pueda regular presupuestos para al ejercicio de un derecho o que se regule motivos por los que el Tribunal Constitucional pueda declarar improcedente el recurso de agravio constitucional. Es más, el ejercicio de todo derecho implica el cumplimiento de presupuestos, los que, evidentemente, deben ser racionales y razonables.

De este modo, considero que el derecho constitucional de acudir, mediante el recurso de agravio constitucional, ante el Tribunal Constitucional (art. 202.2 de la Constitución) debe cumplir con determinados presupuestos; en caso de que no los cumpla, el recurso podrá ser declarado improcedente, de plano, por el Tribunal Constitucional. ¿Por qué este órgano no podría tener dicha facultad cuando advierte que es evidente que el recurso devendrá en improcedente?

Considero que el hecho de que el recurso de agravio constitucional sea instancia no significa necesariamente que en todos los casos el Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre el fondo, pues podría rechazarlo de plano cuando observa que es improcedente.

¿Ahora en qué caso podría declarar la improcedencia o qué motivos originarían que el Tribunal declare improcedente el recurso de agravio? Evidentemente, los motivos que deben establecerse para rechazar el recurso tienen que ser razonables y objetivos; de ninguna manera se debe permitir o tolerar que por motivos subjetivos o incluso arbitrarios se rechace el mencionado recurso, pues en este caso sí se estaría afectando claramente el derecho a acceder al recurso de agravio constitucional.

Si el Tribunal advierte que el recurso planteado incurre en uno de los motivos por los que debe declararse improcedente el mismo, entonces resolverá sin trámite en ese sentido. No se justificaría esperar que se realice la audiencia cuando es evidente que el recurso devendrá en improcedente. Lo que planteo es que el Tribunal Constitucional rechace un recurso cuando la improcedencia sea evidente; en caso de duda, se debe preferir el pronunciamiento sobre el fondo, por lo que el Tribunal debe fijar fecha para la vista de la causa.

Y es que no hallo razón alguna por la que el Tribunal Constitucional no tenga la facultad de rechazar el recurso cuando advierte que contradice un precedente y el recurrente no ha brindado las razones por las que el Tribunal debe apartarse del

ARSENIO ORÉ GUARDIA

■ A B O G A D O ■

precedente. Evidentemente, el Tribunal debe declarar improcedente el recurso con una adecuada motivación, pues está impidiendo el acceso a un derecho.

En suma, considero que el Tribunal Constitucional sí puede, con el propósito de evitar una sobrecarga procesal, rechazar el recurso de agravio constitucional en un supuesto: cuando la cuestión jurídica planteada contradiga a un precedente, salvo que en el recurso o incluso en la demanda se fundamente que se debe apartar o dejar sin efecto el precedente. Considero que en este único supuesto –que es claramente objetivo– el Tribunal sí puede rechazar, sin entrar a revisar el fondo, el recurso de agravio constitucional.

En caso de que el recurrente haya cuestionado el precedente –solicitando que el Tribunal se aparte o lo deje sin efecto–, entonces sí se debe fijar fecha para la vista de la causa y se debe discutir sobre los argumentos expuestos por la parte recurrente. Por el contrario, si el recurrente no hace ninguna referencia al precedente, el Tribunal debería declarar improcedente el recurso, salvo que considere que es necesario –por el transcurso del tiempo por ejemplo– que se debe reexaminar su precedente.

Otorgando dicha facultad al Tribunal Constitucional no se le está impidiendo el acceso al recurso de agravio constitucional al justiciable, pues ya accedió al momento de que interpuso y fue admitido su recurso; el Tribunal solo le está informando, de manera fundamentada, la razón por la que no corresponde fijar una audiencia para resolver algo que, desde ya, por contradecir un precedente, es claramente improcedente.

Ahora, no hacer ninguna mención al precedente Vásquez Romero significaría que el mismo siga vigente y, en consecuencia, aplicándose en los cuatro supuestos, lo que sí resultaría perjudicial para los intereses de los justiciables, tanto más si se tiene en consideración que el supuesto que mayor cantidad de rechazos origina es el de trascendencia constitucional, el cual seguirá vigente.

Habiendo dejado constancia de esta observación, aprovecho la ocasión para renovar a usted los sentimientos de mi especial consideración y estima personales.

Arsenio Oré Guardia





FLORES ARAOZ
ABOGADOS

Av. JOSÉ GÁLVEZ BARRENECHEA # 200, LIMA 27, PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA (511) 224-2773
E-MAIL estudio@flores-araoz.com
www.flores-araoz.com

ANEXO 60

Lima, 19 de febrero de 2018

Sr. Dr.
Arsenio Oré Guardia
Miembro de la Comisión de Reforma del
Código Procesal Constitucional
Presente.



De mi consideración:

Me es grato acusar recibo de su atenta comunicación de 30 de enero del año en curso, en relación con la facultad del Tribunal Constitucional de rechazar liminarmente los recursos de agravio constitucional que de acuerdo al Código Procesal Constitucional (CPct.) otorga la Sala Superior y que fueron establecidos en el precedente "Vásquez Romero", el cual fijó las cuatro causales para proceder al rechazo liminar y que sigue en vigencia.

Entendemos que este es un punto complicado y que ha sido materia de un arduo debate por parte de los miembros, en los cuales se han barajado varias alternativas en las últimas semanas, de las que al final, puesta a debate en la sesión de 18 de diciembre último, se acordó dejarla de lado por una votación de 5 a favor y 2 en contra. La postura señalada por usted está referida al hecho que si bien el concepto "instancia" significa entrar al fondo del asunto-y así lo entienden varios tratadistas, entre los cuales señalo únicamente a Couture- eso no impide que, llegado el caso, el Tribunal Constitucional (TC) pueda poner presupuestos o filtros-según señaló usted en su exposición oral del día 18 - para que ciertos casos sean rechazados sin más trámite para así aliviar la pesada carga procesal del TC. Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

1)Según estadísticas que nos ha proporcionado el señor Luis Herrera, recogidas en su tesis de magister a presentarse en la Universidad Católica del Perú, el 92% de las causas que llegan al TC, son rechazadas de plano, arguyendo o invocando las causales-casi todas subjetivas -del precedente "Vásquez Romero". Esto contrasta



FLORES ARAOZ
ABOGADOS

Av. JOSÉ GÁLVEZ BARRERECHEA # 200, LIMA 27, PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA (511) 224-2773
E-MAIL estudio@flores-araoz.com
www.flores-araoz.com

con lo que pasaba en los años anteriores, en donde el rechazo oscilaba entre el 55% y el 65% aproximadamente, pero siempre con vista de la causa, lo que significaba que existía un mayor garantismo y se ejercía el derecho de defensa. Del 8% restante, 4% son declarados fundados y 4% improcedente o infundados, con audiencia. Esto significa que el universo de demandas o petitorios ha sido disminuido sensiblemente, pero por otras razones. En el año 2017 los expedientes resueltos fueron de un aproximado de 5,500 contra los 8,000 aproximados de años anteriores. Es decir, ha habido una baja en la producción procesal del TC que nada tiene que ver con la llamada sentencia interlocutoria denegatoria (o interlocutoria) sino por otros motivos que habría que indagar.

2) Lo anterior se agrava cuando vemos que los jueces del Poder Judicial, sobre todo los de primera instancia, no son en general garantistas pues no asumen el reto que les puso el CPCT. Aun más, desconocen este Código como se comprueba con el hecho que siguen usando hasta ahora el CPCivil para resolver procesos de amparo. Carecen igualmente de cultura constitucional pues nadie se las enseñó, como sí lo hicieron con otras ramas del derecho.

3) Poner como causa principal o básica del rechazo liminar la existencia de un precedente salvo que se demuestre la intención de cambiarlo, es una valla frágil y casi inexistente. No hay en la historia del TC muchos precedentes vinculantes y no pasan de 50. Más bien el TC ha encontrado un atajo en la "creación jurisprudencial" a través de la pomposamente llamada "doctrina jurisprudencial" en la cual se han visto notorios excesos y algunos muy lamentables. Y sin contar que algunos son cambiados con sorprendente rapidez.

4) En consecuencia, poner "filtros" para poder acceder al TC no solo no es práctico-los justiciables no confían en el Poder Judicial en cuanto defensor de derechos fundamentales – sino además viola la Constitución, pues en ninguna de sus partes ni menos en el Código Procesal Constitucional se dice eso. Tal exceso parte del precedente "Vásquez Romero" que no hemos mencionado expresamente-no tenemos por qué mencionar los desatinos –pero en la práctica ha sido descartado por numerosos artículos del proyecto, que lo vetan.

5) Nadie nos ha dado autorización para poner candados, presupuestos o filtros para llegar al TC. Este puede decidir lo más conveniente –y así lo ha hecho siempre – pero escuchando a las partes como siempre se ha hecho en los últimos 40 años. No hacerlo es caer en la línea anti garantista que este precedente originó y que por cierto ha creado indefensión al más alto nivel. Y más aun cuando observamos



ESTUDIO FLORES ARAOZ
ABOGADOS

AV. JOSÉ GÁLVEZ BARRENECHEA # 200, LIMA 27, PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA (511) 224-2773
E-MAIL estudio@flores-araoz.com
www.flores-araoz.com

que otros países que sí lo hacen, tienen una configuración constitucional y legal distinta a la nuestra.

6) En la Constitución de 1979 se dibujó un modelo que en principio permitía estos excesos, pues creo la figura de la "casación". Pero en los debates de la Carta de 1993, esto precisamente se eliminó para poner al TC como último guardián de los derechos fundamentales y esto es lo que ha quedado. Nadie, ni siquiera el legislador puede poner presupuestos cuando la Constitución no los pone.

Me congratulo que en tantos meses de trabajo hayamos encontrado fórmulas de conciliación y consenso entre los miembros de la Comisión, lo que ha permitido que avancemos significativamente y hayamos podido terminar el proyecto que está ahora en su fase terminal de aprobación. En lo personal debo decirle que no concuerdo con algunos puntos que se han aprobado, pero no he hecho de ello cuestión de Estado pues lo que más interesa, en mi opinión, es el Código. Y por eso lamento que en este punto-el único felizmente- no hayamos tenido consenso. Esto no me parece mal, pues en el mundo abogadil y académico en que nos movemos las discrepancias no solo se toleran sino se respetan, lo cual no impide dejar constancia de ello en los mejores términos.

Le reitero nuevamente mi especial agradecimiento por sus muy valiosas contribuciones en los debates de nuestra comisión, así como las seguridades de mi especial consideración y permanente aprecio personal.

Muy atentamente

Domingo García Belaunde

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

1. Solo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
2. La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
3. La Revista solo publicará artículos inéditos en idioma castellano.
4. Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio. Se pueden incluir cuadros debidamente diseñados en el formato Word, con la respectiva numeración. No se aceptan diagramas, gráficos ni imágenes dentro de los artículos.
5. Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». Y en su defecto, como notas a pie de página. En cuanto a la forma de citar en notas a pie de página, sugerimos:

Libros

- Marongiu, Antonio, *Storia del diritto italiano*, Milano, I. E. Cisalpino, La Goliardica, 1977, p. 15

Libros colectivos

- Pérez Guilhou, Dardo, “Poder constituyente y Constitución histórica argentina”, en varios autores, *El régimen constitucional argentino*, Mendoza, Idearium, 1984, p. 90.

Revistas

- García Belaunde, Domingo, “La Constitución histórica y la reelección presidencial”, en *Scribas*, núm. 3, 1997.
6. Las colaboraciones deben ser remitidas en archivo digital de formato Word for Windows.
 7. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
 8. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y se le remitirán separatas electrónicas.
 9. El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.
 10. La Revista se reserva el derecho de devolver las colaboraciones que no cumplan con los formatos establecidos.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

